Abgeordnetenhaus BERLIN

Drucksache 18 / 25 838
Schriftliche Anfrage

18. Wahlperiode

Schriftliche Anfrage

des Abgeordneten Hanno Bachmann (AfD)

vom 07. Dezember 2020 (Eingang beim Abgeordnetenhaus am 07. Dezember 2020)

zum Thema:

Personen mit Migrationshintergrund im Öffentlichen Dienst des Landes Berlin

und **Antwort** vom 21. Dez. 2020 (Eingang beim Abgeordnetenhaus am 22. Dez. 2020)

Die Drucksachen des Abgeordnetenhauses sind bei der Kulturbuch-Verlag GmbH zu beziehen.
Hausanschrift: Sprosserweg 3, 12351 Berlin-Buckow · Postanschrift: Postfach 47 04 49, 12313 Berlin, Telefon: 6 61 84 84; Telefax: 6 61 78 28.

Senatsverwaltung für Finanzen

Herrn Abgeordneten Hanno Bachmann (AfD)

über

den Präsidenten des Abgeordnetenhauses von Berlin

über Senatskanzlei - G Sen -

A n t w o r t
auf die Schriftliche Anfrage Nr. 18/25838
vom 07.12.2020
über Personen mit Migrationshintergrund im Öffentlichen Dienst des Landes Berlin

Im Namen des Senats von Berlin beantworte ich Ihre Schriftliche Anfrage wie folgt:

Vorbemerkung der Verwaltung:
Die Datenbasis zu den Fragen 3 bis 5 sowie zu den Fragen 10 bis 13 gründet sich auf einer Abfrage der Senats- und Bezirksverwaltungen sowie den ihnen nachgeordneten Behörden. Der Rücklauf ergibt sich aus der Zulieferung von 23 Behörden.

1. Wie hoch ist jeweils der Anteil von Beamten bzw. Angestellten im Öffentlichen Dienst des Landes Berlin?

Zu 1.:
Die Anzahl der im unmittelbaren Landesdienst Berlin Beschäftigten beträgt insgesamt 123.812. Der Anteil der verbeamteten Beschäftigten beträgt 46,11 v.H. Der Anteil der angestellten Beschäftigten beträgt 53,89 v.H. Die Angaben beruhen auf dem Personalbestandsbericht 2020 mit dem Datenstand von Januar 2020.

2. Wie hoch ist in den beiden Gruppen jeweils der Anteil an a) Ausländern bzw. b) an Personen mit Migrationshintergrund i. S. d. Mikrozensus und c) an Personen mit Migrationshintergrund i. S. d. §3 Abs. 2 PartIntG in der Fassung des Entwurfs zur Neuregelung vom 06.07.2020? Wie haben sich diese Zahlen seit 2015 entwickelt (bitte jahrweise auflisten)?

Zu 2.:
Die Fragen können von der Senatsverwaltung für Finanzen – insbesondere der Statistikstelle Personal bei der Senatsverwaltung für Finanzen (PStat) – nicht beantwortet werden.
Beginnend mit dem Personalbestandsbericht 2019 und erweitert im Personalbestandsbericht 2020 erfolgt ein Ausweis der vorhandenen Informationen zu Beschäftigten im unmittelbaren Landesdienst Berlin ohne deutsche Staatsangehörigkeit. 2019 betrug der Anteil der verbeamteten Beschäftigten ohne deutsche Staatsangehörigkeit 0,2 v.H. und der Anteil der angestellten Beschäftigten ohne deutsche Staatsangehörigkeit 3,7 v.H. 2020 betrug der Anteil der verbamteten Beschäftigten

ohne deutsche Staatsangehörigkeit 0,2 v.H. und der Anteil der angestellten Beschäftigten ohne deutsche Staatsangehörigkeit 3,9 v.H.

Eine Beantwortung der Fragen b) und c) ist nicht möglich, da die derzeit geltenden landesgesetzlichen Regelungen keine entsprechende Datenerhebung gestatten. Die Senatsverwaltung für Finanzen hat den entsprechenden Informationsbedarf erkannt. Sie hat eine Änderung des Gesetzes über die Statistik der Personalstruktur und der Personalkosten im unmittelbaren Landesdienst (PSSG) initiiert, um zukünftig entsprechende Erhebungen und Auswertungen vornehmen zu können.

3. Welchen Drittstaaten wurde ein Anspruch im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1c BeamtStG eingeräumt? Wie viele Berliner Landesbeamte unterfallen dieser Regelung?

Zu 3.:
Nach § 7 Absatz 1 Nr. 1 lit. c Beamtenstatusgesetz (BeamtStG) können auch Angehörige eines Drittstaates, dem die Bundesrepublik Deutschland und die Europäische Union vertraglich einen entsprechenden Anspruch auf Anerkennung von Berufsqualifikationen eingeräumt haben, in das Beamtenverhältnis berufen werden.
Bisher ist die Schweiz der einzige Drittstaat im Sinne der vorgenannten Regelung. Zwei Landesbeamte fallen nach Rückmeldung der befragten Behörden unter diese Regelung.

4. Für welche Bereiche des Öffentlichen Dienstes des Landes Berlin gilt § 7 Abs. 2 BeamtStG und wie viele Beamte sind in diesen Bereichen tätig?

Zu 4.:
Nach § 7 Absatz 2 BeamtStG darf, wenn die Aufgaben es erfordern, nur eine Deutsche oder ein Deutscher im Sinne des Artikels 116 Absatz 1 des Grundgesetzes in ein Beamtenverhältnis berufen werden.

Staatsanwältinnen und Staatsanwälte, die in der Regel zunächst als Richterinnen und Richter auf Probe eingestellt werden, müssen Deutsche im Sinne des Artikels 116 des Grundgesetzes sein. Nach § 9 des Deutschen Richtergesetzes kann ins Richterverhältnis nur berufen werden, wer Deutscher im Sinne des Artikels 116 des Grundgesetzes ist. Die gleiche Voraussetzung gilt auch für die Einstellung von Rechtspflegerinnen und Rechtspflegern, die im Wesentlichen ehemalige Richteraufgaben wahrnehmen. Demnach fallen alle Staatsanwältinnen und Staatsanwälte sowie alle Rechtspflegerinnen und Rechtspfleger unter diese Regelung.

5. Für wie viele Landesbeamte gilt jeweils die Ausnahmeregelung des § 7 Abs. 3 Nr. 1 bzw. Nr. 2 BeamtStG?

Zu 5.:
Nach der genannten Regelung können Ausnahmen von § 7 Absatz 1 Nr. 1 und Absatz 2 BeamtStG nur zugelassen werden, wenn
1. für die Gewinnung der Beamtin oder des Beamten ein dringendes dienstliches Interesse besteht oder
2. bei der Berufung von Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern und anderen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des wissenschaftlichen und künstlerischen Personals in das Beamtenverhältnis andere wichtige Gründe vorliegen.

Gemäß § 9 Landesbeamtengesetz (LBG) entscheidet über Ausnahmen in den in § 7 Absatz 3 BeamtStG genannten Fällen bei unmittelbaren Landesbeamtinnen oder un-

mittelbaren Landesbeamten der Senat. Bei mittelbaren Landesbeamtinnen oder mittelbaren Landesbeamten entscheidet in diesen Fällen das hierzu durch Gesetz, Satzung oder in sonstiger Weise berufene Organ, sofern gesetzlich nichts Abweichendes bestimmt ist.

Zwei Landesbeamtinnen bzw. Landesbeamte fallen nach Rückmeldung der befragten Behörden unter die Regelung nach Absatz 3 Nr. 1. Nach Rückmeldung des Bereiches Wissenschaft und Forschung der Senatskanzlei fallen 41 Landesbeamtinnen bzw. Landesbeamte unter die Regelung nach Abs. 3 Nr. 2.

6. Inwieweit ist für Einstellungen und Beförderungen im Öffentlichen Dienst des Landes Berlin das AGG einschlägig? Gibt es Personengruppen, Dienstverhältnisse bzw. Tätigkeiten im Öffentlichen Dienst, für welche das AGG nicht greift?

Zu 6.:
Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) gilt für den Zugang zur Erwerbstätigkeit und für den beruflichen Aufstieg von Angestellten im Öffentlichen Dienst des Landes Berlin (§ 2 Absatz 1 Nr. 1 AGG, § 6 Absatz 1 Nr.1 AGG). Es gilt ebenfalls für die Anbahnung öffentlich-rechtlicher Dienstverhältnisse und Beförderungen im Rahmen öffentlich-rechtlicher Dienstverhältnisse des Landes Berlin (§ 3 Absatz 1 Satz 2 Landes-Antidiskriminierungsgesetz (LADG), § 3 Absatz 2 Satz 1 LADG, § 24 AGG). Die Rechte des AGG gelten – ohne Ausnahme – für alle Beschäftigten. Angestellte in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst können sich genauso darauf berufen wie Beamtinnen und Beamte oder Zivildienstleistende und anerkannte Kriegsdienstverweigerer. Für Soldatinnen und Soldaten gibt es entsprechende Regelungen im Soldatengesetz.

7. Aufgrund der Gesetzesbindung der Verwaltung hat das Land Berlin Art. 3 Abs. 3 GG und das AGG zu beachten und demnach insbesondere zu gewährleisten, dass Personen bei der Einstellung und beim beruflichen Aufstieg im Öffentlichen Dienst nicht aufgrund der Rasse, der ethnischen Herkunft oder der Religion benachteiligt werden (vgl. § 1 und § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG). Nimmt das Land Berlin für sich in Anspruch, dass dieser Wille des Gesetzgebers auch in seiner Verwaltungspraxis tatsächlich umgesetzt wird oder gibt es hierfür noch Hindernisse, z.B. in organisatorischer Hinsicht?

Zu 7.:
Die Berliner Verwaltung setzt aufgrund ihrer Gesetzesbindung den Schutz vor Benachteiligung aus den in § 1 AGG genannten Gründen beim Zugang zur Erwerbstätigkeit im Öffentlichen Dienst und beim beruflichen Aufstieg im Öffentlichen Dienst schrittweise um.

8. Welche Maßnahmen hat das Land Berlin ergriffen, um die Beachtung des AGG zu gewährleisten, insbesondere auch mit Blick auf die in Frage Nr. 7 erwähnten Anforderungen?

Zu 8.:
Das Land Berlin hat in nahezu allen Dienststellen AGG-Beschwerdestellen i.S.d. § 13 AGG eingerichtet (vgl. Abgeordnetenhaus von Berlin, Drucksache [AGH-Drs.] 18/24325). Hier haben die Beschäftigten des Landes Berlin die Möglichkeit, sich zu beschweren, wenn sie sich im Zusammenhang mit ihrem Beschäftigungsverhältnis von der Arbeitgeberin bzw. von dem Arbeitgeber, von der bzw. dem Vorgesetzten, anderen Beschäftigten oder Dritten wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt fühlen. Um die Wahrnehmung der Antidiskriminierungsrechte der Beschäftigten zu stärken sowie einen verbindlichen und transparenten Rahmen für die AGG-Beschwerdestellen im Hinblick auf ihre Einrichtung, ihre Rechte und Pflichten sowie auf die Ausgestaltung des Beschwerdeverfahrens zu schaffen, ist eine Rahmendienstvereinbarung für die gesamte Berliner Verwaltung avisiert.

9. Wurde die Beachtung des AGG insbesondere mit Blick auf die in Frage Nr. 7 genannten Benachteiligungsverbote evaluiert und wenn ja, mit welchem Ergebnis?

Zu 9.:
Eine Studie zur Evaluation des AGG aus dem Jahr 2016 ist der Senatsverwaltung für Finanzen bekannt (Anlage 1). In der genannten Evaluation des AGG im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes aus dem Jahr 2016 wird empfohlen, einen Diskriminierungsschutz auch dort zu schaffen, wo staatliche Institutionen gegen Diskriminierungsverbote verstoßen (Evaluation des AGG, S. 12). Um diese Schutzlücke im Antidiskriminierungsschutz zu schließen, wurde im Land Berlin im Jahr 2020 mit der Einführung des LADG ein solcher Antidiskriminierungsschutz auf staatliche Behörden ausgeweitet.

10. Wie viele Klagen wurden gegen das Land Berlin wegen einer Verletzung der in Frage Nr. 7 genannten Vorgaben des AGG (hilfsweise: generell wegen Verstoßes gegen das AGG) seit 2015 erhoben (bitte jahrweise angeben)?

Zu 10.:
Es wurden alle Eingaben unabhängig davon gezählt, welches der Merkmale aus § 1 AGG betroffen war. Die nachstehende Tabelle beinhaltet die rückgemeldete Anzahl der Klagen im Land Berlin seit 2015 auf Grund allgemeiner Verstöße gegen das AGG.

Jahr	Anzahl der Klagen
2015	3
2016	5
2017	7
2018	6
2019	3
2020	10

11. Wie viele dieser Klagen sind noch anhängig und wie vielen wurde zumindest teilweise stattgegeben?

Zu 11.:
Ausgehend von der Gesamtanzahl der Klagen seit 2015 sind noch 12 Klagen anhängig. Drei Klagen wurde (teilweise) stattgegeben.

12. Wie viele Disziplinarverfahren hat das Land Berlin seit 2015 wegen einer Verletzung der in Frage Nr. 7 genannten Vorgaben des AGG (hilfsweise: generell wegen Verstoßes gegen das AGG) eingeleitet (bitte jahrweise angeben) und wie viele dieser Verfahren führten zu einer Sanktion bzw. zu einer Feststellung eines Rechtsverstoßes?

Zu 12.:
Die nachstehende Tabelle beinhaltet die rückgemeldete Anzahl der Disziplinarverfahren im Land Berlin seit 2015 auf Grund allgemeiner Verstöße gegen das AGG.

Jahr	Anzahl der Disziplinarverfahren
2015	0
2016	0
2017	0
2018	2
2019	1
2020	1

13. Personalräte haben darüber zu wachen und zu informieren, ob Verstöße gegen das AGG in ihrer Dienststelle auftreten. In wie vielen Fällen haben seit 2015 (bitte jahrweise angeben) Personalräte in der Berliner Verwaltung Verstöße wegen einer Verletzung der in Frage Nr. 7 genannten Vorgaben des AGG (hilfsweise: generell wegen Verstoßes gegen das AGG) moniert?

Zu 13.:
In den abgefragten Behörden liegen keine Fälle bzw. keine Kenntnisse dieser Fälle diesbezüglich vor.

14. Wie verhalten sich das LADG, das AGG und das PartIntG, letzteres in der Fassung des Entwurfs zur Neuregelung vom 06.07.2020, zueinander? Gibt es Überschneidungen in den Anwendungsbereichen insbesondere hinsichtlich der Einstellung und des beruflichen Aufstiegs im Öffentlichen Dienst?

Zu 14.:
Das LADG, das AGG und das Gesetz zur Regelung von Partizipation und Integration im Land Berlin (PartIntG) ergänzen sich. Während das LADG vor Diskriminierung im Rahmen öffentlich-rechtlichen Handelns schützt, gewährt das AGG im Zivilrechtsverkehr und im Bereich der Beschäftigung, Schutz vor Benachteiligungen. Das AGG gilt auch für die Beschäftigungsverhältnisse im öffentlichen Dienst (vgl. § 24 AGG, § 3 Absatz 2 Satz 1 LADG). Im Übrigen enthält § 3 Absatz 3 LADG ebenso wie § 2 Absatz 3 AGG eine Öffnungsklausel. Darin wird klargestellt, dass die beiden Gesetze die Anwendung sonstiger gesetzlicher Vorschriften zu Diskriminierungsverboten oder Geboten zur Gleichbehandlung und der zu ihrer Durchsetzung bestehenden Verfahrensvorschriften nicht berühren. Das PartIntG fällt unter diese sonstigen Vorschriften und ist mithin neben LADG und AGG anwendbar (AGH-Drs. 18/1996, Seite 16). Das PartIntG ist ein Gesetz zur Förderung von Menschen mit Migrationshintergrund. Die geregelten Fördermaßnahmen stellen sog. positive Maßnahmen dar, die sowohl nach dem LADG (§ 5 Absatz 2) als auch nach dem AGG (§ 5 AGG) ausdrücklich zulässig sind. Insoweit besteht ein funktionales und konkurrenzloses Nebeneinander.

15. Bietet die Berliner Verwaltung in Bewerbungsverfahren an, eine anonymisierte Bewerbung einzureichen? Falls ja, welche Angaben können zwecks Anonymisierung unterbleiben und gibt es dieses Angebot durchgehend bei allen Verwaltungseinheiten? Gibt es hierzu zentrale Vorgaben oder steht es den Senats- und Bezirksverwaltungen frei, ob sie eine solche Option anbieten?

16. Hatten die von der Berliner Verwaltung bislang angebotenen und durchgeführten anonymisierten Bewerbungsverfahren das Ziel und den Effekt, dass Diskriminierungen hinsichtlich der in Frage Nr. 7 genannten Merkmale bei der Auswahl des engeren Kreises der Bewerber vermieden werden bzw. seltener vorkommen? Gibt es hierzu Auswertungen bzw. Evaluierungen?

Zu 15 und 16.:
Ja, die Berliner Verwaltung bietet vereinzelt in Bewerbungsverfahren an, eine anonymisierte Bewerbung einzureichen. Das Verfahren zielt darauf ab, die im AGG geschützten Merkmale zu anonymisieren und verzichtet ebenfalls auf das Einreichen eines Fotos.

Die anonymisierten Bewerbungsverfahren wurden in einem ersten Praxistest im Bereich der Berliner Landesverwaltung und –unternehmen im Zeitraum 2014-2015 im Rahmen eines Pilotprojektes der Senatsverwaltung für Arbeit, Integration und Frauen erprobt (vgl. Schlussbericht AGH-Drs.17/2242). Dieser aus dem Berliner Landesprojekt entstandene Leitfaden „Vielfalt fördern – anonym bewerben“ der Lan-

desstelle für Gleichbehandlung – gegen Diskriminierung, bietet Best Practice Beispiele, erfahrungsbezogene Vorgaben und einen Serviceteil zur Durchführung von anonymisierten Bewerbungsverfahren.

Da die Senatsverwaltung für Finanzen nicht als zentrale Einstellungsbehörde fungiert, sondern die Einstellungsverfahren und -strukturen dezentral den einzelnen Behörden obliegen, gibt es keine zentralen Vorgaben. Somit steht es den Senats- und Bezirksverwaltungen frei, eine solche Option anzubieten.

Um tatsächlich belastbare Wirksamkeitsaussagen zum Instrument der anonymisierten Bewerbungen machen zu können, bedarf es umfangreicher und längerfristiger empirischer Untersuchungen,
- die sich auf eine repräsentativere Stichprobe von Organisationen beziehen,
- die auf der Basis einer großen Grundmenge einbezogener Stellenbesetzungen operieren können und
- für die eine Vergleichsbasis hinsichtlich nicht anonymisierter Bewerbungsverfahren zur Verfügung steht.

Diese – für den Nachweis wirksamer Effekte – notwendigen Voraussetzungen waren weder im Berliner Pilotprojekt, noch bei den anderen Ländern- wie dem Bundesprojekt gegeben. Die Berliner Behörden und Landesunternehmen haben zum Beispiel, wie eine Vielzahl anderer Einrichtungen auch, in der Regel keine entsprechenden Daten aus der Vergangenheit, die zum Vergleich herangezogen werden können. So ist nicht genau bekannt, wie viele Personen mit Migrationshintergrund sich in der Vergangenheit überhaupt jeweils beworben haben. Auch in den laufenden anonymisierten Bewerbungsverfahren war die Erhebung eines evtl. Migrationshintergrundes der Bewerbenden nur auf freiwilliger Basis denkbar und liegt insofern nicht durchgängig vor. Ein empirischer Nachweis, ob mittels anonymisierter Verfahren statistisch signifikant mehr oder weniger Personen mit Migrationshintergrund angesprochen wurden, kann - solange die Datenlage noch nicht ausreichend untersetzt ist - nicht geführt werden. Das gleiche gilt für Effekte, die sich auf weitere Beschäftigtengruppen wie z.B. Frauen/Männer oder Ältere beziehen. Die Fragestellung nach den Effekten anonymisierter Bewerbungsverfahren im Hinblick auf die in Frage Nr. 7 genannten Merkmale, können insofern aus den dargelegten Gründen nicht beantwortet werden.

17. Gibt es (Teil-)Einheiten des Öffentlichen Dienstes, in denen der Anteil der unter Frage Nr. 2 Personengruppen ihren Anteil an der Berliner Gesamtbevölkerung übersteigt, z.B. bei den Auszubildenden der Polizei? Welche Konsequenzen hat diese Überrepräsentation bei Auswahl- und Einstellungspraxis in dem jeweiligen Bereich?

Zu 17.:
Im unmittelbaren Landesdienst Berlin sind rund 140 Berufsgruppen vertreten. Hierfür haben die jeweiligen Behörden die verfassungsrechtliche Personalhoheit und alleinige Einstellungsbefugnis für ihren Bereich. Die Abteilung Landespersonal in der Senatsverwaltung für Finanzen fungiert nicht als zentrales Landespersonalamt. Es werden Handlungsempfehlungen konzipiert, die Einstellungskriterien obliegen dezentral den einzelnen Dienststellen.

Die Auswahlverfahren entsprechen dem Grundsatz der Bestenauslese nach Artikel 33 Absatz 2 Grundgesetz (GG). Danach sind die Bewerbenden im Auswahlverfahren nach den Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung auszuwählen.

Nur bei gleicher Eignung von Bewerbenden sind positive Maßnahmen zur Steigerung des Anteils von Personengruppen, die im Bewerbungsverfahren bislang unterrepräsentiert waren, zulässig.
Valide statistische Daten über die Anzahl der Beschäftigten in Ausbildung mit Migrationshintergrund liegen dem Senat noch nicht vor. Derzeit wird geprüft, inwiefern das Merkmal künftig ggf. in das Verfahren Integrierte Personalverwaltung (IPV) aufgenommen und auswertbar gemacht werden kann.

Daten liegen bisher lediglich auf Basis bei der Einstellung abgefragter freiwilliger, nicht überprüfter Angaben vor. Diese werden vom gemeinnützigen Berliner Verein BQN e.V. zusammengestellt und aufbereitet. Allerdings beziehen sich die Zahlen ausschließlich auf den jeweiligen Anteil der im jeweiligen Jahr neu eingestellten Auszubildenden. Hierbei wurden bisher - da Zahlen erst bis zum Jahr 2019 vorliegen - die Definitionen des PartIntG in der bisher geltenden Fassung herangezogen.

Im Jahr 2019 betrug der Anteil der neu eingestellten Auszubildenden mit Migrationshintergrund über alle Ausbildungsbehörden betrachtet 26,9 v.H. aller neu eingestellten Auszubildenden. Lt. Einwohnerregisterstatistik des Amtes für Statistik (Quelle: Statistischer Bericht A I 5 – hj 1 / 20) beträgt der Anteil von Personen mit Migrationshintergrund an der Berliner Gesamtbevölkerung insgesamt 35,3 v.H., liegt also deutlich darüber.

Betrachtet man die Einstellungsbehörden einzeln, ergibt sich eine erhebliche Spannbreite des Anteils. Dieser reicht von einem Anteil von 7,7 beim Bezirk Lichtenberg bzw. 8,9 v.H. (Berliner Feuerwehr) bis zu 36,5 v.H. bei der Polizei Berlin (mittlerer und gehobener Polizeivollzugsdienst) sowie 50 v.H. im Bezirk Neukölln. Hier ist der höchste Wert zu verzeichnen. Bei der Betrachtung des Werts ist jedoch auch die Bevölkerungsstruktur Berlins zu berücksichtigen. Von insgesamt 328 666 Einwohnenden weisen 155 281 und somit 47,2 v.H. einen Migrationshintergrund auf. Auch die Polizei liegt mit einem Anteil von 36,5 v.H. der zum Einstellungstermin eingestellten Nachwuchskräfte nur sehr geringfügig über dem Anteil an der Gesamtbevölkerung. Eine Erfassung des Anteils in der Ausbildung und danach, erfolgt wie oben dargestellt, nicht.

Der Anteil der eingestellten Nachwuchskräfte mit Migrationshintergrund liegt über alle Dienststellen betrachtet noch unter dem Anteil an der Gesamtbevölkerung. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass in den Auswahlverfahren – insbesondere in Bereichen, in denen die Ausbildung im Beamtenverhältnis auf Widerruf erfolgt, wie bei der Polizei – die Grundsätze der Bestenauslese gewahrt werden.

Der Senat ist sich seiner Selbstverpflichtung zur Förderung einer Kultur der Wertschätzung von Vielfalt bewusst. Er legt einen besonderen Wert darauf, die Förderung der Vielfalt in der Berliner Verwaltung zukünftig noch auszubauen.

18. Fallen unter die Neudefinition des Migrationshintergrundes in §3 Abs. 2 PartIntG in der Fassung des Entwurfs zur Neuregelung vom 06.07.2020 auch Spätaussiedler aus Osteuropa und den Nachfolgestaaten der Sowjetunion?

Zu 18.: Der Referentinnen-Entwurf der Senatsverwaltung für Integration, Arbeit und Soziales zur Neuregelung der Partizipation im Land Berlin vom 06.07.2020 befindet sich derzeit in dem Mitzeichnungsverfahren und wird überarbeitet.
Nach der Definition des Begriffes Migrationshintergrund hat eine Person einen Migrationshintergrund, wenn sie selbst oder mindestens ein Elternteil nicht mit deutscher

Staatsangehörigkeit geboren wurde. Im Einzelnen umfasst diese Definition zugewanderte und nicht zugewanderte Ausländerinnen und Ausländer, zugewanderte und nicht zugewanderte Eingebürgerte, (Spät-) Aussiedlerinnen und (Spät-) Aussiedler sowie die als Deutsche geborenen Nachkommen dieser Gruppen. (vgl. Mikrozensusgesetz, Bundesamt für Statistik)

19. Wie viele Beschwerden sind bei der Landesstelle für Gleichbehandlung seit 2015 (bitte jahrweise auflisten) wegen Verstoßes gegen die Frage Nr. 7 genannten Vorgaben des AGG (hilfsweise: generell wegen Verstoßes gegen das AGG) im Bereich des Öffentlichen Dienstes eingegangen?

Zu 19.: Die nachfolgende Tabelle gewährt einen Überblick über die Eingaben bei der Landesstelle für Gleichbehandlung – gegen Diskriminierung im Bereich des öffentlichen Dienstes mit Bezug zum AGG ab dem Jahr 2015. Es wurden alle Eingaben unabhängig davon gezählt, ob diese begründet oder unbegründet waren und unabhängig davon, welches der Merkmale aus § 1 AGG betroffen war. Einigen Eingaben lagen Mehrfachdiskriminierungen zugrunde.

Jahr	Anzahl der Beschwerden
2015	5
2016	12
2017	12
2018	15
2019	14
2020	8

Berlin, den 21. Dezember 2020

In Vertretung

Vera Junker
Senatsverwaltung für Finanzen

Antidiskriminierungsstelle des Bundes

Evaluation des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes

Büro für Recht und Wissenschaft GbR mit wissenschaftlicher Begleitung von Prof. Dr. Christiane Brors

Nomos

Evaluation des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes

erstellt im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes

vom Büro für Recht und Wissenschaft GbR mit wissenschaftlicher Begleitung von Prof. Dr. Christiane Brors, Carl von Ossietzky Universität Oldenburg

Autor*innen:
Dr. Sabine Berghahn, Vera Egenberger, Micha Klapp, Alexander Klose, Doris Liebscher, Dr. Linda Supik und Alexander Tischbirek

Zitiervorschlag:
Berghahn/Klapp/Tischbirek, Evaluation des AGG, erstellt im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, 2016

Oktober 2016

Kurzzusammenfassung

Das **Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz** („AGG“) trat am **18. August 2006 in Kraft,** um **vier europäische Richtlinien** in ein einheitliches Antidiskriminierungsgesetz umzusetzen. Die vorliegende Evaluation des Gesetzes nimmt sowohl die rechtliche Entwicklung des Gesetzes in den Blick wie auch seine praktische Wirksamkeit. Das AGG wurde **rechtswissenschaftlich und rechtstatsächlich** untersucht. Neben einer Analyse der Vorgaben aus dem Völker-, Europa- und Verfassungsrecht sowie einer Auswertung von Rechtsprechung und Literatur wurden Fokusgruppengespräche mit Rechtsanwält*innen und Berater*innen, Expert*inneninterviews mit Richter*innen und eine schriftliche Befragung von Verbänden durchgeführt.

Die Empfehlungen der Evaluation richten sich vorrangig an den Gesetzgeber, betreffen aber auch die Rechtsdurchsetzung. Im Folgenden werden die Empfehlungen entsprechend der Systematik des Gesetzes zusammengefasst:

Allgemeiner Teil

Im Allgemeinen Teil des AGG werden wichtige begriffliche Änderungen und Klarstellungen empfohlen: So sollte der Begriff der **„Benachteiligung“** dem internationalen Sprachgebrauch folgend im gesamten Gesetz durch den Begriff **„Diskriminierung“ ersetzt werden**. Der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs folgend muss Schutz auch für diejenigen bestehen, die z. B. nicht wegen ihrer eigenen, sondern wegen der Hautfarbe ihres Lebenspartners diskriminiert werden (sog. **assoziierte Diskriminierung**). Eine Ergänzung muss auch dahingehend erfolgen, dass das Gesetz Diskriminierungen ohne identifizierbare Opfer erfasst.

Die Ersetzung des Begriffs **„Rasse“** etwa durch **„rassistisch“** soll verdeutlichen, dass es keine menschlichen Rassen gibt und mit der Ersetzung des Begriffs **„Alter“** durch **„Lebensalter“** würde klargestellt, dass auch Diskriminierungen junger Menschen vom AGG erfasst werden. Weiterhin sollte der Gesetzgeber deutlich machen, dass der Begriff **„Geschlecht“ auch Inter* und Trans*Menschen einbezieht**. Der Begriff der **„Behinderung“** ist den Vorgaben der UN-Behindertenrechtskonvention entsprechend **weit zu fassen**. Dazu gehört auch die Klarstellung, dass das Versagen sog. **angemessener Vorkehrungen**, z. B. die Schaffung eines barrierefreien Arbeitsplatzes, für Menschen mit Behinderung eine Diskriminierung darstellt.

Sexualisierte Belästigung

Erweiterungen des Gesetzes sind darüber hinaus dort erforderlich, **wo der Schutz vor sexualisierter Belästigung bisher auf das Arbeitsleben beschränkt** ist und entsprechende Verhaltensweisen in anderen Lebensbereichen nicht erfasst werden. Das gilt für die Belästigung aus anderen Gründen auch dort, wo im Einzelfall kein sog. „feindliches Umfeld" für die Betroffenen besteht, wie es das AGG bisher zwingend voraussetzt.

Positive Maßnahmen

Positive Maßnahmen, d.h. Maßnahmen, mit denen bestehende Nachteile ausgeglichen werden sollen, sind vom AGG bisher lediglich erlaubt, kommen in der Praxis aber nur selten zur Anwendung. Hier sollte, z.B. **mit Hilfe von Betriebsvereinbarungen und Gleichstellungsplänen**, ein **verbindlicherer Rahmen** geschaffen werden, um diskriminierende Strukturen zu überwinden.

Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz

Im arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutz besteht Änderungsbedarf zunächst im Anwendungsbereich des Gesetzes. Neben einer **Erweiterung der Pflicht zur diskriminierungsfreien Ausschreibung** ist auch europarechtlich eine Klarstellung geboten, **dass auch Kündigungen vom AGG erfasst werden**, was dem Gesetzeswortlaut bisher nicht zu entnehmen ist. Darüber hinaus macht der zunehmende Einsatz von **Fremdpersonal** eine **Erweiterung des Diskriminierungsschutzes** erforderlich. Angesichts der steigenden Bedeutung betrieblicher Altersversorgung wird dem Gesetzgeber zudem geraten, das **Verhältnis von Betriebsrentengesetz und AGG zu präzisieren**.

Rechtfertigung von Ungleichbehandlung

Der **Spielraum für die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen** muss nach Überzeugung der Autor*innen **eingeschränkt werden**. Das gilt zunächst für die Aufhebung altersdiskriminierender Vorschriften außerhalb des AGG, aber auch für strengere Anforderungen an die Ziele, die mit einer unterschiedlichen Behandlung wegen des Lebensalters verfolgt werden dürfen. Eine besondere Problematik besteht – auch mit Blick auf den demografischen Wandel – dort, wo Arbeitnehmer*innen bisher Diskriminierungsschutz versagt wird, die nach Erreichen des Rentenalters weiterarbeiten wollen oder müssen.

Kirchenklausel

Die sog. „Kirchenklausel“, die es Religionsgemeinschaften und ihnen zugeordneten Einrichtungen erlaubt, Beschäftigte wegen ihrer Religionszugehörigkeit aber auch wegen der Verletzung von religiösen Verhaltenspflichten zu diskriminieren, gehört seit Anfang an zu den umstrittensten Vorschriften des AGG. Hier spricht sich die Evaluation für eine differenzierende Lösung aus: **Während entsprechende Anforderungen im verkündungsnahen Bereich gerechtfertigt sein können, sollten z. B. für Ärzt*innen, Krankenschwestern und Erzieher*innen die allgemeinen Regeln auch dann gelten, wenn sie Beschäftigte von Caritas oder Diakonie sind.**

Dreieckskonstellationen im Arbeits – und Zivilrecht

Da das AGG grundsätzlich nur zwischen Vertragspartner*innen gilt, empfiehlt sich eine **Konkretisierung der bestehenden Regelungen dort, wo Dritte wie z. B. Arbeitskolleg*innen, Geschäftspartner*innen oder Kund*innen ins Spiel kommen**. Hier sollte der Gesetzgeber klarer formulieren, welche Pflichten Arbeitgeber*innen haben, um ihre Beschäftigten vor Diskriminierungen zu schützen; bei Verletzung dieser Pflichten sollten die Betroffenen dann einen Anspruch auf Entschädigung nach dem AGG haben. Entsprechendes gilt außerhalb des Arbeitsrechts, z. B. im Mietverhältnis gegenüber anderen Mieter*innen, Makler*innen oder Hausverwaltungen.

Erweiterung des Schutzes vor Diskriminierungen wegen der Weltanschauung auf das Zivilrecht

Als systemwidrig kritisiert die Evaluation die Beschränkung des Schutzes vor Diskriminierungen wegen der Weltanschauung auf das Arbeitsrecht. Im zivilrechtlichen Diskriminierungsschutz bestehen zudem europarechtswidrige Lücken bei Geschlechterdiskriminierungen und beim Schutz vor rassistischer Diskriminierung insbesondere auf dem Wohnungsmarkt, letzteres wirkt sich angesichts der Wohnungssuche einer großen Zahl von Geflüchteten zunehmend auch praktisch aus. Strengere Anforderungen an die Rechtfertigung sollte der Gesetzgeber schließlich an die Ungleichbehandlung durch privatrechtliche Versicherungen, insbesondere bei Anknüpfungen an das Lebensalter stellen.

Verlängerung von Fristen/Stärkung von Beschwerderechten

Das Regelungsmodell des AGG geht davon aus, dass die von Diskriminierung Betroffenen durch Beschwerden und Klagen selbst für die Sanktionierung der verbotenen Verhaltensweisen zu sorgen haben. Damit ist die

Rechtsdurchsetzung von zentraler Bedeutung für die Wirksamkeit des Gesetzes. Hindernisse bei der Inanspruchnahme von Recht sind neben dem fehlenden Wissen um die eigenen Rechte, tatsächliche oder angenommene Hürden wie z. B. Kosten und sonstige Nachteile. Die im AGG enthaltenen **Rechte der Beschäftigten** auf Beschwerde und Leistungsverweigerung und Schutz vor Viktimisierung sollten daher **gestärkt werden**. Gerade Opfer von Diskriminierungen benötigen darüber hinaus Zeit, die erlittene Persönlichkeitsverletzung zu verarbeiten und sich auf die Suche nach einem Rechtsbeistand zu machen. Dringend erforderlich ist aus Sicht der Autor*innen daher eine **Verlängerung der im AGG geregelten Frist von zwei auf sechs Monate**.

Beschränkung des Entschädigungsanspruchs aufheben

Wenn mit den im AGG geregelten Sanktionen eine Verhaltensänderung – am besten präventiv – herbeigeführt werden soll, sollten die bestehenden Beschränkungen des Anspruchs auf Entschädigung aufgehoben und stattdessen Richtgrößen für dessen Bemessung vorgeschlagen werden.

Beweislasterleichterung erweitern/Verbandsklagerecht

Zentrales Problem bei der gerichtlichen Durchsetzung des Antidiskriminierungsrechts bleibt jedoch die Beweisfrage. Die **Beweislasterleichterung** des AGG sollte daher maßvoll erweitert und im Arbeitsrecht durch einen **Auskunftsanspruch ergänzt werden**. Angesichts der zahlreichen Barrieren auf dem Weg zu individuellem Rechtsschutz sollte der Gesetzgeber zudem kollektiven Rechtsschutz im Wege eines **Verbandsklagerechts** für entsprechend qualifizierte Antidiskriminierungsverbände etablieren und die Recht von Betriebsräten und Gewerkschaften stärken.

Antidiskriminierungsstelle stärken

Mit Blick auf die Antidiskriminierungsstelle des Bundes kommt die Evaluation aus ähnlichen Erwägungen zu dem Ergebnis, dass deren Befugnisse von einem Recht zur Beratung im Einzelfall, über die **Unterstützung bei Klagen durch Stellungnahmen und einem umfassenden Auskunfts-, Beanstandungs- und Beteiligungsrecht bis hin zu einem Klagerecht** in grundlegenden Fällen erweitert werden sollten. Nicht nur für diese zusätzlichen Aufgaben sind **Personal und Ressourcen** an die Ausstattung anderer Stellen in der EU anzugleichen.

Inhalt

Kurzzusammenfassung 5

A) Einführung 13
1. Einleitung 13
2. Methodik 20

B) Evaluation 25
1. Allgemeiner Teil 25
1.1 Diskriminierungsbegriff 25
1.1.1 Begriff der Benachteiligung 25
1.1.2 Unmittelbare Diskriminierung 27
1.1.3 Assoziierte Diskriminierung 28
1.1.4 Belästigung 29
1.1.5 Sexualisierte Belästigung 31
1.1.6 Angemessene Vorkehrungen 33
1.2 Diskriminierungskategorien 38
1.2.1 Rasse und ethnische Herkunft 38
1.2.2 Geschlecht 42
1.2.3 Weltanschauung 45
1.2.4 Behinderung 47
1.2.5 Lebensalter 51
1.2.6 Sexuelle Identität 52
1.2.7 Mehrfachdiskriminierung 53
1.2.7.1 Erscheinungsformen der Mehrfachdiskriminierung 54
1.2.7.2 Mehrdimensionale Diskriminierung in Rechtsdogmatik und Rechtsprechung 55
1.3 Positive Maßnahmen 57
1.3.1 Voraussetzungen positiver Maßnahmen nach § 5 AGG 58
1.3.2 Stärkere Verbindlichkeit positiver Maßnahmen 61
1.3.3 Rechtliche Verpflichtung zur Schaffung positiver Maßnahmen 62
2. Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz 66
2.1 Sachlicher Anwendungsbereich 66
2.1.1 § 2 Abs. 1 Nr. 3 (Berufsberatung, Berufsbildung) 66
2.1.2 § 2 Abs. 1 Nr. 4 (Gewerkschaftsmitglieder) 69

2.1.3 § 2 Abs. 2 Satz 2 AGG (Betriebliche Altersversorgung) 70
2.1.4 § 2 Abs. 4 AGG (Diskriminierungsschutz bei Kündigungen) 71
2.2 Persönlicher Anwendungsbereich 73
2.2.1 § 6 Abs. 3 AGG (Selbstständige) 73
2.2.2 § 6 Abs. 2 Satz 2 AGG (Arbeitnehmerüberlassung)
2.3 Rechtfertigungsgründe 79
2.3.1 Rechtfertigungen von Ungleichbehandlung bei Lebensalter 79
2.3.2 Rechtfertigungen von Ungleichbehandlung bei Religion/Weltanschauung 87
2.3.2.1 Generelle betriebliche Verbote des Tragens sichtbarer Zeichen 87
2.3.2.2 § 9 Abs. 1 AGG 91
2.3.2.3 § 9 Abs. 2 AGG 100
2.4 Dreieckskonstellationen im Arbeitsrecht 107
2.4.1 „Dritter“ im Sinne des AGG 107
2.4.2 Das Haftungssystem des AGG 108
2.4.3 Diskriminierung durch ein Verhalten von Kolleg*innen 110
2.4.4 Diskriminierung durch ein Verhalten von außenstehenden Dritten 111
2.4.5 Diskriminierung durch ein Verhalten von Personalberater*innen 112
2.4.6 Kein hinreichender Diskriminierungsschutz 113
3. Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz 114
3.1 Schutzbereich 114
3.1.1 Rassistische Diskriminierung und ethnische Herkunft 114
3.1.2 Geschlecht 116
3.1.3 Weltanschauung 118
3.2 Rechtfertigungsgründe § 20 AGG 121
3.2.1 § 20 Abs. 1 AGG (Geschlecht) 121
3.2.2 § 20 Abs. 2 AGG (Versicherungen) 122
3.3 Dreieckskonstellation in Mietverhältnissen 124
4. Rechtsschutz 129
4.1 § 13 AGG (Beschwerderecht) 129
4.2 § 14 AGG (Leistungsverweigerungsrecht) 134
4.2.1 Voraussetzungen des Leistungsverweigerungsrechts 135
4.2.2 Prozessuale Hürden 136

4.3 § 16 AGG (Maßregelungsverbot) 138
4.3.1 Zulässige Inanspruchnahme von Rechten und Folgen eines Irrtums 138
4.3.2 Zivilrechtliches Maßregelungsverbot 141
4.4 § 17 AGG (Sozialpartner, Betriebsräte, kleine Verbandsklage) 141
4.4.1 § 17 Abs. 1 AGG 141
4.4.2 § 17 Abs. 2 AGG in Verbindung mit § 23 Abs. 3 BetrVG 142
4.5 Fristen 145
4.6 Sanktionierungen nach § 15 Abs. 1 bis 3 sowie § 21 Abs. 1 und 2 AGG 148
4.6.1 Verschuldensabhängigkeit des Schadensersatzes nach § 15 Abs. 1 AGG, § 21 Abs. 2 Satz 2 AGG sowie der Privilegierung des § 15 Abs. 3 AGG 149
4.6.2 Deckelung der Entschädigung auf drei Monatsgehälter 151
4.6.3 Die „abschreckende Wirkung" der Sanktionen 152
4.7 Auskunftsanspruch im Arbeitsrecht 154
4.8 § 22 AGG (Beweiserleichterung) 156
4.8.1 Sprachliche Abweichung des § 22 AGG 156
4.8.2 Schutzverstärkung über eine Ausweitung der Beweiserleichterung 157
4.9 § 23 AGG (Rechte von Antidiskriminierungsverbänden) 159
4.9.1 Beschränkung der Befugnisse im Gerichtsverfahren auf die Beistandschaft 159
4.9.2 Stärkung der Antidiskriminierungsverbände zur Stärkung der Rechtsdurchsetzung 160
4.10 Finanzielle Hilfen 162
4.11 Rechtsmissbrauch vs. effektiver Rechtschutz 166
4.11.1 Die Diskussion um Rechtsmissbrauch im Arbeitsrecht 166
4.11.2 Die Diskussion um Rechtsmissbrauch im Zivilrecht 171
4.11.3 Die Diskussion um Rechtsmissbrauch im Beamtenrecht 172
5. Antidiskriminierungsstelle 173
5.1 Errichtung 173
5.1.1 Vorgaben der Richtlinien 174
5.1.2 Stellen in Deutschland 174

5.2 Ansiedlung und Unabhängigkeit der Antidiskriminierungsstelle 176
5.3 Mandat und Aufgaben 180
5.3.1 Vorgaben der Richtlinien 181
5.3.2 Umfang des Mandates 181
5.4 Beratung, Verweisberatung und gütliche Einigung 184
5.4.1 Beratung und Verweisberatung 185
5.4.2 Herbeiführung einer gütlichen Einigung 187
5.5 Weiterleitung und Zusammenarbeit mit den Bundesbeauftragten 189
5.6 Gesetzliche Befugnisse zur Erfüllung der Aufgaben 190
5.6.1 Befugnisse im EU-Vergleich 192
5.6.2 Bestehende Befugnisse und Möglichkeiten der Erweiterung 193
5.7 Zusammenarbeit mit Nichtregierungsorganisationen 197
5.8 Ausstattung und Größe 200

C) Literatur 202

D) Anhänge 222

1. Moderationsleitfaden Fokusgruppe Berater*innen (Berlin) 222
2. Moderationsleitfaden Fokusgruppe Berater*innen (Hannover) 224
3. Moderationsleitfaden Fokusgruppe Anwält*innen (Berlin) 228
4. Moderationsleitfaden Fokusgruppe Anwält*innen (Hannover) 231
5. Interviewleitfaden Richter*innen 235
6. Fragebogen Verbände 243
7. Fragebogen Deutscher Gewerkschaftsbund 249

A) Einführung

1. Einleitung

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) ist das einheitliche zentrale Regelungswerk in Deutschland zur Umsetzung von vier europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien, die seit dem Jahr 2000 erlassen worden sind. Nachdem die Eröffnung mehrerer Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland das Gesetzgebungsverfahren beschleunigt hatte, war dieses durch die vorgezogene Bundestagswahl 2005 zunächst wieder unterbrochen worden. Am 18. August 2006 trat das AGG schließlich in Kraft. Das Gesetz kann als politischer Kompromiss gelten; es geht zum Teil über die europäischen Vorgaben hinaus, enthält zugleich aber Abschwächungen gegenüber dem ursprünglich im ADG-E[1] intendierten Schutz. Dies führte auch nach Verabschiedung des Gesetzes zu Zweifeln der Europäischen Kommission an der richtlinienkonformen Umsetzung.[2] Zehn Jahre später hat die Antidiskriminierungsstelle des Bundes das Jubiläumsjahr genutzt, um das AGG auf den Prüfstand zu stellen. Ein Rückblick auf die bisherigen Erfahrungen soll diese Überprüfung einleiten.

Der umfassende zivilrechtliche und folgenorientierte Rechtsschutz des AGG stellt eine konzeptionelle und rechtspolitische Zäsur für die bundesdeutsche Rechtskultur dar – und war von Anfang an umstritten. Erstmals wurde in Deutschland ein Gesetz geschaffen, das den Schutz vor Diskriminierung aus Gründen der „Rasse“ oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität durch private Akteure (z. B. Arbeitgeber*innen, Vermieter*innen, Anbieter*innen von Waren und Dienstleistungen) umfassend regelt. Mit seinem Erlass verbunden waren starke Befürchtungen im Hinblick auf negative wirtschaftliche Auswirkungen und den Bestand des deutschen Zivilrechts, insbesondere die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Privatautonomie, die das Recht garantiert, Vertragspartner*innen frei zu wählen und den Inhalt eines Ver-

1 Antidiskriminierungsgesetz-Entwurf v. 16.12.2004, BT-Drs. 15/4538.
2 Vertragsverletzungsverfahren 2007/2253, 2007/2362 und 2006/2519, mittlerweile eingestellt, vgl. zum Ganzen: Bericht der Kommission vom 17.1.2014 COM(2014) 2 final.

trages frei zu gestalten.[3] Andererseits bestanden große Hoffnungen auf eine Stärkung der Anerkennung der Wertgleichheit aller Menschen und eine effektivere Durchsetzung gesellschaftlicher Teilhabegerechtigkeit. Die geäußerten Befürchtungen haben sich im Rückblick, soweit ersichtlich, nicht bestätigt: Das AGG hat sich weder schädlich auf den Arbeitsmarkt noch auf Investitionen ausgewirkt, die prognostizierte Klagewelle ist ausgeblieben, die rechtsmissbräuchliche Erhebung von Ansprüchen ist verschwindend gering und ein wirtschaftsschädigender Anstieg der Bürokratiekosten[4] konnte wissenschaftlich nicht nachgewiesen werden.[5] Dessen ungeachtet wird das Gesetz von einigen Verbänden wegen der mit ihm angeblich verbundenen Bürokratie, Rechtsunsicherheit und zusätzlichen Kosten nach wie vor kritisiert.[6]

Auch wenn es weiter Vorbehalte gegen das Gesetz gibt, fällt die Bilanz nach zehn Jahren in mehrfacher Hinsicht positiv aus. Initiativen wie das Pilotprojekt „Anonymisierte Bewerbungsverfahren“[7] und die „Offensive für eine diskriminierungsfreie Gesellschaft”[8] stellen Gleichbehandlung und Teilhabegerechtigkeit als Ziel und Chance einer modernen vielfältigen Gesellschaft heraus. Auch Akteure, die dem AGG von Anfang an kritisch gegenüber standen, unterstützen „vielfältige Maßnahmen, um für Vielfalt zu sensibilisieren und diese nachhaltig zu fördern”.[9] Rechtswissenschaftler*innen haben gezeigt, dass Diskriminierungsschutz kein Gegner der

3 Zu Bedenken und Negativprognosen: Schriftliches Interview Verbände Nr. 1, S. 1; *Säcker*, ZRP 2002, S. 286–290; *Picker*, JZ 2002, S. 880–882; *Hoffjan/Braman*, Empirische Erhebung der Gesetzesfolgekosten aus dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, 2007, i. A. der „Initiative Neue Soziale Marktwirtschaft“. Die von einer Stuttgarter Anwaltskanzlei betriebene Webseite AGG-Hopping dokumentierte vor allem Fälle vor Inkrafttreten des AGG, in denen sich Männer auf nicht neutral ausgeschriebene Stellen im unteren Lohnsegment beworben hatten (Sekretärin etc.), die Seite wurde wegen datenschutzrechtlicher Verstöße eingestellt.

4 Bürokratiekosten i. e. S. sind Informationspflichten, z. B. Statistik- und Berichtspflichten; i. w. S. zählen dazu auch Betriebs- und Verwaltungskosten, z. B. höhere Personalkosten, Beratungskosten und indirekte Kosten, z. B. Auswirkungen auf Investitionsentscheidungen.

5 Zum Ganzen: *Klose*, Wie wirkt Antidiskriminierungsrecht?, in: Cottier/Estermann/Wrase (Hrsg.), Wie wirkt Recht?, 2010, S. 347–366, 352.

6 Schriftliches Interview Verbände Nr. 2, S. 1.

7 www.antidiskriminierungsstelle.de/DE/ThemenUndForschung/anonymisierte_bewerbungen/das_pilotprojekt/anonymisierte_bewerbungen_node.html [17.7.2016].

8 http://www.antidiskriminierungsstelle.de/DE/ThemenUndForschung/Projekte/Offensive_diskriminierungsfreie_Gesellschaft/offensive_node.html [17.7.2016].

9 Vgl. Schriftliches Interview Verbände Nr. 2, S. 1. Das „bewusste Eintreten des Arbeitgebers für ein benachteiligungsfreies Arbeitsumfeld [sei] nicht nur eine Frage des Anstandes und der Erfüllung gesetzlicher Vorgaben, sondern auch eine Frage der wirtschaftlichen Vernunft.” ebd.

Privatautonomie, sondern ihr wichtiger Verbündeter und nachdrücklicher Helfer ist. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass Diskriminierungsverbote auch die Funktion haben, die tatsächlichen Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Vertragsfreiheit zu sichern.[10] Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit bilden im internationalen Menschenrechtssystem keine Gegensätze, sondern eine Trias.[11] Auch die sozialwissenschaftliche Forschung zu intersektionalen Diskriminierungsrealitäten im deutschen Raum wurde mit dem AGG durch rechtliche Aspekte erweitert.[12]

Zugleich ist seit Inkrafttreten des AGG belegt worden, dass Diskriminierungen in Deutschland, ebenso wie in allen anderen EU-Staaten, in signifikanter Größenordnung und nicht nur vereinzelt stattfinden. Zahlreiche, von der Antidiskriminierungsstelle des Bundes in Auftrag gegebene Studien und Umfragen haben das Ausmaß von Diskriminierung in Deutschland sowie rechtliche Schutzlücken und politischen Handlungsbedarf ausgewiesen. Im Herbst 2015 hat die Antidiskriminierungsstelle des Bundes eine umfassende wissenschaftliche Studie zu Diskriminierungserfahrungen in Deutschland durchführen lassen. Im Rahmen dieses Forschungsprojekts wurde unter anderem eine bevölkerungsrepräsentative Umfrage durchgeführt. Danach hat knapp ein Drittel der Menschen in Deutschland (31,4 Prozent) nach eigener Aussage in den vergangenen zwei Jahren Diskriminierung im Anwendungsbereich des AGG erlebt. Dabei stellte sich das Diskriminierungsrisiko im Arbeitsleben als besonders hoch heraus.[13] Zugleich gaben in der Befragung nur 6,2 Prozent der Betroffenen an, Klage erhoben zu haben.

Die weit überwiegende Zahl veröffentlichter gerichtlicher Entscheidungen mit AGG-Bezug findet sich im Arbeitsrecht. Die Datenbank *juris* ergibt 1.405 Treffer, in denen entscheidungsrelevante Anspruchsgrundlagen des AGG geprüft wurden. In 3.112 Fällen taucht das AGG in der Entscheidungsbegründung auf, darunter sind lediglich 27 Fälle, in denen das Gesetz im Waren- und Dienstleistungsverkehr angewendet wurde.[14] Das mag über

10 *Looschelders*, JZ 2012, S. 105, (106).
11 Vgl. *Bielefeld/Follmer-Otto*, Diskriminierungsschutz in der politischen Diskussion, 2005, S. 10 ff.; *Baer*, Dignity, Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle Of Constitutionalism, in: University of Toronto Law Journal, 59 (2009) 4, S. 417–468.
12 Für einen Überblick: *Smykalla/Vinz* (Hrsg.), Intersektionalität zwischen Gender und Diversity. Theorien, Methoden und Politiken der Chancengleichheit, Münster 2011; zum Recht: vgl. *Baer/Bittner/Göttsche*, Mehrdimensionale Diskriminierung, 2010.
13 *Antidiskriminierungsstelle des Bundes* (Hrsg.), Diskriminierungserfahrung in Deutschland, 2015.
14 Abruf am 11.07.2016.

einen Zeitraum von zehn Jahren wenig erscheinen. Dabei muss berücksichtigt werden, dass erfolgreich über den Weg der außergerichtlichen Klärung oder des gerichtlichen Vergleichs geltend gemachte Ansprüche gegen Diskriminierung überhaupt nicht in den juristischen Datenbanken auftauchen. Auch werden nicht alle von Richter*innen getroffenen Entscheidungen der Datenbank zur Verfügung gestellt. Dies führt dazu, dass sich unter den veröffentlichten Entscheidungen mehrheitlich jene finden, in denen keine Diskriminierung festgestellt wurde.[15]

In jedem Fall steigt in den letzten Jahren die Anzahl der Verfahren leicht an, was auf einen größeren Bekanntheitsgrad des Gesetzes schließen lässt – eine Entwicklung, die auch in den Interviews mit Richter*innen bestätigt wurde. Die letzten Jahre haben aber ebenso gezeigt, dass Angehörige bestimmter gesellschaftlicher Gruppen ihre Rechte eher mobilisieren als andere. Die Klagestatistik wird von den Diskriminierungsgründen Alter, Geschlecht und Behinderung angeführt. Richter*innen und Arbeitnehmervertreter*innen bestätigen diesen Befund aus der Praxis. Von Rassismus betroffene Menschen klagen besonders wenig. Diese Tatsache ist nicht auf geringere Diskriminierungserfahrungen zurückzuführen, sondern als Anzeichen mangelnder Anreize und Ressourcen der Rechtsmobilisierung zu deuten[16] und wirft Fragen nach der Effektivität der Rechtsdurchsetzung auf.

Die veröffentlichten Entscheidungen zeigen auch, welche Akteure die Rechtsdurchsetzung und die Entwicklung des Antidiskriminierungsrechts in Deutschland vorangebracht haben. Bereits die Existenz des Gesetzes selbst zeitigt über die rein gerichtliche auch eine sensibilisierende und damit generalpräventive Wirkung nach außen.[17] Zur Bekanntheit des Gesetzes hat die Arbeit der Antidiskriminierungsstelle des Bundes

15 So schon *Rottleuthner/Mahlmann*, Diskriminierung in Deutschland, 2011, S. 406.

16 *Rottleuthner/Mahlmann*, Diskriminierung in Deutschland, 2011, S. 29 f.

17 Das ergibt sich auch aus den geführten Interviews und Fokusgruppengesprächen. Ein*e der interviewten Richter*innen bringt die Wirkung des AGG wie folgt auf den Punkt: „Also, das hat tatsächlich für die Arbeitsrichter insgesamt eben nicht nur diese gerichtliche Wirkung, sondern eine generalpräventive Wirkung nach außen, und die ist sicherlich größer als bei anderen Gesetzen, weil es auch häufiger diskutiert worden ist und man hier auch eine Chance hat, sein eigenes Verhalten zu steuern.", Interview #10, 17.06.2016, S. 2 = Audio [0:04:17]. Auch von Verbandsvertreter*innen wurde begrüsst, dass das AGG eine "Wertediskussion in den europäischen Mitgliedstaaten angestoßen" habe, – Schriftliches Interview Verbände Nr. 4, S. 2 –, und betont: "Das AGG hat seit seiner Einführung und auch schon durch die Diskussion im Gesetzgebungsverfahren dazu beigetragen, dass Unternehmen und Gesellschaft sensibler mit diesem Thema umgehen.", Schriftliches Interview Verbände Nr. 1, S. 8.

wesentlich beigetragen, für die tatsächliche Rechtsmobilisierung ist auch die Arbeit der nichtstaatlichen Beratungsstellen unabdingbar.

Wesentliche Klarstellungen, bezogen auf die Vereinbarkeit mit höherrangigem EU-Recht wie auch auf die Auslegung des AGG im nationalstaatlichen Rechtsrahmen, haben gerichtliche Entscheidungen des EuGH und des BAG erbracht. Hier rückt die Rolle von engagierten Betroffenen, Beratungsstellen, Organisationen und Rechtsanwält*innen bei der gezielten Herbeiführung von Grundsatzentscheidungen in den Vordergrund. Diese Verfahren trugen, über individuelle Interessen hinaus und zum Teil auf dem Weg strategischer Prozessführung, einem in Deutschland noch wenig etablierten Instrument, wesentlich zur Rechtsfortbildung bei.

Die Rückschau zeigt, dass das Antidiskriminierungsrecht in Deutschland mittlerweile etabliert ist und dass existierende Vorbehalte einem normalisierten versachlichten Umgang mit dem AGG gewichen sind. Im Vergleich zu anderen EU-Staaten gibt es gleichwohl Verbesserungspotenzial – sowohl bezogen auf Fallzahlen und auf die Institutionalisierung bzw. Förderung von Antidiskriminierungsstellen und -politiken durch die öffentliche Hand als auch auf die Anerkennung als Rechtsgebiet. Letztere sollte nicht zuletzt mit der stärkeren Einbeziehung von Antidiskriminierungsrecht in die juristische Aus- und Weiterbildung einhergehen.

Hinzu kommen neue Herausforderungen und Anwendungsbereiche mit Blick auf aktuelle demografische und politische Entwicklungen. Der zunehmende Fachkräftemangel stellt ganz unterschiedliche Diskriminierungspraktiken und -dimensionen neu zur Diskussion. Dass Einwanderung im Wege von Migration und Flucht unsere Gesellschaft verändert, stellt niemand mehr ernsthaft infrage. Die Realität einer heterogenen, geschlechtlich, sexuell, kulturell und religiös vielfältigen Gesellschaft ist in den letzten zehn Jahren sichtbarer geworden und nicht zuletzt durch grundsätzliche Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auch in den Kontext von Menschenwürde und Gleichheit gestellt worden.[18]

18 BVerfG v. 18.07.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 –, BVerfGE 132, 134–179 – Asylbewerberleistungsgesetz; BVerfG v. 19.02.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 –, BVerfGE 133, 59–100 – Sukzessivadoption; BVerfG v. 07.02.2012 – 1 BvL 14/07 –, BVerfGE 130, 240–262 – Landeserziehungsgeld; BVerfG v. 27.01.2015 – 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10 –, BVerfGE 138, 296–376 – Pauschales Kopftuchverbot.

Daraus ergeben sich vielfältige Anforderungen an ein modernes Antidiskriminierungsrecht: bezogen auf z. B. den Anwendungsbereich des AGG, auf die Notwendigkeit und die Zulässigkeit positiver Maßnahmen, aber auch auf widerstreitende Interessen und Bedürfnisse sowie zulässige Ausnahmen vom Verbot der Benachteiligung. Diskriminierung entsteht jenseits der Ebene der individuellen Interaktionen auch auf der diskursiven und institutionellen Ebene. Insofern kann der individuell-reaktive Ansatz des AGG nur ein Baustein einer Antidiskriminierungspolitik sein, die parallel auf allen drei Ebenen die Verhinderung und Beseitigung von Diskriminierung anstrebt.

Die politischen, medialen und juristischen Kontroversen, z. B. um die Bewertung der Thesen Thilo Sarrazins oder die Diskussionen um die rassistische Mord- und Terrorserie des NSU und in diesem Zusammenhang zutage tretende Fehlleistungen der Ermittlungsbehörden, haben Fragen nach Rassismus unter anerkannten Repräsentant*innen der Gesellschaft wie auch in den rechtsstaatlichen Institutionen aufgeworfen. Der folgenorientierte und verschuldensunabhängige Ansatz des Antidiskriminierungsrechts reiht sich hier ein in eine neue Analyse gesellschaftlicher Problemlagen, die alle gesellschaftliche Schichten und nicht nur sogenannte rechtsextreme Ränder einbezieht.[19]

Gegen Antidiskriminierungspolitik als Ausdruck einer grundsätzlichen Haltung und politischen Strategie, die auf umfassende gesellschaftliche Teilhabegerechtigkeit setzt, formieren sich gleichzeitig neue politische Widerstände. In Deutschland und europaweit propagieren rechtspopulistische Bewegungen und Parteien die Rückkehr zu einem Ideal sozialer Homogenität. Die politische Rhetorik vom „Genderwahn“ und einer „Ideologie des Multikulturalismus“ produziert und reproduziert dabei Stereotypisierungen und Vorurteile gegenüber marginalisierten Bevölkerungsgruppen. Mit Aussagen wie „Der Islam gehört nicht zu Deutschland“ werden zugleich Diskriminierungen und ungleiche Rechte als naturgegeben und unveränderbar verteidigt.

Angesichts dieser widersprüchlichen Entwicklungen gilt es, den menschenrechtlichen Grundsatz gleicher Rechte und tatsächlicher Teilhabegleichheit als gesellschaftliche Vision zu verteidigen und mit Leben zu

19 Zuletzt: *Decker/Kies/Brähler* (Hrsg.), Die enthemmte Mitte, Autoritäre und rechtsextreme Einstellung in Deutschland, 2016, die zeigen, dass Hass-Stimmung gegen Flüchtlinge, Juden, Muslima, Roma und Homosexuelle weitverbreitet sind, auch jenseits von politischer Selbstverortung und Wahlverhalten der Befragten.

füllen. Dazu zählen, neben individuellen Rechtsansprüchen und Maßnahmen gegen Diskriminierung, auch die Förderung von Antidiskriminierungskompetenz, eine gelebte Kultur der Wertschätzung von Vielfalt und eine Vision gleicher gesellschaftliche Teilhabe für alle Bürger*innen.

Auch zehn Jahre nach Inkrafttreten des AGG sind Diskriminierungen in Deutschland nach wie vor eine soziale Realität. Das Antidiskriminierungsrecht als eines der wichtigsten interventiven und präventiven Instrumente gegen Diskriminierung muss sich weiterentwickeln, so wie sich auch Gesellschaft weiterentwickelt. Um horizontal einen noch effektiveren Rechtsschutz vor Diskriminierung zu gewährleisten, muss das AGG nachjustiert werden. Anders als im Jahr 2000 wird die Initiative derzeit höchstwahrscheinlich nicht von der EU ausgehen. Damit ist der deutsche Gesetzgeber gefragt. Dabei wird unter anderem zu berücksichtigen sein, dass in der bereits genannten Repräsentativbefragung mehr als 10 Prozent der Befragten angaben, in den letzten 24 Monaten Diskriminierungen aufgrund ihrer sozioökonomischen Lage, also z. B. wegen ihres Bildungsstands oder ihres Einkommens erlebt zu haben. Damit finden diese vom Schutzbereich des AGG bislang nicht erfassten Benachteiligungen am zweithäufigsten nach Diskriminierungen aufgrund des Lebensalters statt.[20]

Da hoheitliches Handeln vom AGG außerhalb des Arbeitsbereichs nicht erfasst wird, sind Bund und Länder aufgerufen, einen vergleichbaren Diskriminierungsschutz auch dort zu schaffen, wo z. B. Sicherheitsbehörden oder staatliche Bildungsträger gegen die Diskriminierungsverbote verstoßen.[21]

Vorausgehen muss einer Weiterentwicklung bestehenden Rechts aber eine Bestimmung seiner rechtlichen Rahmenbedingungen und seiner rechtstatsächlichen Wirkung. Im Rahmen der vorliegenden Evaluation wurde deshalb neben einer rechtswissenschaftlichen Analyse der Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht untersucht, welche praktische Wirksamkeit das AGG entfaltet und an welchen Stellen das Gesetz nachgebessert werden muss. Nach einer Darstellung der wissenschaftlichen Methodik (Teil A 3.) orientiert sich der Aufbau der Evaluation (Teil B)

20 *Antidiskriminierungstelle des Bundes* (Hrsg.), Diskriminierungserfahrungen in Deutschland, 2015, S. 7.

21 Vgl. Entwurf für ein Berliner Landesantidiskriminierungsgesetz (Abgeordnetenhaus-Drs. 17/2574).

deshalb am Aufbau des AGG. Einer Darstellung des Diskriminierungsbegriffs und der Diskriminierungskategorien im allgemeinen Teil (B.1.) folgt die Analyse des arbeitsrechtlichen Antidiskriminierungsschutzes (B.2.) und des zivilrechtlichen Antidiskriminierungsschutzes (B.3.). In einem eigenen Rechtsschutzkapitel (B.4.) werden die unterschiedlichen Instrumente der Rechtsdurchsetzung analysiert, Kapitel B.5. widmet sich schließlich Mandat, Befugnissen und Organisation der Antidiskriminierungsstelle des Bundes. In den einzelnen Kapiteln werden jeweils die Erkenntnisse der rechtswissenschaftlichen und der rechtstatsächlichen Analyse dargestellt. Am Anfang jedes Abschnitts werden zentrale Empfehlungen zur Überarbeitung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes zusammengefasst.

Die Autor*innen der Evaluation, Dr. Sabine Berghahn, Vera Egenberger, Micha Klapp, Alexander Klose, Doris Liebscher, Dr. Linda Supik und Alexander Tischbirek, danken Prof. Dr. Christiane Brors für die wissenschaftliche Begleitung der Evaluation.

2. Methodik

Aufgabe der vorliegenden Evaluation ist es, das AGG auf bestehenden Nachbesserungsbedarf hin zu untersuchen und dafür Handlungsempfehlungen zu erarbeiten. Kernfragen sind dabei das Bestehen von Umsetzungsdefiziten sowie Schutz- und Regelungslücken des AGG, seine Wirksamkeit in der Rechtspraxis sowie die Handlungsbefugnisse der Antidiskriminierungsstelle des Bundes.

Die rechtswissenschaftliche Analyse untersucht die einzelnen Regelungen des AGG gemessen an den Vorgaben des Völkerrechts, des Primär- und Sekundärrechts der Europäischen Union sowie des deutschen Verfassungsrechts, jeweils in der Konkretisierung durch die jeweilige Rechtsprechung und unter Berücksichtigung der einschlägigen Literatur.

Ergänzt wird die juristische Analyse durch eine rechtstatsächliche Untersuchung. Die Ergebnisse dieses empirischen Teils der Evaluation fließen, der inhaltlichen Gliederung folgend, im thematischen Zusammenhang der einzelnen Punkte in die Darstellung ein. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich Wirkungen und Wirksamkeit rechtlicher Regelungen empirisch nur begrenzt überprüfen lassen. Zu den aus der rechtssoziologischen Forschung

bekannten Problemen zählt neben den häufig unklaren Zielvorgaben und Schwierigkeiten bei der Messung des Erfolges vor allem der (letztlich unmögliche) Nachweis der Kausalität einer bestimmten gesetzlichen Regelung für eine ggf. nachgewiesene positive oder negative Entwicklung.[22]

Die rechtstatsächliche Untersuchung wertet daher nicht nur die bestehenden sozialwissenschaftlichen Studien zu Diskriminierungen im Kontext des AGG inhaltsanalytisch aus, die jeweils an relevanter Stelle im Text genannt werden, sondern ergänzt diese um die Erfahrungen verschiedener Akteur*innen im Feld des Antidiskriminierungsrechts. Dafür wurde das Expert*innenwissen von Antidiskriminierungsstellen und Verbänden, Rechtsanwält*innen und Richter*innen in leitfadengestützten Interviews und Fokusgruppengesprächen[23] sowie schriftlichen Befragungen erhoben.[24] Auf dieser Basis kann die Bandbreite des bisher gesammelten Erfahrungswissens sowie der Positionen, Einschätzungen und Standpunkte eines maßgeblichen Expert*innenfeldes mit dem AGG abgebildet werden. Aufgrund des explorativen Charakters der Untersuchung wurde bei der Auswahl der Teilnehmer*innen keine Repräsentativität angestrebt, sondern es wurden gezielt Akteur*innen angesprochen, von denen erwartet werden konnte, dass sie über das für die Evaluation relevante Wissen, d. h. insbesondere über Schutzdefizite und Barrieren bei der Rechtsdurchsetzung verfügen.

Die jeweils ein- bis zweistündigen leitfadengestützten Interviews mit den zehn Richter*innen fanden zwischen April bis Anfang Juni 2016 statt.[25] Für die Auswahl als Gesprächspartner*in war Voraussetzung, dass die Richter*innen in den vergangenen zwei Jahren möglichst mehrere AGG-Fälle bearbeitet hatten. Darüber hinaus wurde angestrebt, möglichst alle Instanzenzüge in der Arbeits-, Verwaltungs- und ordentlichen Gerichtsbar-

22 Zum Stand der Rechtswirkungsforschung in der deutschsprachigen Forschung vgl. *Cottier/Estermann/Wrase* (Hrsg.), Wie wirkt Recht? Ausgewählte Beiträge zum ersten gemeinsamen Kongress der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen, 2010.

23 Die Fokusgruppendiskussion wurde als adäquate Methode gewählt, um zeit- und ressourceneffektiv ein möglichst breites Meinungsbild einzuholen und gleichzeitig ein breites Spektrum von Erfahrungswissen aus unterschiedlichen Perspektiven zu bündeln. Der methodische Ansatz zielt prinzipiell besonders darauf ab, eine unter bestimmten Gesichtspunkten zusammengesetzte Gruppe kontrovers zu einem Thema diskutieren zu lassen. Dadurch werden bereits im Verlauf des Gesprächs Aussagen durch die Reaktion anderer Gruppenteilnehmer*innen bewertet und z. B. Mehrheitsmeinungen von randständigen Meinungen unterscheidbar. Im Gruppengespräch treten somit unterschiedliche Ansichten und ihre relative Relevanz deutlich hervor.

24 Die zielgruppenspezifischen Leitfäden der Moderation der Fokusgruppen und der Interviews sowie die Fragebögen sind im Anhang dokumentiert.

25 Den befragten Richter*innen und Rechtsanwält*innen wurde Anonymität zugesichert, so dass sie in diesem Bericht nicht namentlich erwähnt werden.

keit abzudecken. Die Suche erfolgte insbesondere aufgrund veröffentlichter Entscheidungen, die einzelnen Richter*innen zugeordnet werden konnten. Die Erfahrungen von insgesamt 20 Rechtsanwält*innen wurde im Februar und März 2016 im Rahmen von zwei jeweils vierstündigen Fokusgruppengesprächen in Berlin und Hannover eingeholt. Die Teilnehmenden der Fokusgruppen mussten in den vergangenen drei Jahren mindestens fünf AGG-Mandate wahrgenommen haben, darunter zumindest auch Mandate von der Betroffenenseite, und bevorzugt auf einen Diskriminierungsgrund oder in einem Bereich des Antidiskriminierungsrechts spezialisiert sein. In den Gesprächen standen juristisch-normative und verfahrensrechtliche Aspekte sowie Lücken des Rechtsschutzes im Vordergrund. Im gleichen Zeitraum wurden auch mit Mitarbeiter*innen von zivilgesellschaftlichen und kommunalen Antidiskriminierungsstellen, die mit der direkten Beratung von Diskriminierungsopfern betraut sind, zwei vierstündige Fokusgruppengespräche in Berlin und Hannover durchgeführt. Es wurden insgesamt 23 Beratungsstellen kontaktiert, wobei Beratungsangebote für alle im AGG genannten Kategorien einbezogen wurden;[26] 19 Berater*innen nahmen an den Fokusgruppengesprächen teil. Im Zentrum der Gespräche standen Erfahrungen bezüglich der Geltendmachungs- und Klagefrist, der Durchführung von Testings, der Beistandschaft, einer möglichen Prozessstandschaft und eines Verbandsklagerechtes, Rechtsschutzlücken, der Entschädigungsbeträge und des Mandates der Antidiskriminierungsstelle des Bundes (ADS). Schließlich wurden Vertreter*innen von Verbänden zwischen April bis An-

26 Kontaktiert wurden: ADA – Antidiskriminierung in der Arbeitswelt (Bremen), Antidiskriminierungsberatung Alter oder Behinderung der Landesvereinigung Selbsthilfe Berlin e. V. (Berlin), Antidiskriminierungsberatung Brandenburg, Opferperspektive e. V. (Potsdam), AntiDiskriminierungsBüro (ADB) Köln/Öffentlichkeit gegen Gewalt e. V. (Köln), Antidiskriminierungsbüro Sachsen (Leipzig), Antidiskriminierungsnetzwerk Berlin des Türkischen Bundes in Berlin-Brandenburg (Berlin), basis & woge e. V. (Hamburg), Antidiskriminierungsstelle der Stadt Hannover, Antidiskriminierungsstelle von IBIS e. V. (Oldenburg), Antidiskriminierungsverband Schleswig-Holstein (Kiel), Anti-Rassismus Informations-Centrum, ARIC-NRW e. V. (Duisburg), Büro zur Umsetzung von Gleichbehandlung e. V (Berlin), Bundesverband Selbsthilfe Körperbehinderter e. V. (Krautheim), Bundesverband Trans* e. V. i. G. – Für geschlechtliche Selbstbestimmung und Vielfalt! (Berlin), Interessenvertretung Selbstbestimmt Leben in Deutschland e. V. (Kassel), Koordinierungsstelle für gleichgeschlechtliche Lebensweisen (München), Lesben- und Schwulenverband, LSVD (Köln), LesMigraS, Antidiskriminierungs- und Antigewaltbereich der Lesbenberatung Berlin e. V. (Berlin), NOTRUF für vergewaltigte Frauen und Mädchen e. V. (Hamburg), Pädagogisches Zentrum Aachen e. V., Schwulenberatung Berlin, Stabsstelle Antidiskriminierung im Hessischen Ministerium für Soziales und Integration (Wiesbaden), TransInterQueer e. V. (Berlin).

fang Juni 2016 schriftlich befragt. Von den sechs Angeschriebenen haben vier den Fragebogen beantwortet.[27]

Die Dokumentation der in den Fokusgruppengesprächen und Interviews erhobenen empirischen Daten erfolgte durch Audiomitschnitte und deren Transkriptionen. Bei den Fokusgruppen war zudem neben der Moderation mindestens ein zweites Teammitglied anwesend und erstellte ein Verlaufsprotokoll. Bei den Interviews mit den Richter*innen wurde ebenfalls ein Audiomitschnitt erstellt und transkribiert.

Die Auswertung der gewonnenen empirischen Daten erfolgte nach der qualitativen Methode der *Grounded Theory*,[28] die auch als Methode der gegenstandsbegründeten Theoriebildung bezeichnet wird. Diesem bewährten klassischen sozialwissenschaftlichen Auswertungsansatz wurde der Vorzug gegenüber anderen Vorgehensweisen (wie etwa der qualitativen Inhaltsanalyse nach Mayring) gegeben, da er eine größere Flexibilität gestattet und es erlaubt, auch im Auswertungsprozess neue, im Datenmaterial aufscheinende Aspekte mit neuen Codes zu versehen und miteinzubeziehen.

Die Äußerungen der Teilnehmenden in den Gesprächstranskripten wurden einzelnen, zuvor festgelegten inhaltlichen Aspekten zugeordnet. Dieser erste Analyseschritt ähnelt einem Verschlagwortungsprozess: Das transkribierte Textmaterial wurde mehrfach auf Bezüge zu wichtigen Stichworten und Problemfeldern des AGG hin gesichtet, und einzelnen Passagen bzw. Sinnabschnitten wurden dementsprechend (teilweise auch mehrere) Codes zugewiesen. So konnten sowohl deduktiv bereits bekannte Themen am empirischen Material überprüft werden als auch induktiv bei der Auswertung einige zusätzliche neue Themen identifiziert werden. Diese Neustrukturierung des Datenmaterials ermöglichte es, die Themenfelder jeweils multiperspektivisch (aus Sicht von Richter*innen, Anwält*innen und Berater*innen) zu bewerten.

Zu Zwecken der Veranschaulichung und Konkretisierung wird an ausgewählten Stellen wörtlich (oder sinngemäß) aus den Audiomitschnitten zitiert, diese Zitate werden im Bericht als solche kenntlich gemacht. Mit der

27 Angeschrieben wurden: Deutscher Gewerkschaftsbund, Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Verband der Privaten Krankenversicherung e. V., Deutscher Industrie- und Handelskammertag, Bundesverband deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmen, Deutscher Mittelstands-Bund.

28 *Strauss/Corbin*, Grounded Theory, 1996; *Glaser/Strauss*, Grounded Theory, 2005. *Flick*, Qualitative Sozialforschung, 2007.

anonymisierten Verwendung ihrer Gesprächsdaten hatten sich alle Teilnehmer*innen vorab schriftlich einverstanden erklärt. Die Verweise im Text beziehen sich jeweils auf die transkribierten Gesprächsdokumentationen. Dabei werden die individuellen Sprecher*innen nicht namentlich genannt, sondern lediglich als „Beraterin“, „Richterin“, „Vertreter“, „Rechtsanwältin“ bezeichnet.

B) Evaluation

1. Allgemeiner Teil

1.1 Diskriminierungsbegriff

1.1.1 Begriff der Benachteiligung

Der Begriff „Benachteiligung“ sollte sowohl im Titel als auch durchgängig im Gesetzestext durch den Begriff „Diskriminierung“ ersetzt werden.[29]

Dem Sprachgebrauch in Art. 3 Abs. 3 GG entsprechend hat sich der deutsche Gesetzgeber für den Begriff „Benachteiligung“ im AGG entschieden. Er verwendet somit nicht den europarechtlichen Begriff der „Diskriminierung“. Nach Ansicht des Gesetzgebers wird im allgemeinen Sprachgebrauch unter „Diskriminierung“ nur die rechtswidrige, sozial verwerfliche Ungleichbehandlung verstanden, während die §§ 5, 8 bis 10 und 20 AGG zeigen, dass es auch Fälle der zulässigen unterschiedlichen Behandlung gibt.[30] Mit dem Begriff „Benachteiligung“ möchte der deutsche Gesetzgeber daher bewusst zwischen Tatbestand und Rechtfertigung trennen.

Dieses Verständnis entspricht nicht dem zugrunde zu legenden europäischen Begriff der „Diskriminierung“.[31] Im nationalen Text des AGG ist schon das Wort „Benachteiligung“ in § 1 AGG nicht zutreffend.[32] Im Wortlaut ist es Ziel des Gesetzes, „Benachteiligungen [...] zu verhindern

29 Dies würde auch den im AGG noch zu findenden Spuren der früheren Gesetzentwürfe entsprechen (§ 23: Antidiskriminierungsverbände; §§ 25 ff.: Antidiskriminierungsstelle des Bundes). Vgl. *Liebscher/Klose*, Vorschläge zur Novellierung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG), 2014, S. 7; *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, § 3 Rn. 1; die terminologischen Unterschiede nicht überbewerten will *Wendeling-Schröder* in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 1 Rn. 5, 2008.

30 BT-Drs. 16/1780, S. 30.

31 V. *Roetteken*, AGG, § 1 Rn. 2a.

32 A. A. *Bauer/Krieger*, AGG, Einl. Rn. 10. Der Begriff der „Diskriminierung“ impliziere, möglicherweise sogar bewusst, zugleich ein herabwürdigendes Verhalten desjenigen, der benachteiligt. Das AGG setze sich damit ganz bewusst von dem („subjektiven“) Erfordernis einer Herabwürdigung ab. Mit dem Begriff der „Benachteiligung“ wähle der Gesetzgeber einen objektiven vergleichbaren Ansatz und setze sich damit von der Begrifflichkeit der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien ab, in denen überwiegend von „Diskriminierungen“ und nicht von „Benachteiligungen“ die Rede sei.

oder zu beseitigen". Ziel der Richtlinie ist es dagegen, Diskriminierungen zu verhindern. Nach der Rechtsprechung des EuGH bedeutet das Merkmal „Diskriminierung", dass eine unterschiedliche Behandlung nicht gerechtfertigt ist.[33] Darüber hinaus führt der deutsche Gesetzgeber die von ihm angelegte Differenzierung zwischen Tatbestand und Rechtfertigung nicht konsequent aus. Die mittelbare Benachteiligung setzt schon tatbestandlich voraus, dass die Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt werden kann.[34] Ebenso passt der Begriff „Benachteiligung" nicht zu § 15 und § 21 AGG, da dort keine Rechtfertigung ausgeführt ist.[35] Schließlich überzeugt auch der Verweis auf die im AGG geregelten Rechtfertigungsgründe nicht, da in den entsprechenden Vorschriften stets von „unterschiedlicher Behandlung" und eben nicht von Benachteiligung die Rede ist.

Ferner sollte hinreichend zum Ausdruck kommen, dass es sich bei dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz um ein Antidiskriminierungsgesetz handelt. Die in einem Antidiskriminierungsgesetz verwendeten Begriffe setzen klare Zeichen an Personen, die diskriminiert worden sind.[36] Mit Blick auf die Gesamtgesellschaft schaffen präzise gewählte Begriffsbestimmungen Rechtssicherheit und -klarheit und tragen zu einem konsequenten und nachhaltigen Diskriminierungsverständnis bei. Schließlich kann ein gesetzgeberisches Bekenntnis zum Begriff „Diskriminierung" seiner negativen Konnotation im deutschen Sprachgebrauch[37] wirkungsvoll und entsprechend der Schutzerwägungen des Antidiskriminierungsrechts entgegentreten. Dem hatte der Entwurf für ein „Gesetz zum Schutz vor Diskriminierung" in der 15. Legislaturperiode zutreffend Rechnung getragen,[38] von dem sich im AGG noch die Begriffe „Antidiskriminierungsverbände" und „Antidiskriminierungsstelle" finden.

33 EuGH v. 13.12.1994 – C-306/93 zum Gleichheitssatz.
34 *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, § 3 Rn. 1.
35 *Rust*, in: Rust/Falke, AGG, § 3 Rn. 2. Ähnlich *Wendeling-Schröder*, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 1 Rn. 4, die die Verwendung des Begriffs schon in § 1 AGG vermisst.
36 *Liebscher/Klose*, Vorschläge zur Novellierung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, 2014, S. 7.
37 Die negative Konnotation des Begriffs „Diskriminierung" im deutschen Sprachgebrauch ebenfalls hervorhebend, *Schnabel*, Diskriminierungsschutz ohne Grenzen?, S. 25.
38 BT-Drs. 15/4538.

1.1.2 Unmittelbare Diskriminierung

Erstens muss die Begriffsbestimmung der unmittelbaren Benachteiligung in § 3 Abs. 1 AGG dahingehend ergänzt werden, dass das Gesetz auch eine Diskriminierung ohne identifizierbare Opfer erfasst.

In der Feryn-Entscheidung[39] urteilte der EuGH, dass vom Fehlen einer identifizierbaren beschwerten Person nicht auf das Fehlen einer verbotenen Diskriminierung geschlossen werden dürfe. Dies laufe dem Ziel des europäischen Diskriminierungsschutzrechts entgegen, die soziale Integration zu fördern.[40] In dem zugrunde liegenden Fall hatte ein belgischer Arbeitgeber öffentlich erklärt, er werde keine Arbeitnehmer*innen einer bestimmten ethnischen Herkunft einstellen und dies mit entsprechenden Kund*innenwünschen begründet.[41] Der Gerichtshof sah darin ein nicht nur unerhebliches Zugangshindernis zum Arbeitsmarkt für bestimmte Bewerber*innen und nahm eine unmittelbare Diskriminierung bei der Einstellung im Sinne der RL 2000/43/EG an, obwohl in dem Fall keine abgelehnte Bewerber*in, sondern – was nach belgischem Recht möglich ist – allein das dortige „Zentrum für Chancengleichheit und für die Bekämpfung des Rassismus" geklagt hatte.[42]

Die materiell-rechtliche Aussage des Urteils hat auch eine prozessuale Dimension, die ebenfalls von Bedeutung für das deutsche Antidiskriminierungsrecht ist.[43] Zwar fordert der Gerichtshof in der Feryn-Entscheidung nicht zwingend ein Verbandsklagerecht für Antidiskriminierungsverbände.[44] Für eine „wirksame, verhältnismäßige und abschreckende" Sanktionierung auch der „opferlosen" Diskriminierung, die das Unionsrecht allerdings sehr wohl vorsieht,[45] liegt indessen die Schaffung eines solchen Verbandsklagerechts im AGG besonders nahe (dazu noch unter 4.9.). Als alternative – aber wohl schärfere – Sanktionsmechanismen nennt

39 EuGH v. 10.07.2008 – C-54/07 – (Feryn). Für eine kritische rechtshistorische und rechtsvergleichende Einordnung siehe *Schnabel*, Diskriminierungsschutz ohne Grenzen?, 2014, S. 341 ff.
40 EuGH v. 10.07.2008 – C-54/07 – (Feryn), juris Rn. 23 f.
41 Hier und im Folgenden ibid., Rn. 25.
42 Ibid., Rn. 14.
43 Dazu auch *Lindner*, Staatliches „Anprangern" des Arbeitgebers wegen Verstoßes gegen das AGG?, RdA 2009, 45 (47 ff.); *Bayreuther*, Drittbezogene und hypothetische Diskriminierungen, NZA 2008, S. 986 (989 f.).
44 EuGH v. 10.07.2008 – C-54/07 –, (Feryn), juris Rn. 26.
45 Siehe nur Art. 15 der RL 2000/43/EG, wo ausdrücklich die Sanktionierung aller Rechtsverstöße eingefordert wird, während nur Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie allein auf eine subjektive Betroffenheit abstellt.

die Feryn-Entscheidung straf- oder ordnungsrechtliche Verfahren, die Zwangsgelder oder „Anordnungen einer adäquaten Veröffentlichung“ umfassen könnten.[46]

Zweitens muss die in § 3 Abs. 1 S. 2 AGG enthaltene Beschränkung auf den Berufsbereich ersatzlos gestrichen werden. Die Vorschrift stellt die Benachteiligung einer Frau wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft einer unmittelbaren Benachteiligung wegen des Geschlechts gleich und ist dem derzeitigen Wortlaut nach nur auf den Bereich des Arbeitsrechts (§ 2 Abs. 1 Nr. 1–4 AGG) anwendbar, obwohl Art. 4 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 2004/113/EG eine entsprechende Regelung über das Arbeitsrecht hinaus vorgibt.

1.1.3 Assoziierte Diskriminierung

Der im AGG zugrunde gelegte Diskriminierungsbegriff muss an die aktuelle Rechtsprechung des EuGH angepasst und um die assoziierte Diskriminierung erweitert werden, damit auch Fälle drittbezogener Diskriminierung vom AGG erfasst sind.[47]

Nach dem derzeit geltenden Gesetzestext sind Diskriminierungen an die Person geknüpft, die selbst unter eine der in § 1 AGG genannten Kategorien fällt bzw. einer dieser Kategorien zugeordnet werden kann (vgl. § 7 Abs. 1. und 2. HS AGG). In *Coleman*[48] hat der EuGH den Diskriminierungsbegriff erweitert: Danach fallen nicht nur Beschäftigte, die selbst einer der in § 1 AGG genannten Kategorien zugeordnet werden können, unter den Diskriminierungsbegriff, sondern auch Beschäftigte, die Pflegeleistungen für ihr Kind wegen einem der dort genannten Merkmale erbringen und damit eine sogenannte assoziierte Diskriminierung[49] vorliegt. Dieser Be-

46 EuGH v. 10.07.2008 – C-54/07 –, (Feryn), juris Rn. 39, dazu wiederum *Lindner*, Staatliches „Anprangern“ des Arbeitgebers wegen Verstoßes gegen das AGG?, RdA 2009, S. 45 ff.

47 Eine Ausdehnung der Diskriminierungsverbote auf Konstellationen mit Drittbezug steht mit den Schutzerwägungen des Antidiskriminierungsrechts im Einklang und ist konsequent, *Schnabel*, Diskriminierungsschutz ohne Grenzen?, S. 200 ff., insbesondere S. 211; ausführlich zur gesellschaftlich-teleologischen Perspektive *dies*., ebd., S. 209 f. mit Verweis auf *Welti*, ZESAR 2009, S. 148 (149). Assoziierte Diskriminierungen „sind aus denselben Gründen zu untersagen wie Diskriminierungen im Zweipersonenverhältnis“; *Schnabel*, ebd., S. 337, die einen pauschalen Ausschluss drittbezogener Diskriminierung von den Diskriminierungsverboten unter Verweis auf eine unverhältnismäßige Einschränkung der Privatautonomie zu Recht als verfehlt ansieht.

48 EuGH, 17.7.2008, C-303/06, Slg. 2008, I-5615 (Coleman), juris Rn. 57 ff.

49 Im Schrifttum wird ebenso der Begriff „drittbezogene Diskriminierung“ verwendet, vgl. *Schnabel*, Diskriminierungsschutz ohne Grenzen?, S. 181 ff.; den Begriff „assoziierte Diskriminierung“ ebenso verwendend *Braunroth/Franke*, NJ 2014, S. 187 (193).

griff fehlt im deutschen Recht und muss ergänzt werden. Die praktische Relevanz der assoziierten Diskriminierung wurde von einer Vertreterin einer Beratungsstelle im Rahmen der durchgeführten Fokusgruppengespräche bestätigt.[50] Grund für die Einbeziehung ist ein besonderes Näheverhältnis, welches bei Angehörigen grundsätzlich vorliegt.[51] Als weitere Voraussetzung ist notwendig, dass die Person besondere Verpflichtungen der Sorge- und Pflegearbeit treffen, welche aus Sicht von Arbeitgebenden zu Einschränkungen der Leistungsfähigkeit und -bereitschaft in einem Arbeitsverhältnis führen könnten.[52]

1.1.4 Belästigung

Unter Zugrundelegung des „Entwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien" vom 16. Dezember 2004[53] könnte der Begriff „und" durch den Begriff „insbesondere" ersetzt werden.[54] Damit würde klargestellt, dass die Verletzung der Würde und das Schaffen eines feindlichen Umfelds keine kumulativen Tatbestandsvoraussetzungen sind, sondern es vorrangig um eine Konkretisierung des Maßstabes des Schweregrades der Belästigung geht.[55] Mit der Bestimmung des § 3 Abs. 3 AGG wollte der Gesetzgeber den bisher nur unzureichenden Schutz vor Belästigung am Arbeitsplatz vervollständigen und gleichzeitig die Durchsetzung der entsprechenden Rechte von Beschäftigten erleichtern.[56] Dies ist ihm nur in Teilen gelungen.

50 Fokusgruppe Berater*innen Berlin, 15.02.2016, S. 5 = Audio [32:04].

51 Somit sind die Mitglieder des engeren Familienkreises, nämlich Eltern, Kinder, Ehe- und Lebenspartner und Geschwister einzubeziehen. In Übereinstimmung mit dem Begriff der Familiengehörigen im Sinne des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB ebenso Nichten und Neffen. Bei entfernteren Verwandten ist als zusätzliches Kriterium auf die konkrete persönliche oder soziale Bindung im Einzelfall abzustellen. Auch nichteheliche, nichtlebenspartnerschaftliche Lebensgefährt*innen fallen unter diese Bedingungen.

52 Das kann z. B. eine gemeinsame Wohnsituation sein oder eine pflegebedürftige Person, die in einem Pflegeheim untergebracht ist und einer täglichen oder mehrtäglichen Unterstützung pro Woche bedarf.

53 BT-Drs. 15/4538, S. 5.

54 *Liebscher/Klose*, Vorschläge zur Novellierung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, 2014, S. 8.

55 Dem Argument, dass ansonsten so bezeichnete überempfindliche Personen ermuntert werden könnten, Klagen zu erheben, stehen Statistiken entgegen, *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, § 3 Rn. 28; vgl. *Rottleuthner/Mahlmann*, Diskriminierung in Deutschland, 2011, S. 340 ff., dazu ausführlich unter 4.11.

56 BT-Drs. 16/1780, S. 23.

Das Vorliegen einer Belästigung i. S. v. § 3 Abs. 3 AGG hat zur Voraussetzung, dass zusätzlich zur Würdeverletzung ein „feindliches Umfeld“[57] geschaffen worden ist. Diese Voraussetzung folgt zwar den unionsrechtlichen Vorgaben,[58] schränkt den Rechtsschutz gegen Diskriminierung in der Praxis jedoch ein.[59] Am Beispiel von rassistischen Schmierereien auf der Toilette eines Betriebes[60] wird deutlich, wie sich die Notwendigkeit und Bestimmung des „feindlichen Umfeldes“ in der Rechtspraxis auswirkt. Denn nach Auffassung des BAG stellen diese Schmierereien, die nach einiger Zeit entfernt wurden, noch kein feindliches Umfeld dar, wenn nicht darüber hinaus rassistische Äußerungen nachweisbar sind.[61] Maßgeblich sei, ob eine bestimmte Verhaltensweise oder ein bestimmter Vorfall das Umfeld kennzeichne, also für dieses charakteristisch oder typisch sei. Aus diesem Grund schaffe ein einmaliges Verhalten grundsätzlich nicht sogleich ein feindliches Umfeld. Vielmehr sei ein regelmäßiges Verhalten von gewisser Dauer erforderlich. In dem vom BAG zu entscheidenden Fall lag das Anbringen der Beschriftungen eine Zeit lang zurück, ohne das weitere diskriminierende Handlungen, z. B. in Form von neuerlichen Beschriftungen, hinzugekommen wären. Dass der Vorgesetzte oder andere Beschäftigte sich die Beschriftungen zu eigen machten, könnte nicht festgestellt werden. Dass der auf die Schmierereien aufmerksam gemachte Niederlassungsleiter es unterließ, diese zu entfernen und mit der Äußerung „So denken die Leute eben“ reagierte, konnte durch die Kläger vor Gericht nicht bewiesen werden.

57 Art. 2 Abs. 3 RL 2000/43/EG, Art. 2 Abs. 3 RL 2000/78/EG und Art. 2 Abs. 1 lit c RL 2006/54/EG. Zu den nicht leicht zu bestimmenden Anforderungen, die an das Vorliegen eines feindlichen Umfeldes geknüpft sind im Einzelnen *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 3 Rn. 36.

58 A. A. *v. Roetteken*, AGG, § 3 Rn. 346. Im deutschen Recht fehle es an einer Übernahme der unionsrechtlichen Vorgabe, dass eine Belästigung im Hinblick auf das Geschlecht als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts verboten ist. Ebenso verzichte der deutsche Gesetzgeber in § 3 Abs. 3 AGG entgegen der unionsrechtlichen Vorgaben auf die Klarstellung, dass die Zurückweisung oder Duldung von belästigenden Verhaltensweisen durch die betreffende Person, das Opfer, nicht als Grundlage für eine Entscheidung herangezogen werden darf, die diese Person, d. h. das Opfer berührt. Zu den Einzelheiten vgl. weiter unten in dem Bericht zum Maßregelungsverbot gem. § 16 AGG unter 4.3.

59 Zu den Schwierigkeiten der Bestimmung des Vorliegens einer feindlichen Umfeldprägung ausführlich MüKo-*Thüsing*, § 3 AGG, Rn. 59.

60 BAG v. 24.09.2009 – 8 AZR 705/08 -, juris Rn. 33 ff. Die vier türkischstämmigen Kläger waren im Lager dieses Betriebes beschäftigt. Dort hatten Unbekannte auf der Toilette für die männlichen Mitarbeiter ein Hakenkreuz und ausländerfeindliche Parolen angebracht.

61 BAG v. 24.09.2009 – 8 AZR 705/08 –, juris Rn. 33 ff.

Ein*e Verbandsvertreter*in macht in ihrem schriftlichen Interview deutlich, dass das „feindliche" Umfeld im Gesetz näher konkretisiert sei. Sie bekräftigt, dass das Merkmal erforderlich sei, um eine Erheblichkeitsschwelle einzuziehen, da Belästigungen subjektiv sehr unterschiedlich empfunden werden.[62] Ein*e Vertreter*in einer Beratungsstelle schildert dagegen einen arbeitsrechtlichen Fall, der zu einer Klage führte und von dem zuständigen Arbeitsgericht abgewiesen wurde. Hier ging es um den Verdacht eines Diebstahls am Arbeitsplatz eines großen Unternehmens. Der Arbeitgeber nahm die migrantisch markierten Mitarbeiter*innen ins Visier, indem sie vor sämtlichen Kolleg*innen in der Mensa ohne konkreten Verdacht spezifisch kontrolliert wurden. Nach der gezielten Kontrolle wurden sie vom Sicherheitsdienst des Hauses vor den Augen aller Anwesenden aus der Mensa geführt. Das Gericht war der Auffassung, es handele sich dabei nicht um eine Belästigung, da das Merkmal des „feindlichen Umfelds" nicht erfüllt sei.[63] Auch dieses Beispiel aus der Rechtspraxis macht deutlich, dass das notwendig kumulative Vorliegen beider Voraussetzungen (feindliches Umfeld *und* Verletzung der Würde der Person) sich erschwerend auf die Feststellung einer tatbestandlichen Belästigung nach § 3 Abs. 3 AGG auswirkt. Der Gesetzgeber könnte hier durch die Einfügung des Begriffs „insbesondere" die Rechtsdurchsetzung entscheidend erleichtern.

1.1.5 Sexualisierte[64] Belästigung

Eine Ausweitung der sexualisierten Belästigung auf alle im AGG genannten Lebensbereiche ist zwingend erforderlich.[65] Im Hochschulkontext ist an die Landesgesetzgeber zu appellieren, den Schutz vor sexualisierter Belästigung gesetzlich zu regeln. Zu empfehlen ist konkret die ausdrückliche Verankerung eines dem § 3 Abs. 4 AGG entsprechenden

62 Schriftliches Interview Verbände Nr. 1, S. 3.

63 Fokusgruppe Berater*innen Berlin, 15.02.2016, S. 15 = Audio [48:31].

64 Auch wenn das AGG von „sexuell bestimmtem Verhalten" spricht, ist sexualisierte Belästigung nicht mit Sexualität zu verwechseln. Susanne Baer hat sexualisierte Belästigung als Gleichzeitigkeit von Sexualität und geschlechtsspezifischer Macht beschrieben, vgl. Baer, Würde oder Gleichheit, Baden-Baden, Nomos 1995. Catharine A. MacKinnon, beschreibt sexualisierte Belästigung als Ausdruck, Manifestation und Reproduktion des benachteiligten Status von Frauen als Frauen, die durch Sexualisierung also nicht aufgewertet, sondern gerade abgewertet werden, vgl. MacKinnon, Sexual Harassment of Working Women, New Haven, Yale University Press, 1979."

65 *Liebscher/Klose*, Vorschläge zur Novellierung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG), 2014, S. 15; Bericht der unabhängigen Expert*innenkommission der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Gleiche Rechte – gegen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, Dezember 2015, S. 14.

Diskriminierungsverbots in den Hochschulgesetzen der Länder.[66] Sexualisierte Belästigung und Gewalt gegenüber Studierenden sollten ausdrücklich verboten werden.

§ 3 Abs. 4 AGG regelt den häufigsten Fall der Belästigung im Zusammenhang mit dem Geschlecht im Arbeitsleben,[67] die sexualisierte Belästigung. Im Gegensatz zur Belästigung enthält die sexuelle Belästigung eine Beschränkung hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs auf § 2 Abs. 1 Nr. 1–4 AGG. Erfasst sind damit alle arbeitsrechtlichen Aspekte, im zivilrechtlichen Bereich jedoch lediglich die Berufsbildung nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 AGG sowie § 2 Abs. 1 Nr. 4 AGG.[68] Dies entspricht dem Geltungsbereich der RL 2002/73/EG, nicht jedoch dem der RL 2004/113/EG,[69] die als weitere Gender-Richtlinie ebenfalls ein Verbot der sexuellen Belästigung enthält.[70] Zum Beispiel gelten nach § 6 Abs. 3 AGG Organmitglieder als selbstständig Tätige.[71] Das führt hinsichtlich des Schutzes vor

66 *Kocher/Porsche*, Sexuelle Belästigung im Hochschulkontext – Schutzlücken und Empfehlungen, 2015, S. 52, die darüber hinaus eine Klarstellung durch den Bundesgesetzgeber hinsichtlich des Anwendungsbereichs des AGG für alle Studierenden und damit für den Bereich der Hochschulbildung empfehlen.

67 *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 3 Rn. 42. Zur Häufigkeit auch *MüKo-Thüsing*, § 12 AGG, Rn. 3; *Holzbecher*, Dortmunder Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit, 1990; *Schröttle/Müller*, Studie im Auftrag des Bundesministeriums, 2004, insbesondere die unveröffentlichte Sonderauswertung dieser Studie von *Schröttle* aus dem Jahr 2011 zu Ergebnissen von sexualisierter Belästigung im Arbeitsleben; Studie des Bundesministeriums für Familie, Soziales, Frauen und Jugend aus dem Jahr 2005 zur Umsetzung des Gesetzes zum Schutz der Beschäftigten vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz; exemplarische Studien aus dem Bereich der Polizei (z. B. *Swoboda-Riecken*, 2001), der Universität (*Feltes*, 2012), medizinischer Kliniken (*Hilbert* et. al., 2012); Bericht der International Labour Organization (ILO) von 2011 auf der 100. Internationalen Arbeitskonferenz in Genf zum Thema „Gleichheit bei der Arbeit: Die andauernde Herausforderung".

68 Als sprachlich verunglückt bezeichnen die Formulierung zur Beschränkung des Anwendungsbereichs auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 – 4 AGG *Bauer/Krieger*, AGG, § 3 Rn. 49. Die Formulierung sei auch inhaltlich missverständlich, weil eine sexualisierte Belästigung in aller Regel nicht im Zusammenhang mit der Aufstellung von „Bedingungen" im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2 stehen wird. Es solle vielmehr klargestellt werden, dass nur sexualisierte Belästigungen im Rahmen eines unselbstständigen Beschäftigungsverhältnisses oder bei der Anbahnung eines selbstständigen oder unselbstständigen Tätigkeitsverhältnisses sowie in den Sonderfällen des § 2 Abs. 1 Nr. 3 und 4 dem Anwendungsbereich des AGG unterfielen.

69 Deren Geltungsbereich bezieht nach Art. 3 Abs. 1 alle Personen ein, die Güter und Dienstleistungen bereitstellen, die der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen, und zwar in öffentlichen und privaten Bereichen, einschließlich öffentlicher Stellen, und die außerhalb des Privat- und Familienlebens und der in diesem Kontext stattfindenden Transaktionen angeboten werden.

70 *Eggert-Weyand*, in: Rust/Falke, AGG, § 3 Rn. 69.

71 Zur Problematik der Einbeziehung von Selbstständigen in den Geltungsbereich des AGG siehe 2.2.1.

sexualisierter Belästigung zu Widersprüchen. Zwar können Handlungen des Aufsichtsrats gegenüber einer Bewerberin für ein Vorstandsamt eine sexualisierte Belästigung nach § 3 Abs. 4 AGG darstellen. Handlungen des Vorstandsvorsitzenden oder von -mitgliedern gegenüber einem bereits ernannten weiblichen Vorstand fallen dagegen nicht in den Anwendungsbereich des AGG.[72] Auch über das genannte Beispiel hinaus ist nicht nachvollziehbar, dass weitere zivilrechtliche Vertragsverhältnisse außerhalb des Arbeitsverhältnisses insoweit vom Diskriminierungsverbot des AGG ausgenommen sind. In der Lebensrealität der Betroffenen werden so nicht zu rechtfertigende Rechtsschutzlücken geschaffen.

1.1.6 Angemessene Vorkehrungen

Im AGG muss klargestellt werden, dass die Ablehnung angemessener Vorkehrungen für Menschen mit Behinderungen eine verbotene Diskriminierung darstellt. Dafür ist der Begriff der „angemessenen Vorkehrungen" in das AGG aufzunehmen, dort näher zu definieren und als Element eines Diskriminierungstatbestands auszugestalten. Der Legaldefinition sollte ein nicht abschließender Katalog mit praxisrelevanten Regelbeispielen beigefügt werden.

Das AGG in seiner derzeitigen Form bleibt hinter den Vorgaben der UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK)[73] und der RL 2000/78/EG[74] zurück. Auf die Abweichungen von der UN-BRK weist der UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen (CRPD) aus-

72 *Bauer/Krieger*, AGG, § 3 Rn. 49.

73 Die UN-BRK ist am 3. Mai 2008 in Kraft getreten. Die Bundesrepublik Deutschland hat die Konvention mit Gesetz vom 31.12.2008 ratifiziert, BGBl. II, S.1419. Damit gilt die Konvention zunächst im Rang einfachen Gesetzesrechts auch innerstaatlich. Das übrige innerstaatliche Recht – etwa auch das AGG – ist jedoch bereits aufgrund der „Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes", die dem Konventionsrecht besondere Autorität verleiht, nach Möglichkeit völkerrechtskonform auszulegen. Dazu eingehend BVerfGE 111, 307 <324 ff.>. Die Pflicht zur konventionsrechtskonformen Auslegung des einfachen deutschen Gesetzesrechts hat sich nach dem Beitritt der EU zur UN-BRK (dazu sogleich) noch verschärft, da die UN-BRK zumindest im Anwendungsbereich des Unionsrechts nunmehr an dessen Vorrang teilhat, vgl. Art. 216 Abs. 2 AEUV.

74 Die Richtlinienvorgaben sollen nach dem Willen der Europäischen Kommission zeitnah durch den sog. „European Accessibility Act" für den Bereich des Waren- und Dienstleistungsverkehrs ergänzt werden, wo ebenfalls am Rechtsbegriff der „angemessenen Vorkehrungen" festgehalten wird, siehe BR-Drs. 601/15, Unterrichtung durch die Europäische Kommission über einen Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Barrierefreiheitsanforderungen für Produkte und Dienstleistungen, COM(2015) 615, dort insbes. Erwägungsgrund 25.

drücklich hin, indem er nicht nur die Einführung der Begrifflichkeit in das deutsche Recht einfordert, sondern ausdrücklich auch die rechtliche Sanktionierung dieser Form der Diskriminierung verlangt.[75] Dies gilt sowohl für das Arbeitsrecht als auch für das allgemeine Zivilrecht. Das legt nahe, die erforderlichen Ergänzungen des AGG im Allgemeinen Teil vorzunehmen. Für das Arbeitsrecht wird dies von Art. 5 RL 2000/78/EG[76] sowie Art. 27 Abs. 1 Satz 2 lit. I UN-BRK[77] gefordert. Zumindest für Teile des Allgemeinen Zivilrechts ergibt sich Entsprechendes aus Art. 9 Abs. 2 lit. B UN-BRK, denn das in der Konvention verankerte Prinzip der Zugänglichkeit, das auch die „angemessenen Vorkehrungen" umfasst, bezieht sich hier auch auf die Versorgung mit bestimmten Gütern und Dienstleistungen durch Private.[78]

Eine Legaldefinition der angemessenen Vorkehrungen im AGG muss sich zunächst an Art. 2 Unterabs. 4 UN-BRK orientieren, dort heißt es:

---

75 CRPD, Dreizehnte Tagung 2015, Abschließende Bemerkungen über den ersten Staatenbericht Deutschlands, CRPD/C/DEU/CO/1 unter Ziffer 13 f.

76 Die Vorschrift lautet wörtlich: „Um die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Menschen mit Behinderung zu gewährleisten, sind angemessene Vorkehrungen zu treffen. Das bedeutet, dass der Arbeitgeber die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen ergreift, um den Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufes, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen zu ermöglichen, es sei denn, diese Maßnahmen würden den Arbeitgeber unverhältnismäßig belasten. Diese Belastung ist nicht unverhältnismäßig, wenn sie durch geltende Maßnahmen im Rahmen der Behindertenpolitik des Mitgliedstaates ausreichend kompensiert wird.".

77 Dort heißt es: „Die Vertragsstaaten sichern und fördern die Verwirklichung des Rechts auf Arbeit, einschließlich für Menschen, die während der Beschäftigung eine Behinderung erwerben, durch geeignete Schritte, einschließlich des Erlasses von Rechtsvorschriften, um unter anderem [...] i) sicherzustellen, dass am Arbeitsplatz angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderungen getroffen werden; [...]".

78 Der Konventionstext verlangt hier: „Die Vertragsstaaten treffen außerdem geeignete Maßnahmen, [...] um sicherzustellen, dass private Rechtsträger, die Einrichtungen und Dienste, die der Öffentlichkeit offenstehen oder für sie bereitgestellt werden, anbieten, alle Aspekte der Zugänglichkeit für Menschen mit Behinderungen berücksichtigen"; vgl. zudem Art. 5 Abs. 3 UN-BRK, in dem es heißt: „Zur Förderung der Gleichberechtigung und zur Beseitigung von Diskriminierung unternehmen die Vertragsstaaten alle geeigneten Schritte, um die Bereitstellung angemessener Vorkehrungen zu gewährleisten." Dazu die Forderungen des UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Concluding observations on the initial report of Germany, CRPD/C/DEU/CO/1, 13.05.2015, Ziff. 14 und 22; siehe auch Welti, Reformbedarf zur Gleichstellung und Barrierefreiheit, ZRP 2015, S. 184 (187); ders., Evaluation des BGG, Forschungsbericht Sozialforschung Nr. 445, Bundesministerium für Arbeit und Soziales 2014, S. 418 ff.; für die Aufnahme besonderer „Anpassungsansprüche" *Wenckebach/Welti,* Barrierefreier Zugang zu Waren und Dienstleistungen, VuR 2015, S. 209 (215).

„Im Sinne dieses Übereinkommens [...] bedeutet ‚angemessene Vorkehrungen' notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen, die keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen und die, wenn sie in einem bestimmten Fall erforderlich sind, vorgenommen werden, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen alle Menschenrechte und Grundfreiheiten genießen oder ausüben können; [...]."

Der EuGH hat auch die Richtlinie 2000/78/EG anhand dieser Vorgaben ausgelegt,[79] nachdem die Europäische Union mit Wirkung zum 26. November 2009 der UN-BRK beigetreten ist.[80] Der Begriff der „angemessenen Vorkehrung" sei weit zu verstehen und könne neben materiellen auch arbeitsorganisatorische Maßnahmen wie etwa Arbeitszeitverkürzungen enthalten. Ausdrücklich stellt der EuGH fest, dass die Auflistung möglicher „angemessener Vorkehrungen" in Erwägungsgrund 20 RL 2000/78/EG nur beispielhaft und nicht abschließend ist. Die Schaffung bloßer öffentlicher Anreiz- oder Hilfsstrukturen, die hinter einem Rechtsanspruch der Betroffenen auf eine verhältnismäßige Modifikation des Arbeitsplatzes und der Arbeitsbedingungen zurückbleiben, genügt danach den Anforderungen an den Begriff der „angemessenen Vorkehrung" ausdrücklich nicht.[81]

79 EuGH v. 11.04.2013 – C-335/11 u. a. (Ring/HK Danmark), RN. 48 ff.; *Krah/Zimmermann*, Das Konzept der angemessenen Vorkehrungen in der deutschen Rechtsordnung, 2015, http://hlcmr.de/wp-content/uploads/2015/04/Working_Paper_Nr.6.pdf [17.7.2016].

80 Beschluss 2010/48/EG des Rates, ABl. EG L 23, S. 35 v. 27.01.2010. Als internationale Übereinkunft, die (auch) durch Organe der EU geschlossen wurde, ist die UN-BRK seitdem „integrierender Bestandteil" der Unionsrechtsordnung, die bei der Auslegung des Sekundärrechts zu berücksichtigen ist, vgl. Art. 216 Abs. 2 AEUV sowie EuGH v. 22.11.2012 – C-320/11 u. a. (Digitalnet), Rn. 39 m. w. N.

81 EuGH v. 04.07.2013 – C-312/11 (Kommission v. Italien), Rn. 62. Dies aufgreifend BAG v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12 –, juris Rn. 52.

Im AGG ist ein solcher Rechtsanspruch bislang nicht geregelt.[82] Insbesondere ist die Pflicht, angemessene Vorkehrungen zur Verfügung zu stellen, von positiven Maßnahmen nach § 5 AGG zu unterscheiden.[83] Während § 5 AGG eine Durchbrechung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zur Verhinderung oder zum Ausgleich bestehender Nachteile erlaubt, beinhalten Art. 5 der Richtlinie und Art. 27 Abs. 1 Satz 2 der Konvention eine besondere Rechts*pflicht* zum Abbau behinderungsbedingter Barrieren am Arbeitsplatz im Rahmen der Verhältnismäßigkeit. Werden keine angemessenen Vorkehrungen zur Verfügung gestellt, ist ein solches Verhalten als Diskriminierung von Menschen mit Behinderung anzusehen und unzulässig (vgl. Art. 2 UAbs. 3 i. V. m. Art. 5 Abs. 2 UN-BRK).[84]

Die Rechtsprechung hat versucht, diese Umsetzungsdefizite im Wege der Auslegung zu korrigieren. Zwar verneint das Bundesarbeitsgericht[85] die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 5 der Richtlinie zulasten privater Arbeitgeber*innen.[86] Auch die Möglichkeit einer richtlinien- und völkerrechtskonformen Auslegung der §§ 7 und 8 AGG lehnt es ab. Dagegen berücksichtigt es die Vorgaben der Richtlinie und der UN-BRK über die zivilrechtlichen Generalklauseln. Im konkreten Fall einer diskriminie-

82 Auch außerhalb des AGG sind die Vorgaben des Unions- und Völkerrechts zu den „angemessenen Vorkehrungen" nicht vollständig umgesetzt worden. Die Pflicht in § 84 Abs. 2 SGB IX, wonach die Arbeitgeber*in „klären" muss, inwieweit durch angemessene Vorkehrungen erreicht werden kann, dass am Arbeitsplatz gearbeitet werden kann, greift zu kurz. Sie umfasst nur eine ergebnisoffene Verpflichtung der Arbeitgeber*in, während das Unionsrecht konkret ergebnisbezogene Anordnungen trifft (*v. Roetteken*, Modifizierung und Weiterentwicklung der Auslegung der RL 2000/78/EG zum Schutz von Menschen mit einer Behinderung („Ring, Skouboe Werge"), jurisPR-ArbR 33/2013 Anm. 1, D). § 81 Abs. 4 und 5 SGB IX, der zwar zu gewissen Anpassungen des Arbeitsplatzes verpflichtet, ist hingegen in seinem persönlichen Anwendungsbereich zu eng, da er ausdrücklich nur schwerbehinderte Menschen schützt (ausführlich gegen ein Verständnis des diskriminierungsrechtlichen Behinderungsbegriffs im Sinne einer „Schwerbehinderung" MüKo-*Thüsing*, § 1 AGG, Rn. 78).

83 Anders wohl BT-Drs. 16/1780 v. 08.06.2006, S. 33 f., die in § 5 AGG die Vorgaben des Art. 5 der Richtlinie umgesetzt sehen will.

84 Zur diskriminierungsrechtlichen Beurteilung einer Frage nach den erforderlichen „angemessenen Vorkehrungen" im Einstellungsgespräch siehe auch *Brors*, Berechtigtes Informationsinteresse und Diskriminierungsverbot, DB 2003, S. 1743 (1735 f.).

85 BAG v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12 –, juris, Rn. 53; siehe auch *v. Roetteken*, Modifizierung und Weiterentwicklung der Auslegung der RL 2000/78/EG zum Schutz von Menschen mit einer Behinderung („Ring, Skouboe Werge"), jurisPR-ArbR 33/2013 Anm. 1, D, der allerdings ebenfalls die unmittelbare Anwendbarkeit auf öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse beschränkt wissen will; siehe ferner *Aichele*, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der gerichtlichen Praxis, AnwBl. 2011, S. 727 (728).

86 Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH verpflichten Richtlinien nur die Mitgliedstaaten. Eine unmittelbare „Horizontalwirkung" im Sinne einer direkten Verpflichtung Privater sei daher nicht möglich. Vgl. nur EuGH v. 26.02.1986 – C-152/84 (Marshall), Rn. 48.

rungsrechtlich kritischen Kündigung eines HIV-Infizierten hat das BAG § 241 Abs. 2 BGB herangezogen, um die Pflicht der Arbeitgeberin zu begründen, „angemessene Vorkehrungen" zu treffen.[87] Diese Rechtsprechung kann das Umsetzungsdefizit jedoch nicht beheben. Die Auslegung des Rechts über Generalklauseln entspricht nicht dem im Unionsrecht verankerten Prinzip der Rechtsklarheit und -bestimmtheit.[88] Der deutsche Gesetzgeber hat daher die Vorgaben von Art. 5 RL 2000/78/EG und Art. 27 Abs. 1 Satz 2 UN-BRK durch Aufnahme einer eindeutigen Vorschrift umzusetzen.[89]

Da die unrechtmäßige Verweigerung angemessener Vorkehrungen nach Art. 2 UAbs. 3 i.V.m. Art. 5 Abs. 2 UN-BRK eine eigenständige Diskriminierung ist, empfiehlt es sich, § 3 AGG um eine Legaldefinition der angemessenen Vorkehrungen zu ergänzen, die enthält: erstens die Feststellung, dass das Unterlassen angemessener Vorkehrungen eine unmittelbare Diskriminierung darstellt;[90] zweitens eine begriffliche Erläuterung der angemessenen Vorkehrungen als Maßnahmen, die im Einzelfall erforderlich sind, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen alle Rechte genießen und ausüben können; drittens die bloße Beschränkung der Pflicht zum Vorhalt dieser Vorkehrungen durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und viertens die Klarstellung, dass die Darlegungs- und Beweislast für eine unverhältnismäßige Belastung durch solche Vorkehrungen bei der oder dem Verpflichteten liegt.[91]

87 BAG v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12 –, juris Rn. 53 f.

88 *Herrmann*, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, Berlin 2003, S. 207 ff. und 228 ff.

89 Siehe auch die Vorschläge bei *Krah/Zimmermann*, Das Konzept der angemessenen Vorkehrungen in der deutschen Rechtsordnung, 2015, http://hlcmr.de/wp-content/uploads/2015/04/Working_Paper_Nr. 6.pdf [17.7.2016], S. 44; grundsätzlich zum Richtlinienrecht *Herrmann*, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, 2003, S. 207 ff., 228 ff.

90 Eine solche „Diskriminierung durch Unterlassen" ist der AGG-Rechtsprechung nicht fremd, vgl. BVerwG v. 03.03.2011 – 5 C 16/10 –, juris Rn. 16 ff.; Defizite bei der Barrierefreiheit können darüber hinaus freilich auch als mittelbare Diskriminierung zu werten sein.

91 Zum letzten Punkt siehe auch die allgemeinen Ausführungen zu § 22 AGG unter 4.8.; vgl. ferner die Formulierungsvorschläge bei *Aichele/Scherr*, Ergebnisse der Normenprüfung zum Landesgleichberechtigungsgesetz Berlin, Monitoring-Stelle zur UN-Behindertenrechtskonvention, Berlin 2014, S. 44, sowie nunmehr auch in der geplanten Neufassung des § 7 Abs. 2 BGG durch den Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Weiterentwicklung des Behindertengleichstellungsrechts, BT-Drs. 18/7824, S. 12. Zur Darlegungs- und Beweislast vgl. BAG, NZA 2012, S. 667; BAG, NZA 2011, S. 153; BAG, NZA 2008, S. 1351 und *Brors*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 8 Rn. 33 f.

In rechtstatsächlicher Hinsicht fällt auf, dass Vertreter*innen von Beratungsorganisationen[92] und auch die Arbeitgeber*innenseite[93] einhellig einen hohen Informations- und Beratungsbedarf sehen, um die ganze Breite der Möglichkeiten unterschiedlichster angemessener Vorkehrungen mit Blick auf das konkrete Rechtsverhältnis ausloten zu können; hier ist auch die ADS gefordert. Neben der allgemeinen Aufklärungsarbeit über die Pflicht, angemessene Vorkehrungen zu treffen, sollten *best practices* zusammengetragen und Vermittlungsangebote im Einzelfall gemacht werden, damit die jeweils erforderlichen und angemessenen Maßnahmen entwickelt werden können.[94]

1.2 Diskriminierungskategorien

1.2.1 Rasse und ethnische Herkunft

Der AGG-Gesetzgeber sollte den Begriff „Rasse" durch „rassistische Diskriminierung" oder „rassistische Zuschreibungen" ersetzen oder ihn durch den Zusatz „vorgeblich" ergänzen.[95]

Der Begriff „Rasse" knüpft an etwas an, das es nicht gibt.[96] „Rasse" ist keine biologische Realität, sondern eine soziale Konstruktion:[97] „Was uns eint, sind die Gene – was uns trennt, sind die Vorurteile".[98] Die sozialwissenschaftliche Rassismusforschung hat herausgearbeitet, dass die Einteilung von Menschen in Rassen zumeist mit weiteren Bedeutungszuweisungen und Wertungen sowie mit Hierarchisierung, Privilegierung und

92 Fokusgruppe Berater*innen Hannover, 07.03.2016, S. 1 = Audio [2:24:14].
93 Schriftliches Interview Verbände Nr. 1, S. 8.
94 Siehe auch die Vorschläge zu Zielvereinbarungen bei *Welti*, Evaluation des BGG, Forschungsbericht Sozialforschung Nr. 445, Bundesministerium für Arbeit und Soziales 2014, S. 425.
95 Letzteren Weg ist etwa das belgische Recht gegangen, dazu *Däubler*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 1 Rn. 23.
96 *Däubler*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 1 Rn. 23.
97 Vgl. etwa den in den UNESCO-Erklärungen niedergelegten Stand internationaler Forschung, *Livingstone*, Frank B. (1962): On the Non-Existence of Human Races. In: Current Anthropology 3 (3), S. 279–281 sowie *Lewontin*, Richard C. (1972), The Apportionment of Human Diversity, In: Evolutionary Biology 6, S. 381–398; UNESCO (Hrsg.): The Race Concept. Results of an Inquiry. Westport: Greenwood Press, S. 98–103; *Kattmann*, Ulrich: Stichwort „Menschenrassen" in: Lexikon der Biologie, abrufbar unter: http://www.spektrum.de/lexikon/biologie/menschenrassen/42123 [17.7.2016].
98 So der Humanbiologe *Horst Seidler*, zitiert nach *Kattmann*, a. a. O. (unter Seidlers Federführung entstand eine Stellungnahme zur sog. „Rassenfrage", die die wissenschaftliche Arbeitsgruppe der UNESCO-Konferenz „Gegen Rassismus, Gewalt und Diskriminierung" im Juni 1995 in Wien formulierte).

Deprivilegierung verbunden war und ist – ein Prozess, der als Rassialisierung oder Rassifizierung bezeichnet wird.[99]

Die UN-Anti-Rassismuskonvention formuliert daher bereits in der Präambel, dass „jede Lehre von einer auf Rassenunterschiede gegründeten Überlegenheit wissenschaftlich falsch, moralisch verwerflich sowie sozial ungerecht und gefährlich ist". [100] Dementsprechend heißt es auch im Erwägungsgrund 6 RL 2000/43/EG: „Die Europäische Union weist Theorien, mit denen versucht wird, die Existenz verschiedener menschlicher Rassen zu belegen, zurück. Die Verwendung des Begriffs ‚Rasse' in dieser Richtlinie impliziert nicht die Akzeptanz solcher Theorien."[101]

Der Regierungsentwurf zum AGG aus dem Jahr 2006 zitiert diese Passage und schließt sich ihr an.[102] Der Begriff „Rasse" werde verwandt, „weil er den sprachlichen Anknüpfungspunkt zu dem Begriff Rassismus bildet". Wenn der AGG-Gesetzgeber insoweit den Begriff der „Rasse" aus der Richtlinie und Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG[103] übernimmt, steht jedenfalls nicht der Vorwurf unzureichender Richtlinienumsetzung,[104] sondern eine gesetzesredaktionelle Frage von diskriminierungsfreier Sprache im Raum: Fördert schon die Verwendung des Begriffs „Rasse" das Denken in der verpönten Kategorie und soll dies hingenommen werden?

People of Color-Organisationen, Anwält*innen, Antidiskriminierungs- und Menschenrechtsorganisationen in Deutschland kritisieren seine

99 Aus der Fülle von Studien herauszuheben sind *Fanon*, Frantz, Die Verdammten dieser Erde, 1961; *Omi*, Michael/*Winant*, Howard, Racial formation in the United States. 1986; *Poliakov*, Léon/*Delacampagne*, Christian/*Girard*, Patrick, Rassismus. Über Fremdenfeindlichkeit und Rassenwahn, 1992; *Hall*, Stuart, Rassismus und kulturelle Identität. Ausgewählte Schriften, 1994.

100 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, ICERD, BGBl. 1969 II, 961.

101 ABl. EG, L 180 v. 19.07.2000, S. 22 <23>.

102 Hier und im Folgenden BT-Drs. 16/1780, S. 31.

103 Anders als in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, wo jede Benachteiligung *wegen* der Rasse verboten ist, untersagt § 1 AGG die Benachteiligung *aus Gründen* der Rasse, um den Charakter als bloße Zuschreibung zu betonen, BT-Drs. 16/1780, S. 31.

104 Dies gilt auch mit Blick auf das Völkerrecht, wo der Begriff der „Rasse" ebenfalls weite Verwendung findet: Siehe etwa Art. 1 Nr. 3 der Charta der Vereinten Nationen, BGBl. 1974 II S. 769; Art. 1 des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, BGBl. 1969 II S. 962 ff.; Art. 2 Abs. 1 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte, BGBl. 1973 II S. 1534 ff.; Art. 2 Abs. 2 des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, BGBl. 1973 II S. 1570 ff. Siehe auch den Überblick bei *Payandeh*, Rechtlicher Schutz vor rassistischer Diskriminierung, JuS 2015, S. 695 ff.

Verwendung.[105] Sie verweisen auf die Geschichte des deutschen Kolonialismus und Nationalsozialismus, die den Begriff für jene Menschen verletzend macht, obwohl seine Verwendung in Rechtsvorschriften gegen Rassismus sie gerade schützen soll. Gefordert wird die Ersetzung durch Begriffe wie „rassistische Diskriminierung", „rassistische Zuschreibung" oder „Diskriminierung aus rassistischen Gründen", die von einer gesamtgesellschaftlichen Diskussion um die Virulenz und Bekämpfung von Rassismen in Deutschland begleitet sein müsse.[106] Das Land Brandenburg hat angesichts dieser Kritik den Begriff „Rasse" in Art. 12 Brandenburger Landesverfassung durch die Formulierung „aus rassistischen Gründen" ersetzt. Im Bundestag wurde die ersatzlose Streichung bzw. Ersetzung durch die Formulierung „ethnische, soziale und territoriale Herkunft" gefordert.[107] Auch einige der interviewten Richter*innen zeigten Unbehagen, mit einem Rechtsbegriff der „Rasse" arbeiten zu müssen.[108]

Im Schrifttum wird die Verwendung der Kategorie „Rasse" im deutschen Antidiskriminierungsrecht kontrovers diskutiert.[109] So wird einerseits mit Verweis auf die Transnationalität von Rassismus und den linguistischen *racial turn* in den Sozialwissenschaften für die dekonstruktivistisch gelesene Beibehaltung des Begriffs „Rasse" auch im deutschen Recht plädiert.[110] Andere sprechen sich vor dem Hintergrund exemplarischer Befunde aus Rechtswissenschaft und Rechtsprechung für die ad-

105 So auch in den Fokusgruppen, die im Zusammenhang mit dieser Studie durchgeführt wurden: Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Hannover, 01.03.2016, S. 106 f. = Audio [1:58:43].

106 Antidiskriminierungsinitiativen NRW zum Gesetzesentwurf zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht vom 10.12.2001, Köln, Duisburg 13.2.2002; der braune mob e.V., Brief an den Deutschen Bundesrat, 2.3.2006 http://blog.derbraunemob.info/wp-content/uploads/2010/04/Bundesrat*RASSE*2008blog2010.pdf [17.7.2016]; *Cremer*, Hendrik „... und welcher Rasse gehören Sie an?", Deutsches Institut für Menschenrechte, Policy Paper 2008; Initiative Schwarze Menschen in Deutschland, Positionspapier der ISD zum Begriff „Rasse", Berlin 2015; Sow, Noah, Deutschland Schwarz weiß. Der alltägliche Rassismus, 2008, S. 77.

107 DIE LINKE, BT-Drs. 17/4036 vom 1.10.2010, sowie bereits ABl. EG, C 152 v. 27.05.1996, Erwägung K., S. 59.

108 Interview #2, 21.03.2016, S. 5 = Audio [0:07:59]; Interview #4, 24.05.2016, S. 10 = Audio [0:26:01]; Interview #7, 02.06.2016, S. 6 = Audio [0:21:44]. In einem Interview wurde hingegen betont, dass dies lediglich die Sprache des Gesetzes sei und die interviewte Person den Begriff daher nicht meiden würde; Interview #6, 31.05.2016, S. 3 = Audio [0:06:18].

109 *Barskanmaz*, Rasse – Unwort des Antidiskriminierungsrechts, KJ 4/2011, S. 382–389; *Cremer*, „... und welcher Rasse gehören Sie an?", Deutsches Institut für Menschenrechte, Policy Paper, Berlin 2008; *Liebscher/Naguib/Plümecke/Remus*, Wege aus der Essentialismusfalle. Überlegungen zu einem postkategorialen Antidiskriminierungsrecht, KJ 2012, S. 204–218; Michaelsen „Sinnliche Evidenzen", Forum Recht 2005, S. 125–127.

110 *Barskanmaz*, Rasse – Unwort des Antidiskriminierungsrechts? In: KJ, 4/2011, S. 382–389.

jektivische Umschreibung als „rassistische Diskriminierung“[111] bzw. für eine Ersetzung durch „rassistische Benachteiligung“[112] aus.

Eine bloße Streichung des Begriffs „Rasse“ könnte hingegen als Herabsetzung des Schutzstandards missverstanden werden:[113] Nicht zuletzt aufgrund der historischen Erfahrung ist gerade auch das Verbot antisemitischer Diskriminierungen eine wichtige Funktion jeder Antidiskriminierungsrechtsetzung in Deutschland.[114] Eine ersatzlose Streichung würde auch zu einer Abweichung von RL 2000/43/EG führen, die ausdrücklich die „Rasse“ neben der ethnischen Herkunft als verbotene Kategorie aufführt.[115] Die bloße Ersetzung durch ethnische Herkunft führt zudem zu einer Entthematisierung von Rassismus[116] und geht mit der Gefahr einer bloßen sprachlichen Modernisierung der biologistischen Konzeption „Rasse“ als essentialistisch-kulturalistisch verstandener ethnischer Herkunft einher.[117]

Der Vorschlag einer adjektivischen Umschreibung – wie sie der brandenburgische Verfassungsgeber in Art. 12 Abs. 3 der Landesverfassung vorgenommen hat – ist allerdings ebenfalls auf Kritik gestoßen. Solange Rassismus in der sozialen Welt existiere, sei ein „Jenseits-von-Rasse-Denken“ utopisch.[118] Die Aufgabe der Jurist*in könne nur sein, im Wege methodisch sauberer Rechtskonkretisierung das konstruktivistische

111 *Liebscher/Naguib/Plümecke/Remus*, Wege aus der Essentialismusfalle: Überlegungen zu einem postkategorialen Antidiskriminierungsrecht, JZ 2012,S. 204 (207 ff.). *Cremer*, Ein Grundgesetz ohne „Rasse“, Deutsches Institut für Menschenrechte, Policy Paper No. 16, Berlin 2010, S. 3 und passim zur Parallelproblematik des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG; *Liebscher/Klose*, a. a. O., S. 11.

112 *Cremer*, Ein Grundgesetz ohne „Rasse“, Deutsches Institut für Menschenrechte 2010, S. 5.

113 *Cremer*, ebd., S. 5.

114 Die Diskriminierungskategorien der „ethnischen Herkunft“ und der „Religion“ bilden den Antisemitismus in seiner ganzen Komplexität kaum vollständig ab, wie gerade die deutsche Erfahrung lehrt. So richtete und richtet sich die nationalsozialistische Rassenideologie ja auch gegen Menschen, die nicht der jüdischen Religion angehören, während die Kategorie der ethnischen Herkunft mitunter – im Gegensatz zur „Rasse“ – gerade nicht an die Zuschreibung persönlicher Merkmale anknüpfen soll (vgl. insoweit etwa *Roloff*, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK AGG, 37. Edition, 2015, § 1 Rn. 3).

115 Vgl. Art. 1 der Richtlinie und passim.

116 Auf diese Gefahr weist auch *Barskanmaz*, a. a. O., S. 382 hin, der allerdings nicht zwischen Vorschlägen zur Streichung und begrifflichen Ersetzung differenziert.

117 Vgl. die Beispiele bei *Liebscher/Naguib/Plümecke/Remus*, Wege aus der Essentialismusfalle: Überlegungen zu einem postkategorialen Antidiskriminierungsrecht, KJ 2012, S. 204 (209).

118 *Barskanmaz*, Rasse – Unwort des Antidiskriminierungsrechts?, KJ 2011, S. 382 (383) im Anschluss an *Ahmed*, Declarations of Whiteness: The Non-Performativity of Anti-Racism, 3 borderlands 2 (2004), Rn. 48 ff.

Rasseverständnis des Gesetzes herauszuarbeiten.[119] Ein solches Verständnis könnte Eingang in eine gesetzgeberische Definition von Rassismus finden, die über die bisherige Formulierung in der Gesetzesbegründung (wonach „Rasse" den sprachlichen Anknüpfungspunkt zu dem Begriff „Rassismus" bildet[120]) hinausgeht.

Eine adjektivische Umformulierung des § 1 AGG allein mit Blick auf die Kategorie der „Rasse" darf schließlich jedoch nicht zu dem Missverständnis führen, dass nur bei der rassistischen Diskriminierung entsprechende Zuschreibungen sanktioniert werden.[121] Ferner darf hiervon nicht das Signal ausgehen, die anderen Diskriminierungskategorien beruhten nicht auf sozialen Konstruktionen.[122]

1.2.2 Geschlecht

Sowohl für Inter* als auch Trans*Menschen bleibt noch immer eine rechtliche Unsicherheit bei der Zuordnung zu der Kategorie Geschlecht im Sinne des AGG. Es wird daher eine entsprechende Klarstellung angeregt, dass Trans* und Inter*Menschen unter die Kategorie Geschlecht fallen.[123] Zudem ist ein Fortbildungsbedarf hervorzuheben für insbesondere Rechtsanwält*innen, aber auch Richter*innen.

119 *Barskanmaz*, S. 388 f.; dies gelingt freilich nicht immer: vgl. die völlig abwegige Formulierung gar des BGH, NJW-RR 1989, 707 (708): *„[...], weil der Bekl. Perser ist und nicht der mitteleuropäischen Rasse angehört."* Dazu mit kritischem Blick auf die begriffsgeschichtlichen Pfadabhängigkeiten und weiteren Negativbeispiele *Liebscher/Naguib/Plümecke/Remus*, KJ 2012, S. 204 (207 ff.).

120 BT-Drs. 16/1780, S. 31.

121 Vgl. insofern § 7 Abs. 1 Halbsatz 2 AGG. Für eine Ergänzung der Kategorie der „ethnischen Herkunft" um die „ethnische Zuschreibung" *Liebscher/Klose*, a. a. O., S. 12.

122 Dazu *Liebscher/Naguib/Plümecke/Remus*, KJ 2012, S. 204 (217 f.).

123 *Liebscher/Klose*, a. a. O., S. 10.

Das AGG erfasst in der in § 1 AGG genannten Kategorie „Geschlecht"auch Diskriminierungen von Trans*[124] und Inter*[125]Menschen.[126] Trans*-Menschen werden unabhängig davon, ob lediglich der Wunsch besteht, sich dem empfundenen Geschlecht auch biologisch anzugleichen, oder ob bereits Veränderungen des Namens und der biologschen Merkmale vorgenommen wurden, von der Kategorie „Geschlecht" erfasst.[127] Das wird in der amtlichen Begründung[128] des AGG sowie von verschiedenen Stimmen in der Literatur[129] zu Unrecht noch immer anders beurteilt.[130] Dies steht im Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH, wonach die Benachteiligung von sogenannten Transsexuellen eine Benachteiligung

124 Trans* ist in den vorliegenden Empfehlungen als Sammelbegriff für transgeschlechtlich, transgender, transsexuell, transident und alle anderen Selbstdefinitionen zu verstehen, mit denen sich Menschen bezeichnen, die sich nicht (nur) mit dem bei der Geburt zugewiesenen Geschlecht identifizieren. Die Bezeichnung schließt auch Männer und Frauen mit einer transsexuellen Vergangenheit ein. Trans* bezieht sich auf die Geschlechtsidentität. Das „*" steht für mehr als nur Frau und Mann, umfasst also eine Vielzahl an Geschlechtsidentitäten, vgl. *Bericht der unabhängigen Expert*innenkommission der Antidiskriminierungsstelle des Bundes*, Gleiche Rechte – gegen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, Dezember 2015, S. 21.

125 Inter* ist als Sammelbegriff für intergeschlechtlich, intersex, intersexuell, zwischengeschlechtlich und alle anderen Selbstdefinitionen zu verstehen, mit denen sich Menschen bezeichnen, deren chromosomales, gonadales oder anatomisches, sprich: körperlich-biologisches Geschlecht nicht in die medizinische und gesellschaftliche Norm männlicher und weiblicher Körper passt. Inter* bezieht sich damit auf angeborene Variationen der Geschlechtsmerkmale, vgl. *Bericht der unabhängigen Expert*innenkommission der Antidiskriminierungsstelle des Bundes*, Gleiche Rechte – gegen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, Dezember 2015, S. 21.

126 *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, § 1 Rn. 10 und 41, 3. Aufl. 2011 mit Verweis auf EuGH 30.4.96 – C-13/94 – NZA 96, 695 und 7.1.04 – C-117/01 – NJW 04, 1440; EuGH v. 27.4.2006, Rs. C-423/04 (Richards), Slg. I-3585; *Däubler*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 1 Rn. 48 und 90; *Schleusener*, in: Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, § 1 Rn. 46 und 73; *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 1 Rn. 15; ausführlich dazu *Rust*, in: Rust/Falke, AGG, § 1 Rn. 43 ff. und 48 ff.; *Voggenreiter*, in *Rudolf/Mahlmann*, Gleichstellungsrecht, § 8 Rn. 25 und 27; MüKo-*Thüsing*, § 1 AGG, Rn. 57 und 88; *v. Roetteken*, AGG, § 1 Rn. 133; *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 182; a. A. *Bauer/Krieger*, AGG, § 1 Rn. 25, meinen vor allem die Abgrenzung sei praktisch ohne Bedeutung; *Günther*, Arbeitsrechtlicher Antidiskriminierungsschutz und Diversity Management, AGG – Pflichten und Chancen zugleich, 2011.

127 MüKo-*Thüsing*, § 1 AGG, Rn. 57; *Plett*, ZESAR 2004, S. 303–308.

128 BT-Drs. 15/4538 S. 28.

129 *Wank*, Beilage NZA Heft 22/2004, S. 20; *Wendeling-Schröder*, FS Schwerdtner, S. 276.

130 *Däubler*, in: Däuber/Bertzbach, AGG, § 1 Rn. 45 und 90; *Annuß*, BB 2006, S. 1629 (1630); *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 1 Rn. 15 und 27; v. *Roetteken*, AGG, § 1 Rn 134; *Schiek*, in: SchiekKocher, AGG, § 1 Rn. 25 und 76; ErfK-*Schlachter*, § 1 AGG, Rn. 6; *Voggenreiter*, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichstellungsrecht, § 8 Rn. 25; MüKo-*Thüsing*, § 1 AGG Rn. 57 und 88 (Bd. I, 7. Aufl., 2015).

auf Grund des Geschlechts darstellt.[131] Gleiches gilt für den Schutz von Inter*Menschen vor Diskriminierung in der Kategorie Geschlecht.[132]

Unabhängig davon sprechen sowohl die Gesetzesbegründung zum AGG als auch das überwiegende rechtswissenschaftliche Schrifttum von transsexuellen Menschen, nicht von Trans*Menschen. Zum Teil wird zu Recht festgestellt, dass bei dieser Begriffswahl nicht deutlich wird, „ob unter den Begriff der 'Transsexualität' auch Personen fallen, die sich keiner operativen Geschlechtsanpassung und Personenstandsänderung unterziehen wollen, jedoch trotzdem einen dauerhaften oder temporären Geschlechtswechsel leben, oder Menschen, die in zwischengeschlechtlichen Identifikationen leben."[133] Dies wird auch von Vertretern von Beratungsstellen bekräftigt. Es bestehe „überhaupt keine Klarheit darüber, wann jemand im Sinne des AGG Trans* und/oder Inter* ist."[134]

Insofern sollte klargestellt werden, dass es für das Vorliegen einer Diskriminierung nicht darauf ankommt, ob die Voraussetzungen des Transsexuellengesetzes (TSG) erfüllt sind. Darüber hinaus empfiehlt die unabhängige Expert*innenkommission der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, die Begriffe Geschlechtsidentität, Geschlechtsausdruck und Geschlechtsmerkmale explizit in das AGG aufzunehmen.[135] Auch Richter*innen bewerten in den geführten Interviews die Kategorie Geschlecht hinsichtlich der Frage nach der Zuordnung der „Transsexualität" als allein nicht sachgerecht.[136] Insbesondere herrscht Unklarheit im Umgang mit Fällen, bei denen eine Zuordnung von Personen als männlich oder weiblich nicht möglich ist.[137] Gleichzeitig wird bei der Kategorie Geschlecht kein Änderungsbedarf gesehen.[138]

Hier kann ein deutlicher Klarstellungs- und Fortbildungsbedarf konstatiert werden. Auch die Erfahrungen aus den Beratungsstellen zeigen, dass allen Beteiligten am Prozess das „Trans*-ABC" vermittelt werden müsse, damit sich die negativen Erfahrungen der Betroffenen nicht

131 EuGH, Rs. C-13/94 (P v. S and Cornwall County Council), Slg. 1996, I- 2143, Rn. 21, *Mahlmann*, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichstellungsrecht, § 3 Rn. 64.
132 *Deutscher Ethikrat*, Stellungnahme Intersexualität, 2012, S. 132.
133 *Franzen/Sauer*, Diskriminierung von Trans*Personen, insbesondere im Arbeitsleben, S. 75 ff.
134 Fokusgruppe Berater*innen Berlin, 15.02.2016, S. 62 = Audio [1:50:00].
135 Bericht der unabhängigen Expert*innenkommission der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Gleiche Rechte – gegen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, 2015, S. 31.
136 Schriftliches Interview Verbände Nr. 3, S. 2.
137 Interview #2, 21.03.2016, S. 5 = Audio [0:08:34].
138 Schriftliches Interview Verbände Nr. 3, S. 2.

sofort wiederholen.[139] Mit Blick auf die Rechtsdurchsetzung sollten entsprechende Inhalte dringend in Fortbildungsveranstaltungen für Rechtsanwält*innen, aber auch Richter*innen integriert werden.

1.2.3 Weltanschauung

Die Kategorie „Weltanschauung" sollte dahingehend weiterentwickelt werden, den Schutzbereich von Organisationen und Verbänden unabhängiger zu machen und stärker auf das Individuum zu beziehen. Hier besteht weiterer Forschungs- und Diskussionsbedarf.

Der diskriminierungsrechtliche Schutz für Weltanschauung ist bislang auf den arbeitsrechtlichen Teil beschränkt (siehe 3.1.3.) Die wenigen Klagen, in denen eine Diskriminierung wegen einer (z. T. fälschlich zugeschriebenen) Weltanschauung vor Gericht geltend gemacht wurden, wurden abgewiesen.[140] Auch darüber hinaus gibt es in der Praxis kaum Anwendungsfälle.[141] Es stellt sich daher die Frage, ob mit dem Begriff Weltanschauung, der sich auch in Art. 4 Abs. 1 GG findet, möglicherweise eine zu enge Definition des weltlichen Parallelbegriffs zu „Religion" vorgenommen wurde und ob es sich um eine richtlinienkonforme Umsetzung handelt.

Während es bei dem Begriff „Religion" durch empirisches und theologisches Wissen über Religionsgemeinschaften Kriterien gibt, anhand derer entschieden werden kann, welche Glaubenssätze, Überzeugungen, aber auch Rituale, soziale Lebensregeln und Praktiken maßgeblich sein sol-

139 Fokusgruppe Berater*innen Berlin, 15.02.2016, S. 67 = Audio [1:16:35].

140 Eine wegen Stasi-Mitgliedschaft gekündigte Beschäftigte einer Kassenärztlichen Vereinigung konnte sich nicht auf Weltanschauung (Marxismus/Leninismus) berufen, ArbG Berlin v. 30.07.2009 – 33 Ca 5772/09 –; eine chinesische Journalistin, die als freie Mitarbeiterin und arbeitnehmerähnliche Person von der China-Redaktion eines deutschen Senders keine Aufträge mehr bekam, konnte sich ebenfalls nicht auf eine Diskriminierung wegen ihrer Weltanschauung (angeblich: Nähe zur KP Chinas) oder ihrer ethnischen Herkunft berufen, BAG v. 20.06.2013 – 8 AZR 482/12 –; eine PDS-Abgeordnete ist mit ihrer Diskriminierungsklage (Geschlecht und Weltanschauung: Zugehörigkeit zur PDS) wegen Nichtberücksichtigung bei der Auswahl für eine Geschäftsführerposition der kommunalen Wohnungsbaugesellschaft vor dem OLG Dresden gescheitert, OLG Dresden v. 15.08.2008 – 11 U 282/08 –. Ebenfalls gescheitert ist eine Betriebsrätin, da die Tätigkeit als Betriebsrätin weder Ausdruck von Religion noch Weltanschauung sei, ArbG Wuppertal v. 01.03.2012 – 6 Ca 3382/11 –. Einem rechtsextremistischen Erzieher in einer städtischen Kita durfte gekündigt werden, hier spielte die Verletzung von verfassungsrechtlichen Treuepflichten eine Rolle (öffentlicher Dienst, vgl. § 24 AGG), ArbG Mannheim v. 19.05.2015 – 7 Ca 254/14 –.

141 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Berlin, 01.03.2016, S. 130 = Audio [1:40:52].

len,[142] besteht für den Begriff Weltanschauung weit weniger Sicherheit. Nur wenigen Weltbetrachtungs- und -erklärungssystemen wie etwa dem Marxismus als gesamtgesellschaftlicher Theorie, der anthroposophischen Lehre Rudolf Steiners[143] oder einem atheistischen Humanismus wird im rechtlichen Kontext der Begriff einer Weltanschauung zuerkannt.

Verbände, die ethische und gesellschaftliche Standpunkte nicht-religiöser Menschen vertreten, klagen über eine fehlende gleichberechtigte Anerkennung neben Kirchen und anderen religiösen Gemeinschaften, z. B. in Rundfunkräten.[144] Auch Vereinigungen, die nur Teilaspekte umfassender Theorien oder Lebensgestaltungslehren abdecken, sowie Gruppierungen, die bestimmte Methoden der Lebensführung vertreten und vermitteln, werden in der Kommentarliteratur bislang nicht als Weltanschauung anerkannt z. B. die Freikörperkulturbewegung.[145] Unklar ist, ob dies auch für Veganismus und Tierschutzbewegungen entschieden würde.

Da in Art. 1 und 4 der deutschen Fassung der RL 2000/78/EG der Begriff Weltanschauung verwendet wird, ist von einer richtlinienkonformen Umsetzung auszugehen. Hinsichtlich der Wortwahl und der Reichweite des Diskriminierungsschutzes im Hinblick auf Religion und Weltanschauung zeigen sich in Europa allerdings Unterschiede: In der englischen Version wird neben dem Begriff *religion* der Begriff *belief* (Glaube, Anschauung, Überzeugung) und in der französischen Version der Begriff *les convictions* (Überzeugungen) verwendet. Weitere Varianten finden sich in anderen Sprachfassungen der Richtlinie. Entsprechend breit ist das Spektrum der Begriffe in den Umsetzungsgesetzen der Mitgliedstaaten. Diese Begriffe sind – je nach Anwendung durch die Rechtsprechung – unter Umständen weniger einschränkend als der Begriff

142 EU-Kommission 2006 (Hrsg.): Religion und Weltanschauung in der Beschäftigung – das EU-Recht. (Autorin: *Lucy Vickers*, hrsg. von der Generaldirektion Beschäftigung, soziale Angelegenheiten und Chancengleichheit, Ref. G.2), S. 26. Wird die Religion nur als Vorwand für wirtschaftliche Betätigung genutzt, so wird sie nicht als Religion anerkannt, vgl. BAG zu Scientology Kirche Hamburg e. V. v. 22.03.1995 – 5 AZB 21/94 –, NZA 1995, S. 823; *Wedde*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 9 Rn. 21.

143 *Wedde*, in: Däubler/Bertzbach, AGG § 9, Rn. 29.

144 *Czermak*, Weltanschauung in Grundgesetz und Verfassungswirklichkeit, 2015, S. 11 f.; vgl. auch *Bauer/Platzeck*, „Gläserne Wände". Bericht zur Benachteiligung nichtreligiöser Menschen in Deutschland, September 2015.

145 *Wedde*; in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 9, Rn. 30 auch unter Berufung auf Korioth, in: Maunz/Dürig, Art. 137 WRV, Rn. 103 sowie v. Campenhausen, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 137 WRV, Rn. 300.

Weltanschauung.[146] Jedoch ergibt sich aus anderen Sprachfassungen keine normative Verbindlichkeit, da alle Sprachfassungen gleich verbindlich sind.[147] In manchen Ländern werden noch weitere Kategorien in den Diskriminierungsschutz einbezogen, wie etwa „politische Auffassungen".[148]

Für eine Ergänzung durch weitere Begriffe wie etwa „feste Überzeugung(en)" oder „tiefgreifende Überzeugung(en)"[149] spräche eine Harmonisierung mit Art. 4 GG und Art. 10 Grundrechte-Charta im Hinblick auf die Gewissensfreiheit. Religion und/oder Weltanschauung einer Person können deren Persönlichkeit im Kern prägen und liegen dann auf einer Ebene mit der Gewissensfreiheit, da eine Verleugnung ihrer Überzeugung die Person in Gewissensnöte brächte. Geschützt wären dadurch nur diejenigen Ausfassungen eines Menschen, die für seine Person und Weltsicht zentral („Was hält die Welt im Inneren zusammen?) sind, vergleichbar mit den inhaltlichen Auffassungen, Ausdrucksformen oder Bekenntnissen, die als Gewissensfreiheit von Art. 4 Abs. 1 GG erfasst sind. Dafür ließe sich leichter begründen, dass sie nicht nur gegenüber staatlichen Eingriffen, sondern auch in anderen vertraglichen Privatrechtsbeziehungen geschützt werden sollten.

Die Aufnahme des Schutzes für „politische Auffassungen" könnte an Art. 3 Abs. 3 GG anknüpfen, erscheint jedoch nicht empfehlenswert, da bei einem weiten Politikbegriff quasi jede beliebige Auffassung geschützt wäre. Das entspricht nicht der Analogie zur sachlichen Heraushebung grundlegender subjektiver Auffassungen, wie sie mit dem Schutz vor Diskriminierung wegen der Religion oder Weltanschauung ausgedrückt werden sollen.

1.2.4 Behinderung

Vor dem Hintergrund nicht unerheblicher Auslegungsschwierigkeiten des Merkmals Behinderung i. S. d. § 1 AGG und der aktuellen Rechtsprechung des EuGH[150] zum Einbezug von bestimmten Krankheiten sollten

146 *Däubler*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 1 Rn. 61–68.
147 *Mayer*, WHI Paper 1/06, 2006., S. 5, abrufbar unter: http://www.whi-berlin.eu/documents/whi-paper0106.pdf [17.7.2016] mit Verweis auf EuGH, Rs. 80/76, (North Kerry Milk), Slg. 1977, 425 Rn. 11/12 ff.
148 EU-Kommission 2006 (Hrsg.): Religion und Weltanschauung in der Beschäftigung – das EU-Recht. (Autorin: *Lucy Vickers*. Hrsg. v. der Generaldirektion Beschäftigung, soziale Angelegenheiten und Chancengleichheit, Ref. G 2). S. 29/30.
149 *Däubler*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 1 Rn. 69; eine „einfache" Überzeugung würde den Kern des Gemeinten jedoch nicht treffen.
150 EuGH v. 11.04.2013 – C-335/11 - u. a. (Ring/HK Danmark).

klarstellende Legaldefinitionen in den Gesetzestext aufgenommen werden. Diese könnten sich am teilhabeorientierten Begriffsverständnis des BAG[151] orientieren und etwa bei den Begriffsbestimmungen des § 3 AGG eingefügt werden.

Im AGG und in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG wird der Begriff Behinderung ohne Legaldefinition verwendet.[152] Literatur und Rechtsprechung haben den Begriff unterschiedlich ausgelegt. Das Bundesverfassungsgericht hat in einer älteren Konkretisierung des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG im Ausgangspunkt eine statische Definition gewählt. Danach umfasst Behinderung jedenfalls „die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht".[153] Etwa eine symptomlose HIV-Infektion würde dieser engen Definition nicht unterfallen, da zwar ein „regelwidriger" körperlicher Zustand gegeben ist, der bei erfolgreicher Medikation jedoch nicht zu einer „Funktionsbeeinträchtigung" führt. Demgegenüber wird in der Literatur gefordert, im Sinne eines sozio-dynamischen Verständnisses auch eine wiederkehrende Konfrontation mit sozialen Vorurteilen und Stigmata, die auf einer bestimmten geistigen, körperlichen oder seelischen Kondition fußen, zur Begründung einer Behinderung ausreichen zu lassen. Danach gilt auch die symptomlose HIV-Infektion als Behinderung.[154]

In der Begründung des AGG wird unter Rückgriff auf entsprechende Legaldefinitionen des Sozialrechts ein dritter Weg eingeschlagen.[155] Zur Abgrenzung von der physiologischen Krankheit wird zwar eine körperliche Funktionsbeeinträchtigung verlangt. Zusätzlich wird auf eine Teilhabebeeinträchtigung abgestellt, die sich auch als soziologisches Phänomen deuten lässt. So verweist die Begründung auf die Legaldefinition des § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX. Hiernach sind Menschen behindert, „wenn

151 BAG, v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12 –, juris, Rn. 61 f.

152 Das Für und Wider ausführlicher Legaldefinitionen wurde in den durchgeführten Richter*inneninterviews unterschiedlich bewertet. Für eine Begriffspräzisierung durch den Gesetzgeber mit Blick auf sämtliche Kategorien des § 1 AGG, Interview #1, 14.03.2016, S. 3 = Audio [0:04:36]. Dagegen für eine größere Flexibilität der Gerichte ohne einengende gesetzliche Definitionen, Interview #7, 02.06.2016, S. 5 = Audio [0:19:47]. Mit der Sorge um die Belastung mit zusätzlichen unbestimmten Rechtsbegriffe bei Legaldefinitionen, Interview #8, 10.06.2016, S. 3 = Audio [0:05:15].

153 BVerfGE 96, 288, 301. Das Urteil lässt an gleicher Stelle indessen ausdrücklich offen, ob sich die Definition des Behinderungsbegriffs in diesem engen Sinne erschöpfe, und stemmt sich somit nicht gegen ein auch sozio-dynamisches Verständnis.

154 *Pärli/Naguib*, Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit, 2012, S. 65 ff.

155 Hier und im Folgenden BT-Drs. 16/1780, S. 31.

ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist".

Nach dem Beitritt der EU zur UN-BRK hat der EuGH seine bisherige Rechtsprechung[156] modifiziert und klargestellt, dass im Einklang mit der Konvention auch rein soziale Barrieren eine Behinderung im Sinne der RL 2000/78/EG bedingen können.[157] Damit geht der EuGH nun von einem sozio-dynamischen Begriffsverständnis aus. Eine Funktionsbeeinträchtigung, die aus sich heraus ein unmittelbares Hindernis an der Teilhabe darstellt, ist keine zwingende Voraussetzung mehr. Es genügt, dass eine Einschränkung ein soziales Ausschlussverhalten zur Folge hat, welches sich wiederum in einer Teilhabebeeinträchtigung des betroffenen Menschen niederschlägt.[158] Behinderung im Rechtssinne sind nunmehr alle potenziellen „Einschränkung[en] [...], die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen sind, die in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren den Betreffenden an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, hindern können, sofern die körperlichen, seelischen, geistigen oder Sinnesbeeinträchtigungen langfristig sind."[159]

Das Bundesarbeitsgericht folgt in seiner aktuellen Rechtsprechung zunächst dem EuGH und definiert den Behinderungs-Begriff des AGG weit im Sinne des sozio-dynamischen Verständnisses.[160] Gleichzeitig führt das BAG aber punktuell auch das hergebrachte nationale Begriffsverständnis fort, wenn es nicht nur die Teilhabe am Berufsleben, sondern entsprechend der Präambel, lit. e, sowie des Art. 1 UN-BRK auf eine vollumfängliche gesellschaftliche Teilhabe abstellt. Ferner beurteilt es die Beeinträchtigungen in zeitlicher Hinsicht einzelfallbezogen, ohne auf der

156 EuGH v. 11.07.2006 – C-13/05 - (Chacón Navas), Rn. 43.

157 EuGH v. 11.04.2013 – C-335/11 u.a. (Ring/HK Danmark), Rn. 38.; Vgl. insoweit die Präambel, lit. e der UN-BRK: „... in der Erkenntnis, dass das Verständnis von Behinderung sich ständig weiterentwickelt und dass Behinderung aus der Wechselwirkung zwischen Menschen mit Beeinträchtigungen und einstellungs- und umweltbedingten Barrieren entsteht, die sie an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern.", BGBl. II, S. 1419 v. 31.12.2008.

158 *Pärli/Naguib*, Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit, 2012, S. 70 f.

159 EuGH v. 11.04.2013 – C-335/11 u. a. (Ring/HK Danmark), Rn. 38.

160 Hier und im Folgenden BAG v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12 –, juris Rn. 61 f.

Sechs-Monats-Grenze des § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX zu bestehen.[161] Da diese aktuelle Rechtsprechung das ursprüngliche Verständnis des Begriffs erheblich modifiziert, sollte der Gesetzgeber die Begriffsdefinition des BAG als Legaldefinition in den Gesetzestext des AGG aufnehmen, um für höhere Transparenz und Rechtssicherheit zu sorgen. Dies gilt umso mehr, als die Geltung der sozio-dynamischen Definition bisher nur für den arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutz der §§ 6–18 AGG höchstrichterliche Anerkennung gefunden hat. Für das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Behinderung im allgemeinen Zivilrecht nach den §§ 19 ff. AGG steht dies noch aus.[162] Für diesen Teilausschnitt macht das Unionsrecht keine direkten sachlichen Vorgaben, da die RL 2000/78/EG in ihrem sachlichen Anwendungsbereich auf Fragen der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf beschränkt ist, vgl. Art. 1 RL 2000/78/EG. Der UN-BRK ist eine solche Begrenzung jedoch fremd. Dort wird das allgemeine Zivilrecht mit einbezogen, wenn die Vertragsstaaten in Art. 4 lit. E aufgefordert werden, „... alle geeigneten Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung aufgrund von Behinderung durch Personen, Organisationen oder private Unternehmen zu ergreifen."

Somit besteht die völkerrechtliche Pflicht, die Konvention auch über den Bereich des Arbeitsrechts hinaus umzusetzen. Für eine Parallelführung des Behinderungsbegriffs in den verschiedenen Abschnitten des AGG spricht auch der allgemeine methodische Satz, dass dieselben Rechtsbegriffe in ein und demselben Gesetz nach Möglichkeit einheitlich ausgelegt werden sollen. Den §§ 6–18 AGG ein weiteres Verständnis von Behinderung zugrunde zu legen als den §§ 19 ff. AGG, widerspräche ferner dem systematischen Aufbau des AGG, das den Begriff der Behinderung zuerst im Allgemeinen Teil in § 1 AGG anführt, um ihn sodann ohne nähere Unterscheidungen gleichermaßen im zweiten, arbeitsrechtlichen, wie im dritten Abschnitt zum Zivilrechtsverkehr wieder aufzugreifen.[163]

161 Insofern bleibt auch die geplante Neufassung des § 3 des Behindertengleichstellungsgesetzes (BGG) zu kritisieren, die zu einer langfristigen Beeinträchtigung die hohe Wahrscheinlichkeit eines Andauerns von wenigstens sechs Monaten verlangt, vgl. BT-Drs. 18/7824, S. 11.

162 Dies problematisiert MüKo-*Thüsing*, § 1 AGG, Rn. 80b.

163 Für eine einheitliche Auslegung auch *Pötters*, Anmerkung zu EuGH v. 18.12.2014 – C-354/13 (Fag og Arbejde/Kommunernes Landsforening), EuZW 2015, S. 147 (148).

Die einzufügende Legaldefinition sollte klarstellen, dass der Behinderungsbegriff bestimmte Krankheiten umfassen kann.[164] Die neue Rechtsprechung des EuGH und die darauf rekurrierende BAG-Definition erfassen ausdrücklich bestimmte chronische Krankheiten. Chronische Krankheiten bringen Einschränkungen von „wahrscheinlich langer Dauer" mit sich. Entscheidend ist, ob diese Einschränkungen den Grund für gesellschaftliche Teilhabestörungen bilden können. Die Feststellung sozialer Stigmata und gesellschaftlichen Vermeidungsverhaltens sind im Einzelfall freilich komplex.[165] Das BAG hat beides bei einer symptomlosen HIV-Infektion angenommen.[166] Es hat zudem angedeutet, dass auch die Diabetes mellitus, Arthrose oder Rheuma als Behinderung gelten können.[167] Der EuGH hat eine Behinderung in seiner aktuellen Rechtsprechung bei einer Adipositaserkrankung bejaht.[168]

Im Prozess wird es für die von Diskriminierung Betroffenen oftmals schwierig sein, die von der Rechtsprechung geforderten Voraussetzungen zu beweisen. Repräsentative empirische Studien fehlen vielerorts und sollten insbesondere von der ADS in Auftrag gegeben werden, um die Durchsetzung des Diskriminierungsschutzes zu verbessern.

1.2.5 Lebensalter

Der Begriff Alter sollte durch Lebensalter ersetzt werden.

Der Schutzbereich Alter bezieht sich im AGG sowie in der RL 2000/78/EG (Art. 1) auf alle Lebensalter[169] und soll sowohl junge wie auch ältere Personen vor einer Diskriminierung schützen. Der Begriff ist also relational, er kann jedoch missverstanden werden im Sinne des ausschließlichen Schutzes älterer oder alter Menschen vor Diskriminierung. Daher ist aus Gründen der Klarstellung zu empfehlen, die geschützte Kategorie als „Lebensalter" zu bezeichnen.

---

164 *Fuhlrott/Wesemann*, Der Begriff der Behinderung im AGG, ArbRAktuell 2014, S. 307 (309).

165 *Pärli/Naguib*, Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit, Berlin 2012, S. 31 ff.

166 BAG v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12 –, juris Rn. 56.

167 BAG v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12 –, juris Rn. 67. Das BAG will eine „Entgrenzung" des Begriffs dadurch umgehen, dass die Teilhabebeeinträchtigung nicht pauschal, sondern mit Blick auf die konkret betroffene Person geprüft wird, siehe Rn. 68.

168 EuGH v. 18.12.2014 – C-354/13 (Kaltoft), Rn. 59 f.; siehe zuletzt auch ArbG Düsseldorf v. 17.12.2015 – 7 Ca 4616/15 –, juris Rn. 49 f., wenngleich im konkreten Fall dort das Vorliegen einer Behinderung letztlich abgelehnt wird.

169 Zu den verschiedenen kalendarischen, biologischen, psychologischen und sozialen Altersbegriffen siehe *Elsuni/Klose/Liebscher*, Alter in bester Verfassung, Berlin, 2013.

Dafür spricht auch, dass das Diskriminierungsverbot wegen des Alters in den Richtlinien – wie auch in der Grundrechte-Charta (Art. 21 Abs. 1) – als gleichrangig mit den Diskriminierungsverboten wegen anderer Gründe aufgeführt wird.[170] Das bedeutet, dass es grundsätzlich keine Hierarchisierung der Diskriminierungskategorien gibt und auch innerhalb einer Kategorie – wie hier Alter – keine Differenzierung vorgenommen wird.

1.2.6 Sexuelle Identität

Eine Ersetzung des Begriffs durch den in den europäischen Richtlinien und dem Primärrecht verwendeten Begriff der „sexuellen Ausrichtung" ist nicht notwendig.

In Bezug auf den Inhalt und die Reichweite des Begriffs „sexuelle Identität" bestehen im rechtswissenschaftlichen Schrifttum erhebliche Kontroversen.[171]

Die Wahl dieser Begrifflichkeit stellt im europäischen Vergleich einen Sonderweg dar.[172] § 1 AGG erfasst Benachteiligungen wegen der „sexuellen Identität", während Art. 19 Abs. 1 AEUV und Art. 1 der Rahmenrichtlinie von „sexueller Ausrichtung" sprechen.[173] In der englischen Ursprungsfassung heißt es *sexual orientation*, was üblicherweise mit „sexueller Orientierung" übersetzt wird.[174] Dass der Gesetzgeber gerade an dieser Stelle von den Begrifflichkeiten der Richtlinie abgewichen ist, wird als verwirrend und unverständlich bewertet.[175] Der Begriff findet sich dagegen im deutschen Recht in § 75 Abs. 1 S. 1 BetrVG[176] sowie in den Landesverfassungen von Berlin, Brandenburg, Bremen und in den Landesbeamtengesetzen von Brandenburg, Bremen, Hamburg, Niedersachsen und des Saarlands. Der

170 Zudem wird in Art. 25 Gr-Ch (Rechte älterer Menschen) „das Recht älterer Menschen auf ein würdiges und unabhängiges Leben und auf Teilnahme am sozialen und kulturellen Leben" anerkannt und geschützt. Gegen einen zwangsweisen Austritt aus dem Erwerbsleben mit Erreichen des Rentenalters lässt sich Artikel 15 heranziehen (Berufsfreiheit und Recht zu arbeiten), der jeder Person – also auch dem älteren Menschen – grundsätzlich das Recht zugesteht, „zu arbeiten und einen frei gewählten oder angenommenen Beruf auszuüben".

171 Siehe 1.2.2.

172 Vgl. z. B. das österreichische Gleichbehandlungsgesetz, das von „sexueller Orientierung" spricht (§ 17 Abs. 1 öGlBG); britische Umsetzung „*sexual orientation*", vgl. *Schiek*, in: Schiek/Kocher, AGG, § 1 Rn. 31.

173 Erstaunt über die sprachliche Abweichung zur Richtlinie, MüKo-*Thüsing*, § 1 AGG, Rn. 88.

174 *Schiek*, in: Schiek/Kocher, AGG, § 1 Rn. 3, die Verwendung des Begriffs „sexuelle Identität".

175 *Bauer/Krieger*, AGG, § 1 Rn. 49.

176 Mit Verweis auf die Umsetzung der RL 2000/78/EG im BetrVG, Müko-*Thüsing*, § 1 Rn. 88; *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 1 Rn. 29.

Hamburger Landesgesetzgeber geht noch einen Schritt weiter und verwendet beide Begriffe nebeneinander.

Zum überwiegenden Teil wird im Schrifttum die Auffassung vertreten, dass die verwendeten Bezeichnungen gleichbedeutend sind.[177] Mit dem Begriff „sexuelle Ausrichtung" kommen zwar am deutlichsten die Relevanz der homosexuellen, heterosexuellen oder bisexuellen Orientierung eines Menschen sowie die Eigenschaften oder Verhaltensweisen zum Ausdruck, welche das Sexualleben eines Menschen betreffen.[178] Jedoch hat sich das Begriff „sexuelle Identität" in Deutschland in den letzten zehn Jahren sprachgebräuchlich durchgesetzt. Ein Änderungsbedarf besteht demnach nicht.

1.2.7 Mehrfachdiskriminierung

Bei der Anwendung des AGG, insbesondere bei der Bemessung der Entschädigung, muss das Problembewusstsein für mehrdimensionale Diskriminierungen geschärft werden. Differenzierte Kenntnisse zum sachgerechteren Umgang mit dem Phänomen können in der richterlichen und anwaltlichen Fortbildung vermittelt werden.

§ 4 AGG regelt die Diskriminierung wegen mehrerer in § 1 AGG genannter Gründe. Danach ist die unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf mehrere Diskriminierungskategorien gemäß §§ 8 bis 10 und 20 AGG im Einzelfall nur gerechtfertigt, wenn sich die Rechtfertigung auf alle betroffenen Gründe erstreckt. Für jede einschlägige Diskriminierungskategorie muss also die Rechtfertigung einzeln geprüft werden. Damit sind die EU-Richtlinien umgesetzt. Darin wird in den Erwägungsgründen Nr. 14 RL 2000/43/EG und Nr. 3 RL 2000/78/EG darauf hingewiesen, dass Frauen häufig Opfer mehrfacher Diskriminierung sind. Auch die UN-BRK weist in Präambel und Text mehrfach auf die Gefahr der Benachteiligung von behinderten Frauen hin.[179] Somit war die besondere Problematik der Mehrfachdiskriminierung,[180] deren Erscheinungsformen in der Wissen-

177 *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, § 1 Rn. 41, 3. Aufl. 2011; a. A. *Annuß*, BB 2006, S. 1629 (1630 f.).

178 *Rudolf/Mahlmann*, Gleichstellungsrecht, § 6 Rn. 34 und 37, die den Begriff „sexuelle Ausrichtung" verwenden.

179 UN-BRK: Präambel (Erwägung q), Art. 6, 16 Abs. 5, 28 Abs. 2 b.

180 Zu Begriffen und Konzepten vgl. *Baer, Bittner/Göttsche*, Mehrdimensionale Diskriminierung, erstellt im Auftrag der ADS, August 2010, S. 16–24; Zum subjektiven Empfinden vgl. *Dern/Inowlocki/Oberlies*, Mehrdimensionale Diskriminierung – Eine empirische Untersuchung anhand von autobiografisch-narrativen Interviews. Teilexpertise. Erstellt im Auftrag der ADS. Berlin Oktober 2010.

schaft auch als mehrdimensionale Diskriminierung bezeichnet werden,[181] schon bei der Schaffung des AGG bekannt.[182]

1.2.7.1 Erscheinungsformen der Mehrfachdiskriminierung

Mehrfachdiskriminierung kann additiv sein, das heißt mehrere Gründe kommen zusammen, wenn beispielsweise eine Frau wegen ihres Geschlechts und einer zugeschriebenen Familienorientierung entgegen ihres Wunsches und der Ausschreibung nur eine Teilzeitstelle erhält, auf der sie wegen ihres jungen Alters schlechter bezahlt wird als ältere Kolleg*innen. Von verstärkender oder kumulativer Diskriminierung wird gesprochen,[183] wenn sich benachteiligende Gründe gegenseitig verstärken. Eine dritte Kategorie ist die intersektionale oder verschränkte Diskriminierung. Die US-amerikanische Juristin Kimberlé Crenshaw prägte den Begriff „Intersektionalität" für sich spezifisch überschneidende Diskriminierungserfahrungen von schwarzen Frauen in den USA, die ein hierarchisiertes Antidiskriminierungsrecht nicht erfassen kann.[184] Typisches Beispiel im deutschen Kontext ist die Diskriminierung Kopftuch tragender Frauen auf dem Arbeitsmarkt,[185] ein männliches Pendant dazu stellt die Abweisung nicht typisch deutsch aussehender, meist junger Männer an der Diskoeingangstür dar.[186]

In solchen Fällen kommt es zu einer Kombination und Verschränkung der Merkmale: Das weibliche Geschlecht ist – im Kopf der Entscheidenden – mit der religiös konnotierten Bedeckung durch ein „islamisches" Kopftuch spezifisch verbunden. Diese Kopfbedeckung wird im Islam von manchen Rechtsschulen als verbindlich angenommen, allerdings nur für Frauen, und genau diese Konstellation fungiert als Ablehnungs-

181 *Dies.*, ebd.
182 JurisPK-BGB-Colling, 7. Aufl. 2014, Rn. 1 zu § 4 AGG mit Verweis auf BT-Drs. 16/1780, S. 33.
183 So die „Definition Mehrfachdiskriminierung" der Fachhochschule Nordwestschweiz in Zusammenarbeit mit der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften, 2008, abrufbar unter: http://www.mehrfachdiskriminierung.ch/definition [17.7.2016].
184 *Crenshaw*, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of antidiscrimination Doctrine Feminist Theory and Antiracist Politics" in Weisberg, D. K. (Hrsg.), „Feminist Legal Theory: Foundations". Temple University Press. Philadelphia.
185 Vgl. *Baer/Bittner/Göttsche*, Mehrdimensionale Diskriminierung, erstellt im Auftrag der ADS, Berlin August 2010, S. 33.
186 Vgl. *Liebscher/Remus/Bartel*, KJ 2014, S. 135–152,147 ff. Durch die hohe Zahl geflüchteter junger Männer aus dem arabischen oder (nord-)afrikanischen Raum und die rassistische Aufladung der Debatten um sexuelle Belästigung im öffentlichen Raum hat diese Art der Diskriminierung sich auch auf Schwimmbäder und Fitnessstudios ausgeweitet und eine gesteigerte Aktualität erlangt.

grund; unterstellt wird die Unterordnung unter ein Gebot, das vielfach als gleichberechtigungsfeindlich angesehen wird. Dabei spielen auch antimuslimische Ressentiments eine Rolle, so dass zu Religion und Geschlecht noch rassistische Diskriminierung verstärkend hinzukommt. Weder eine muslimische Frau ohne Kopftuch als Bewerberin, noch ein muslimischer Mann als Bewerber, für den keine religiös begründete Kopfbedeckungspflicht existiert, würde bei gleicher Qualifikation abgelehnt werden, jedenfalls nicht wegen der Religion. Bei der rassistischen Einlassverweigerung ist es ähnlich, auch hier lässt sich die Gegenprobe machen: Eine Frau hätte unabhängig von ihrer Hautfarbe vermutlich keine Probleme, in die Disko gelassen zu werden, ebenso wenig ein weißer Mann; insofern ist das männliche Geschlecht mit der rassistischen Abweisung verschränkt.[187]

Nicht immer ist die Ungleichbehandlung wegen einer legal oder sozial verpönten Kategorie gleichermaßen benachteiligend für die Identität, die Chancensituation oder das Wohlbefinden von Menschen. Es kommt sowohl subjektiv als auch strukturell auf den Stellenwert und die Bedeutung im Zusammenhang an. Diesem komplexen System gesellschaftlicher Ein- und Ausgrenzung, Über- und Unterordnung durch mehrdimensionale Diskriminierung muss daher auch auf der rechtlichen Ebene durch ein komplexes und differenziertes Verständnis bei der juristischen Subsumtion und Rechtsfolgenzuweisung begegnet werden.[188]

1.2.7.2 Mehrdimensionale Diskriminierung in Rechtsdogmatik und Rechtsprechung

Die Einschränkung des zivilrechtlichen Rechtsschutzes auf Massengeschäfte für alle Diskriminierungskategorien – außer rassistischer Diskriminierung und aufgrund ethnischer Herkunft – kann in der Praxis zu Problemen bei mehrdimensionaler Diskriminierung führen. Wird z. B. einer Kopftuch tragenden Frau der Abschluss eines Mietvertrages durch eine Vermieterin verweigert, die weniger als 50 Wohnungen vermietet, muss die Betroffene gut überlegen, auf welchen Diskriminierungsgrund sie sich beruft. Da es sich nicht um ein sog. Massengeschäft handelt, schützt § 19 AGG nicht vor geschlechter- und religionsbezogener Dis-

187 Vgl. *Lembke/Liebscher*, Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht? – Oder: Wie kommen Konzepte der Intersektionalität in die Rechtsdogmatik?, in: Philipp u.a. (Hrsg.) Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung, 2014, S. 261–290.

188 So auch das Zwischenfazit zu Begriffen und Kategorisierungen bei *Baer/Bittner/Göttsche*, Mehrdimensionale Diskriminierung, erstellt im Auftrag der ADS, August 2010, S. 27.

kriminierung. Das Benachteiligungsverbot gilt hier nur bei rassistischer Diskriminierung uneingeschränkt. Allerdings könnte dann der rechtlich fragwürdige Rechtfertigungsgrund § 19 Abs. 3 AGG greifen.

In der (veröffentlichten[189]) Rechtsprechung ist § 4 AGG bisher selten entscheidungsrelevant geworden.[190] Wo der Mehrfachdiskriminierung Aufmerksamkeit geschenkt wird, wird sie bei der Frage der Bemessung von Entschädigung diskutiert.[191] Die Gesetzgebung hat bei der Formulierung von § 4 AGG darauf verzichtet, die Rechtsfolgenseite zu regeln. Eine Schutz- und Regelungslücke resultiert daraus nicht, denn eine für jeden Einzelfall passende Rechtsfolge lässt sich kaum allgemeingültig benennen. Dass Mehrfachdiskriminierung stärker in die Integrität der betroffenen Person eingreift und insofern sie graduell „mehr" schädigt als sog. einfache Diskriminierung, kann nicht generell unterstellt werden. Solche Aspekte der Rechtsfolgenbeurteilung müssen weiter im Einzelfall abgewogen werden.[192]

Aussagen von Berater*innen und Rechtsanwält*innen deuten darauf hin, dass die bislang geringe Entscheidungsrelevanz auch dadurch mitverursacht ist, dass es am Verständnis der komplexen Struktur mehrdimensionaler Diskriminierung fehlt oder dieses nicht in Rechtsfolgen umgesetzt wird.[193] Bisweilen werden schon die Tatsachengrundlagen nicht adäquat erhoben und in den Prozess eingebracht. In den Fokusgruppen mit Rechtsanwält*innen kam zum Ausdruck, dass Diskriminierungskategorien zum

189 Die Datenbank Juris weist unter dem Stichwort „Mehrfachdiskriminierung" lediglich fünf Entscheidungen zum AGG aus (Stand: 25.7.2016).

190 Vgl. die Beispiele bei *Baer/Bittner/Göttsche*: Mehrdimensionale Diskriminierung, erstellt im Auftrag der ADS, 2010, S. 53 ff.; *Elsuni*, Mehrdimensionale Diskriminierung im Fokus der Rechtsforschung, in: Philipp u. a. (Hrsg.), Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung. Soziale Realitäten und Rechtspraxis, 2014, S. 161–178; *Lembke/Liebscher*, Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht ? Oder: Wie kommen Konzepte von Intersektionalität in die Rechtsdogmatik? In: Simone Philipp/Isabella Meier/Veronika Apostolovski/Klaus Starl/Karin Maria Schmidlechner (Hrsg.): Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung 2014, S. 261–289; *Liebscher/Remus/Bartel*, KJ 2014, S. 135–152.

191 So etwa OLG Stuttgart v. 12.12.20111 – 10 U 106/11 –.

192 So ging der Gesetzgeber in der Begründung zu § 15 AGG davon aus, dass eine „erhöhte Entschädigung" geboten sei, „wenn ein Beschäftigter aus mehreren Gründen unzulässig benachteiligt oder belästigt wird" (BT-Drs. 16/1780, S. 38).

193 Zu Hürden vgl. *Baer/Bittner/Göttsche*: Mehrdimensionale Diskriminierung, erstellt im Auftrag der ADS, 2010, S. 51 ff.

Teil aber auch auf Wunsch von Mandant*innen[194] oder aus strategischen Gründen[195] unerwähnt bleiben oder nur beiläufig angesprochen werden. Grundsätzlich stimmten die Anwält*innen der Fokusgruppen jedoch der Regel zu, alle jeweils einschlägigen Diskriminierungskategorien zu thematisieren. In den Richter*inneninterviews wurde des Öfteren darauf hingewiesen, dass im Zivil- und im Arbeitsrecht von der Klägerseite substantiiert die Mehrfachdiskriminierung vorgetragen werden muss, damit sie vom Gericht aufgegriffen werden könne.[196] Im öffentlichen Recht könne die Amtsermittlung nur dort einhaken, wo Tatsachenhinweise vonseiten der Anspruchsstellenden gegeben werden.[197]

1.3 Positive Maßnahmen

Der Gesetzgeber sollte über § 5 AGG hinaus einen verbindlicheren Rahmen für die Schaffung positiver Maßnahmen schaffen. Ein innovatives Konzept ist dabei die Statuierung von Förderpflichten, die mithilfe von Plänen und Programmen konkretisiert werden. Mithilfe welcher Instrumente die darin regelmäßig neu vereinbarten Gleichstellungsziele dann konkret erreicht werden, wird unter Einbeziehung aller Beteiligten sachnah „vor Ort“ entschieden. Während im öffentlichen Sektor das bereits bestehende System der Gleichstellungspläne aufgegriffen und erweitert werden kann, ist in der Privatwirtschaft an den Abschluss entsprechender Betriebsvereinbarungen zwischen Arbeitgeber*in und Betriebsrat zu

194 Eine Rechtsanwältin betonte, dass sie zwar von sich aus alles in eine Waagschale werfen würde, was an Mehrfachdiskriminierung erkennbar ist, z. B. bei der Benachteiligung einer Kopftuchträgerin (Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Berlin, 01.03.2016, S. 140 = Audio [1:26:30]), dass aber manche Mandant*innen bestimmte Kategorien nicht betont sehen wollen, z. B. als ein schwuler Mann rassistisch diskriminiert wurde, wollte er nicht, dass seine sexuelle Ausrichtung zum Thema der Klage gemacht würde. Folglich sprach die Rechtsanwältin diesen Punkt in der Vertretung des Mandanten nicht an, Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Berlin, 01.03.2016, S. 105 = Audio [1:26:30].

195 Eine Überlegung betrifft die Frage der Glaubhaftmachung bzw. Beweisindiziendarlegung (Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Berlin, 01.03.2016, S. 105 = Audio [1:28:44]), eine andere Überlegung den Aspekt der Vermeidung von Bagatellaspekten von Diskriminierung (Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Berlin, 01.03.2016, S. 105 = Audio [1:29:17]) und der besseren Verständlichkeit (Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Hannover, 08.03.2016, S. 106 = Audio [1:03:36]). Hier waren Teilnehmer*innen aber durchaus verschiedener Meinung, ob bessere Verständlichkeit ein Grund zum Weglassen eines Diskriminierungsgrundes sein kann.

196 Interview #2, 21.03.2016, S. 6 = Audio [0:09:24]; Interview #1, 14.03.2016, S. 5 = Audio [0:08:42]; Interview #10, 17.06.2016, S. 4 = Audio [0:02:24]; Interview #9, 27.04.2016, S. 5 = Audio [0:10:12], (hier wird aber auch ein enger Zusammenhang zwischen der Beweiserleichterung des § 22 AGG und der Feststellung von Mehrfachdiskriminierung hergestellt.).

197 Interview #8, 10.06.2016, S. 8 = Audio [0:20:20].

denken. Gegenstand einer Zielvereinbarung sollte neben der Entwicklung der Personalstruktur auch das Dienstleistungsangebot der jeweiligen Behörde bzw. des Unternehmens sein.[198]

1.3.1 Voraussetzungen positiver Maßnahmen nach § 5 AGG

Die rechtswissenschaftliche Untersuchung zeigt, dass der deutsche Gesetzgeber mit § 5 AGG positive Maßnahmen in weitem Umfang erlaubt hat.[199] Voraussetzung für die Zulässigkeit solcher Maßnahmen ist zum einen, dass mit der Maßnahme das Ziel verfolgt wird, bestehende und künftige Nachteile wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zu verhindern oder auszugleichen. Zum anderen muss die ergriffene Maßnahme verhältnismäßig sein, d. h., es muss zumindest wahrscheinlich sein, dass das bezweckte Ziel erreicht wird. Es darf kein milderes Mittel in Betracht kommen und die nachteiligen Auswirkungen für die Personen, die nicht gefördert werden, müssen gegenüber den faktischen Benachteiligungen, die überwunden werden sollen, in einem angemessenen Verhältnis stehen.

Als „Nachteile" kommen alle Umstände in Betracht, die dazu führen, dass Personen aufgrund einer der in § 1 AGG genannten Kategorien im Arbeitsleben oder beim Abschluss zivilrechtlicher Verträge schlechtere Chancen haben, bestimmte Positionen, Güter oder Leistungen zu erlangen. Während es auf die Umstände, auf denen diese Nachteile beruhen, nicht ankommt,[200] müssen die Nachteile selbst noch bestehen. Positive Maßnahmen können damit nicht allein auf Nachteile gestützt werden, die frühere Generationen erlitten haben. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass in der Vergangenheit erlittene Diskriminierungen fortwirken. Sie können beispielsweise die Aufstiegschancen von Menschen auch heu-

198 Vgl. ausführlich *Klose/Merx*: Positive Maßnahmen, erstellt im Auftrag der ADS, 2010, S. 71f.

199 Die Vorschrift lautet: „Ungeachtet der in den §§ 8 bis 10 sowie in § 20 benannten Gründe ist eine unterschiedliche Behandlung auch zulässig, wenn durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile wegen eines in § 1 genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden sollen." Für Soldat*innen enthält § 5 des Gesetzes über die Gleichbehandlung der Soldatinnen und Soldaten (SoldGG) eine entsprechende Vorschrift. § 5 AGG setzt Art. 5 RL 2000/43/EG, Art. 7 Abs. 1 RL 2000/78/EG, Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG in der Fassung der RL 2002/73/EG und Art. 6 RL 2004/113/EG in deutsches Recht um. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das AGG im Zivilrechtsverkehr (§§ 19–21) durch Einbeziehung der Gründe Religion, Alter, Behinderung und sexuelle Identität über die Vorgaben der Richtlinien hinausgeht.

200 In Betracht kommen z. B. objektive Eigenschaften, traditionelle Rollenverständnisse oder Vorurteile.

te beeinflussen.[201] Zudem sind präventive Maßnahmen gegen künftige Nachteile möglich, auch wenn dies im Wortlaut („bestehende Nachteile [...] verhindert oder ausgeglichen werden sollen") nur bedingt zum Ausdruck kommt. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass der Gesetzgeber von der Zulässigkeit positiver Maßnahmen auch „zur Vermeidung künftiger Nachteile" ausging.[202]

Den Bezugsrahmen für bestehende oder künftige Nachteile können sowohl ein Betrieb oder Unternehmen, eine bestimmte Region, ein Wirtschaftszweig oder die gesamtgesellschaftlichen Verhältnisse bilden.[203] Deshalb ist es beispielsweise zulässig, dass Unternehmen, die bereits überproportional viele Menschen mit Migrationshintergrund beschäftigten, diese auch weiterhin bevorzugt einstellen, solange Nachteile auf gesellschaftlicher Ebene fortbestehen.[204] Unzulässig dürfte dagegen eine Maßnahme sein, mit der der Anteil einer bisher benachteiligten Gruppe in Führungspositionen dadurch ausgeglichen werden soll, dass Personen dieser Gruppe auf der untersten Hierarchiestufe bevorzugt werden, obwohl sie dort bereits deutlich überrepräsentiert sind.[205]

Der EuGH hatte in den vergangenen 30 Jahren wiederholt Gelegenheit, die Möglichkeiten und Grenzen, die das Gemeinschaftsrecht für positive Maßnahmen bietet, aufzuzeigen.[206] Ausdrücklich nimmt der EuGH in den jüngeren Entscheidungen auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Bezug. Positive Maßnahmen dürfen danach als Ausnahmen vom Grundsatz der Gleichbehandlung nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des verfolgten Ziels angemessen und erforderlich ist und den Grundsatz der Gleichbehandlung soweit wie möglich mit den Erfordernissen des auf diese Weise angestrebten Ziels in Einklang bringt.[207]

Auch der Gesetzgeber des AGG geht davon aus, dass positive Maßnahmen nach objektivem Maßstab geeignet und angemessen sein müssen.[208] Po-

201 *Hinrichs/Zimmer*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 5 Rn. 22. Das Phänomen wird auch als „ererbte Diskriminierung" diskutiert.
202 BT-Drs. 16/1780, S. 34.
203 MüKo-*Thüsing*, § 5 AGG, Rn. 15; Franke/Merx, AuR 2007, S. 235.
204 *Hinrichs/Zimmer*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 5 Rn. 23a.
205 ArbG Berlin v. 5.06.2014 – 42 Ca 1530/14 –, juris Rn. 27.
206 EuGH v. 17.10.1995, Rs. 450/93 (Kalanke), Slg. 1995, S. 3051; EuGH v. 11.11.1997, Rs. 409/95 (Marschall), Slg. 1997, S. 6363.
207 EuGH v. 19.03.2002, Rs. 476/99 (Lommers), Slg. 2002, S. 2891, Rn. 39; EuGH v. 30.09.2004, Rs. 319/03 (Briheche), Slg. 2004, S. 8807, Rn. 24.
208 BT-Drs. 16/1780, S. 34.

sitive Maßnahmen sind geeignet, wenn objektiv die Wahrscheinlichkeit besteht, dass durch die Maßnahmen das bezweckte Ziel erreicht wird. An die dem zugrunde liegende Prognoseentscheidung sind hinsichtlich des Grads der Wahrscheinlichkeit keine zu hohen Anforderungen zu richten.[209] Die Geeignetheit kann aber – wie beispielsweise in der vom EuGH entschiedenen Rechtssache Lommers – dadurch in Zweifel gezogen werden, dass eine positive Maßnahme zur Verfestigung bestehender Rollenverteilungen zwischen Männern und Frauen führt.[210] Andererseits ist zu vermuten, dass entsprechende Maßnahmen einen positiven Beitrag zur Beschäftigungssituation von Frauen leisten, solange Frauen weiterhin erheblich stärker als Männer durch familiäre Pflichten in Anspruch genommen werden.[211] Ungeeignet sind dagegen alle Maßnahmen, die im Ergebnis dazu führen, dass die vorgeblich geschützte Personengruppe im Resultat eher benachteiligt als gefördert wird.[212]

Der Maßstab der Verhältnismäßigkeit verlangt nicht nur die Geeignetheit, sondern auch die Erforderlichkeit und Angemessenheit einer positiven Maßnahme zur Erreichung von Gleichstellung. Es muss sich bei der positiven Maßnahme also mit Blick auf eventuelle Eingriffe in Rechte von Dritten um das mildeste zur Zielerreichung geeignete Mittel handeln. Soweit positive Maßnahmen in speziellen Vergünstigungen bestehen – beispielsweise subventionierte Kinderbetreuungseinrichtungen für Frauen – könnte gegen die Erforderlichkeit jeweils geltend gemacht werden, die Vergünstigung müsste allen Interessierten – also auch Männern – gewährt werden. Dem steht jedoch entgegen, dass positive Maßnahmen freiwillig angeboten werden, so dass eine Ausweitung der Förderung auf andere Gruppen nicht als milderes Mittel in Betracht kommt.[213]

Die Angemessenheit der Maßnahme setzt schließlich eine Abwägung voraus zwischen dem Ausmaß der bestehenden faktischen Benachteiligung derjenigen, die gefördert werden sollen, und den nachteiligen

209 Schiek-*Schiek*, AGG, § 5 Rn. 11; *Hinrichs/Zimmer*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 5 Rn. 26.
210 EuGH v. 19.03.2002, Rs. 476/99 (Lommers), Slg. 2002, S. 2891, Rn. 41. In der Entscheidung ging es um die Frage, ob ein Ministerium die begrenzte Zahl der seinem Personal von ihm zur Verfügung gestellten subventionierten Kindertagesstättenplätze grundsätzlich den weiblichen Beamtinnen vorbehalten darf.
211 *Hinrichs/Zimmer*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 5 Rn. 37.
212 So zum Nachtarbeitsverbot für Frauen: BVerfG v. 28.01.1992, 1 BvR 1025/82, NZA 1992, 270.
213 So im Ergebnis auch: EuGH v. 19.03.2002, Rs. 476/99 (Lommers), Slg. 2002, S. 2891, Rn. 42.

Auswirkungen auf diejenigen, die dann zurückstehen müssen.[214] Entscheidend ist also die typische Betroffenheit von Menschen in bestimmten Situationen bzw. Bereichen.[215] Diese Abwägung kann je nach betroffener Rechtsposition unterschiedlich ausfallen, so dass beispielsweise zwischen Arbeitsbedingungen[216] und dem Zugang zur Beschäftigung[217] sowie zwischen Ausbildungs[218] und Arbeitsplätzen differenziert werden muss.

Der Rechtsprechung des EuGH lassen sich folgende Abwägungskriterien entnehmen: Selbst bei gleicher Qualifikation darf Begünstigten kein absoluter Vorrang eingeräumt werden. Vielmehr muss im konkreten Einzelfall eine objektive Beurteilung erfolgen, bei der die besondere persönliche Lage auch derjenigen berücksichtigt wird, die durch die Maßnahme nicht begünstigt werden. Darüber hinaus sind bei der Abwägung sowohl die Art der Position, Güter oder Leistungen als auch deren Zugänglichkeit auf dem freien Markt zu berücksichtigen.

1.3.2 Stärkere Verbindlichkeit positiver Maßnahmen

Die rechtstatsächliche Analyse der Praxis positiver Maßnahmen in Deutschland und Europa zeigt, dass Regelungen wie in § 5 AGG, die die Durchführung positiver Maßnahmen – lediglich – erlauben, geeignet sind, die erforderliche Rechtssicherheit im Hinblick auf einen möglichen Verstoß gegen Diskriminierungsverbote herzustellen. Sie allein reichen aber nicht aus, um nachhaltige Aktivitäten zum Abbau struktureller Diskriminierung und zur Verwirklichung von mehr Gleichstellung auszulösen. Zwar ist festzustellen, dass staatliche und private Akteure in Deutschland in einem gewissen Umfang positive Maßnahmen durchführen – meist ohne sich dabei auf § 5 AGG zu beziehen –, doch handelt es sich dabei häufig um Einzelprojekte, die auf einzelne Merkmale beschränkt sind.

An einem verbindlichen Rahmen für eine umfassende und tatsächliche Durchsetzung von Gleichberechtigung fehlt es – jenseits der Förderung

214 BT-Drs. 16/1780, S. 34.
215 *Hinrichs/Zimmer*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 5 Rn. 28.
216 EuGH v. 19.03.2002, Rs. 476/99 (Lommers), Slg. 2002, S. 2891.
217 EuGH v. 30.09.2004, Rs. 319/03 (Briheche), Slg. 2004, S. 8807.
218 EuGH v. 28.03.2000, Rs. 158/97 (Badeck), Slg. 2000, S. 1875, Rn. 52.

von Frauen[219] und von Menschen mit Behinderung[220] – bisher weitgehend.[221] Aus ähnlichen Erfahrungen heraus haben andere europäische Länder bereits Konsequenzen gezogen. Sie haben positive Maßnahmen betreffenden Regelungen einen verpflichtenderen Charakter gegeben.

1.3.3 Rechtliche Verpflichtung zur Schaffung positiver Maßnahmen

Das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (CERD) verpflichtet die Vertragsstaaten in Art. 1 Abs. 4 dazu, „besondere und konkrete Maßnahmen zu treffen, um die angemessene Entwicklung und einen hinreichenden Schutz bestimmter Rassengruppen oder ihnen angehörender Einzelpersonen sicherzustellen, damit gewährleistet wird, dass sie in vollem Umfang und gleichberechtigt in den Genuss der Menschenrechte und Grundfreiheiten gelangen“, wenn die Umstände dies rechtfertigen.[222]

---

219 In allen sechzehn Ländern sowie auf Bundesebene bestehen Gleichstellungsgesetze, die unterschiedliche positive Maßnahmen für Frauen und Menschen mit Behinderung enthalten. Frauenquoten z. B. in § 8 BGlG, § 8 LGG Berlin, § 7 LGG NRW, § 4 LGG Bremen; Frauenförder- oder Gleichstellungspläne z. B. in § 11 BGlB, § 4 LGG Berlin, § 6 LGG NRW, § 6 LGG Bremen. Das soldatenrechtliche Pendant zum Bundesgleichstellungsgesetz, das Soldatinnen- und Soldatengleichstellungsgesetz, enthält in §§ 7 Abs.1, 8 eine bereichsspezifische Quotenregelung.

220 Das neunte Buch des Sozialgesetzbuchs (SGB IX) enthält eine ganze Reihe verbindlicher Förderungspflichten für schwerbehinderte Menschen. Dazu gehören Beschäftigungspflichten für private Arbeitgeber*innen (§§ 71 ff. SGB IX), ein spezieller Kündigungsschutz (§§ 85 ff. SGB IX), Anspruch auf Zusatzurlaub (§ 125 SGB IX) und der Anspruch, bei innerbetrieblichen Maßnahmen der beruflichen Bildung bevorzugt berücksichtigt zu werden (§ 81 Abs. 4 Nr. 2 SGB IX). Ein weiteres Instrument ist die Integrationsvereinbarung, die nach § 83 SGB IX zwischen Arbeitgeber*innen und Schwerbehindertenvertretung zu treffen ist und die z. B. Regelungen zu einer anzustrebenden Beschäftigungsquote, einschließlich eines angemessenen Anteils schwerbehinderter Frauen enthalten kann. § 3 Abs. 2 Soldatengesetz enthält eine positive Maßnahme, wonach bei der Feststellung der Dienstfähigkeit sowie der Ernennungs- und Verwendungsentscheidung ein geringeres Maß an körperlicher Eignung verlangt werden kann.

221 Mit dem Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen wurde zum 1. Januar 2016 eine feste Geschlechterquote von 30 Prozent für neu zu besetzende Aufsichtsratsposten in börsennotierten und voll mitbestimmten Unternehmen geschaffen. Auf landesrechtlicher Ebene finden sich vereinzelt auch positive Maßnahmen zugunsten von Menschen mit Migrationshintergrund, z. B. in dem am 15.12.2010 verabschiedeten Partizipations- und Integrationsgesetz des Landes Berlin (PartIntG).

222 Nach der Allgemeinen Empfehlung 32 (2009) des CERD-Ausschusses bezieht sich diese Voraussetzung auf den ungleichen Genuss der Menschenrechte durch Personen und Gruppen im jeweiligen Mitgliedstaat und die daraus folgende Notwendigkeit, diese Ungleichheit zu korrigieren.

Auch die Behindertenrechtskonvention (CRPD) enthält in Art. 27 Abs. 1 h eine Verpflichtung zu positiven Maßnahmen. Demnach sichern und fördern die Mitgliedstaaten die Verwirklichung des Rechts auf Arbeit durch geeignete Schritte, einschließlich des Erlasses von Rechtsvorschriften, „um unter anderem die Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen im privaten Sektor durch geeignete Strategien und Maßnahmen zu fördern, wozu auch Programme für positive Maßnahmen, Anreize und andere Maßnahmen gehören können". Darüber hinaus verpflichtet die zentrale Implementierungsklausel in Art. 4 Abs. 1 der Konvention die Mitgliedstaaten dazu, die volle Verwirklichung aller Menschenrechte und Grundfreiheiten für alle Menschen mit Behinderungen ohne jede Diskriminierung aufgrund von Behinderung zu gewährleisten und zu fördern..[223]

Teile der Literatur ziehen in Zweifel, dass § 5 AGG mit den Vorgaben der Richtlinien vereinbar ist, da der deutsche Gesetzgeber damit nicht selbst positive Maßnahmen ergriffen hat, sondern Privaten lediglich die Möglichkeit eingeräumt hat, dies zu tun.[224] Auch wenn es zutrifft, dass die Richtlinien „die Mitgliedstaaten" adressieren, überzeugt das Argument nicht. Richtlinien sind gem. Art. 288 AEUV nur hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlassen aber den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel. Den damit eingeräumten Spielraum hat der deutsche Gesetzgeber durch die Delegation auf Private nicht über-, aber auch nicht unterschritten. Darüber hinaus ist die in § 5 AGG gewählte Lösung nicht nur aus Sicht Privater das mildere Mittel, sondern verspricht angesichts der größeren Sachnähe auch die besseren Lösungen.[225]

Vonseiten der Antidiskriminierungsberatung werden positive Maßnahmen als „sehr wichtig"[226] eingeschätzt, es sollte etwas dazukommen das „... eben nicht darauf baut, dass sich ein Individuum irgendwie prozessual zur Wehr setzt".[227] Man sieht die Notwendigkeit „... viel mehr Unterstützung zu geben auch in der Hinsicht positiver Maßnahmen".[228] Dies wird aus ihrer Sicht „... nicht alleine genügen, um strukturelle Verände-

223 Zum Innovationspotenzial der UN-Behindertenrechtskonvention vgl. Bielefeldt im gleichnamigen Essay, 2009.
224 Annuß, BB 2006, S. 1629 (1634); Kamanabrou, RdA 2006, S. 321 (333); Schlachter, ZESAR 2006, S. 391 (397). Vgl. auch MüKo-Thüsing, § 5 AGG, Rn. 2.
225 So im Ergebnis: Burg, Positive Maßnahmen, 2009, S. 45; *Hinrichs/Zimmer*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 5 Rn. 16; Schiek-*Schiek*, AGG, 2007, § 5 Rn. 11.
226 Fokusgruppe Berater*innen Hannover 07.03.2016, S. 65 = Audio [2:33:13].
227 Ebd.
228 Ebd.

rungen zu bewirken". Die sei „... nicht ohne größer angelegte Präventionsprogramme" möglich.[229]

Beispiele aus anderen EU-Ländern deuten darauf hin, dass „proaktive Gleichstellungsmodelle bei der Bekämpfung von systemischer und struktureller Diskriminierung eindeutig wirksamer sind"[230] als die juristische Bearbeitung von Diskriminierungsvorfällen. Gesetzliche Gleichbehandlungsverpflichtungen, auch als „vierte Generation der Gleichbehandlungsgesetzgebung bezeichnet, stellen eine Fortführung, Systematisierung und Verstetigung positiver Maßnahmen dar, die auf eine ausdifferenzierte rechtliche Grundlage gestellt werden.

So verfolgen die 1998 in Nordirland mit dem *Northern Ireland Act* eingeführten *statutory duties on public authorities*[231] das Ziel, Gleichstellung in alle institutionellen Abläufe der Verwaltung einzubinden und somit zur Querschnittsaufgabe zu machen. Entsprechende Überlegungen sollen nach dem Willen des Gesetzgebers systematisch in die Entwicklung von Entscheidungen und Maßnahmen eingebunden sein und auf diesem Weg Diskriminierung präventiv vermeiden. Folglich sind Behörden verpflichtet, Gleichbehandlungsprogramme aufzulegen. Das Gesetz bezieht neben der Religion auch Geschlecht, ethnische Herkunft, Alter, Behinderung, Familienstand und sexuelle Orientierung mit ein. Die Nordirische Menschenrechtskommission hat das Mandat, die gesetzliche Grundlage zu überwachen.

2010 wurden vergleichbare *public sector duties* mit dem *Equality Act* auch in Großbritannien verankert. Danach muss die öffentliche Hand Diskriminierungen, Belästigungen und Viktimisierungen beseitigen und ist verantwortlich dafür, Chancengleichheit für die im Gesetz genannten Gruppen voranzubringen.[232] Die *Equality and Human Rights Commission* (EHRC) ist in Großbritannien die für die Überwachung zuständige Stelle. Die Kommission bietet neben der Aufarbeitung der umfassenden Rechtsgrundlagen auch Informationen und Hilfestellungen zur Umsetzung der Gleichbehandlungspflichten an.[233] Die im Gesetz definierten öffentlichen

229 Ebd.
230 *Henrard*, Gleiche Rechte oder Sonderrechte? Der Minderheitenschutz und das Diskriminierungsverbot, 2007, S. 34
231 http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/47/pdfs/ukpga_19980047_en.pdf [17.7.2016].
232 Siehe: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/section/149 [17.07.2016].
233 https://www.equalityhumanrights.com/en/advice-and-guidance/public-sector-equality-duty [17.07.2016].

Institutionen sind verpflichtet, Gleichstellungsprogramme zu entwickeln und umzusetzen. Diese sollen zu erreichende Ziele – beispielsweise bezüglich der Diversität der Belegschaft und der Repräsentanz von Minderheitengruppen in allen Hierarchiestufen – festschreiben, konkrete Maßnahmen zur Gleichstellung der geschützten Gruppen benennen und darlegen, wie diese Maßnahmen evaluiert werden. Indikatoren zur transparenten und dokumentierten Auswertung sollen entwickelt werden und im Rahmen der Evaluierung genutzt werden, über die alle zwei Jahre bei der jeweils zuständigen Stelle Bericht zu erstatten ist. Durch die weitgehende Erlaubnis der Erhebung von Daten bezüglich Diskriminierung und gesellschaftlicher Benachteiligung können Gleichstellungsberichte in Großbritannien mit umfassenden Daten untermauert werden.[234]

Mit dem *Irish Human Rights and Equality Commission Act* 2014[235] wurde der *Irish Human Rights and Equality Commission* (IHREC) die Aufgabe übertragen, *public sector duties* zu überprüfen. Diese gelten insbesondere für die kommunale Verwaltung, die Gesundheitsdienste, die Universitäten und andere Ausbildungseinrichtungen.[236] Die *public sector duties* zielen darauf ab, auf Diskriminierung nicht nur reaktiv zu reagieren, sondern präventiv und auf institutioneller Ebene vorzubeugen. Öffentliche Institutionen sind demnach verpflichtet, Gleichbehandlung zu fördern und die im Gesetz benannten Gruppen vor Diskriminierung zu schützen. Zu den zentralen Aufgaben gehören: Die Beseitigung von Diskriminierung, die Förderung von Chancengleichheit und die Gleichbehandlung der Mitarbeitenden sowie der Personen, denen die jeweilige Stelle Dienste anbietet. Auch politische Entscheidungen, Dienstleistungen und interne Regelungen fallen unter diese Verpflichtung. Zur Absicherung der Umsetzung der Gleichbehandlungspflicht soll die IHREC Richtlinien und Verhaltensregeln erlassen.[237] Im Falle der Nichtumsetzung kann die Kommission eine gerichtliche Überprüfung einleiten.[238]

234 Ausführlich: *Supik*, Statistik und Rassismus, Campus Forschung, 2014.

235 http://www.irishstatutebook.ie/eli/2014/act/25/enacted/en/html [17.07.2016].

236 Equality & Rights Alliance, A New Public Sector Equality & Human Rights Duty, März 2015, S. 6.

237 http://www.irishstatutebook.ie/eli/2014/act/25/section/42/enacted/en/html#sec42 [17.07.2016]. So ordnete im September 2014 beispielsweise die Vorsitzende der IHREC Emily Logan an, dass alle kommunalen Verwaltungen verpflichtet sind, Stellplätze für irische Fahrende unter angemessenen Bedingungen zur Verfügung zu stellen. Das Angebot solcher Stellplätze wird laut Emily Logan jährlich geringer und führt zu unmenschlichen Wohnbedingungen für die irischen Fahrenden. http://www.ihrec.ie/news/2015/10/23/statement-by-the-irish-human-rights-and-equality-c/ [17.07.2016].

238 Equality & Rights Alliance, A New Public Sector Equality & Human Rights Duty, März 2015, S. 10ff.

2. Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz

2.1 Sachlicher Anwendungsbereich

2.1.1 § 2 Abs. 1 Nr. 3 (Berufsberatung, Berufsbildung)

Dem Reformgesetzgeber ist zu einer Klarstellung dahingehend zu raten, dass § 11 AGG auf alle relevanten Arten von Ausschreibungen zur Anwendung kommt, um die Indizwirkung zu bekräftigen. § 11 AGG findet lediglich auf Ausschreibungen eines Arbeitsplatzes Anwendung. Eine Änderung hätte zur Folge, dass Ausschreibungen von z. B. Weiterbildungen sowie Fortbildungsmaßnahmen erfasst werden.

Benachteiligungen aus einem in § 1 AGG genannten Grund sind nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 AGG unzulässig in Bezug auf den Zugang zu allen Formen und Ebenen der Berufsberatung, der Berufsbildung einschließlich der Berufsausbildung, der beruflichen Weiterbildung und der Umschulung sowie der praktischen Berufserfahrung. Die in § 2 Abs. 1 Nr. 3 AGG gewählte Formulierung lehnt sich nahezu wörtlich an Art. 3 Abs. 1 lit. b RL 2000/78/EG, Art. 3 Abs. 1 lit. b RL 2000/43/EG und Art. 1 lit. a RL 2006/54/EG an.[239] Das Benachteiligungsverbot bezieht sich auf Phasen, die vor Eintritt in ein Ausbildungsverhältnis, aber auch während des Ausbildungsverhältnisses zum Zwecke der Qualifizierung absolviert werden. Erfasst ist zudem die Berufsberatung bei privaten und öffentlichen Trägern. In der systematischen Gesamtschau der anderen Merkmale des § 2 Abs. 1 Nr. 3 AGG ist der Begriff der Berufsbildung weit zu fassen.[240] Erfasst sind daher die berufliche Bildung einschließlich ihrer schulischen und betrieblichen Teile sowie sämtliche Formen der betrieblichen Aus- und Weiterbildung entsprechend dem betriebsverfassungsrechtlichen Begriff der Berufsbildung.[241] Der Anwendungsbereich erstreckt sich auch über das Arbeitsrecht hinaus auf Bildungsangebote öffentlicher sowie privater Rechtsträger.[242] Zu nennen sind schließlich noch alle Formen der Ermöglichung berufsprak-

239 „(...) den Zugang zu allen Formen und Ebenen der Berufsberatung, der Berufsausbildung, der beruflichen Weiterbildung, der Umschulung einschließlich der praktischen Berufserfahrung".

240 *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, § 2 Rn. 45; *Joussen/Husemann/Mätzig*, RdA 2014, S. 279 (281).

241 MüKo-*Thüsing*, § 2 AGG, Rn. 12.

242 Für Anwendbarkeit gegebenenfalls auf private Rechtsträger, *Bauer/Krieger*, AGG, § 2, Rn. 32.

tischer Erfahrungen wie Praktikum,[243] Volontariat, Traineeprogramm sowie die Berufsausbildung, die Fortbildung und die Umschulung.[244] Der Bereich der Hochschulbildung fällt hinsichtlich der Bedingungen während des Studiums nach Rechtsprechung des EuGH zur Rahmenrichtlinie nicht unter § 2 Abs. 1 Nr. 3 AGG.[245] Dieser Punkt ist von erheblicher Relevanz angesichts der Tatsache, dass einer EU-weiten Studie zufolge[246] mehr als jede zweite Studentin in Deutschland (54,7 Prozent) während der Zeit des Studiums sexuell belästigt wurde, wobei ein Drittel der Übergriffe aus dem Umfeld der Hochschule kam. Studierende sind unzureichend vor Diskriminierung geschützt.[247]

Zum Zwecke der Fortbildung von Mitarbeiter*innen werden in großen Unternehmen und Konzernen zum Teil eigene Abteilungen eingerichtet. Dabei steht neben der Fortbildung auch die Förderung bestimmter Gruppen im Vordergrund.[248] Zudem fordern BDA[249] und Gewerkschaften[250] für Asylsuchende mit hoher Bleibeperspektive und Geduldete einen besseren Zugang zu Ausbildung und Berufsausbildung sowie den Ausbau des berufsbezogenen Sprachunterrichts. Diese Beispiele verdeutlichen, dass der Bereich Aus- und Fortbildung mit hoher Wahrscheinlichkeit an Bedeutung gewinnen wird. Entsprechend ist ein besonderes Augenmerk auf die Frage zu richten, inwieweit das AGG im Rahmen seines Anwendungs-

243 Zu Volontariaten und Praktika ausdrücklich *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 2 Rn. 38 sowie § 6 Rn. 7; *v. Roetteken*, AGG, § 2 Rn. 27.

244 ErfK-*Schlachter*, § 2 AGG, Rn. 11.

245 Ausführlich zum sachlichen Anwendungsbereich *Kocher/Porsche*, Sexuelle Belästigung im Hochschulkontext – Schutzlücken und Empfehlungen, 2015, S. 15. f., „In anderem Zusammenhang hat der EuGH bereits entschieden, dass der Begriff der Berufsausbildung im Recht der EU in aller Regel das Hochschulstudium erfasst." Damit wende der Gerichtshof den unionsrechtlichen Begriff der Berufsausildung zu Recht über den Anwendungsbereich des deutschen BBiG hinaus an. Das Hochschulstudium könne zwar unter den Begriff Berufsausbildung des § 2 Abs. 1 Nr. 3 AGG fallen, allerdings sei der Anwendungsbereich auf den Zugang zu einem Studium beschränkt, Dies., ebd., S. 19.

246 Gender-Based Violence, Stalking and Fear Crime – EU-Projekt 2009–2011, Befragung von mehr als 21.500 Studentinnen, abrufbar unter: www.gendercrime.eu [13.12.2015].

247 *Liebscher*, Zero Tolerance, in: Zentrale Frauenbeauftragte der FU Berlin, Wissenschaftlerinnenrundbrief 1/2015, S. 15–18.

248 *Joussen/Husemann/Mätzig*, RdA 2014, S. 279 (280), die auf Fortbildungen mit dem Ziel der Förderung hinweisen. Fortbildungsangebote, die nur jungen Mitarbeiter*innen offenstehen, z. B. *Young Professionals Circle* für junge Talente, WAZ Mediengruppe.

249 BDA Presse – Information Nr. 046/2015, 30.09.2015. Deutscher Arbeitgebertag, Rede von Arbeitgeberpräsident Ingo Kramer, S. 4 – abrufbar unter: www.arbeitgeber.de [12.12.2015].

250 Siehe nur IG Metall, Flüchtlinge und Arbeitsmarkt, Prekarität verhindern – Perspektiven für alle schaffen, Informationen zur Sozialpolitik Nr. 31, September 2015, S. 2 – abrufbar unter: www.igmetall.de [12.12.2015].

bereichs gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 AGG vor Diskriminierung im Bereich der beruflichen Weiterbildung und Umschulung schützt.

Aus dem zweiten gemeinsamen Bericht der Antidiskriminierungsstelle des Bundes geht hervor, dass älteren Beschäftigten die Teilnahme an Fortbildungen häufig versagt wird.[251] Dabei wird nicht nur auf den Fördergedanken abgestellt. Arbeitgeber*innen investieren tendenziell in Beschäftigte, bei denen sich dies „finanziell lohnt". Nach Ausführungen der Antidiskriminierungsstelle des Bundes lassen sich beim Zugang zur betrieblichen Fort- und Weiterbildung Benachteiligungen bezogen auf Geschlecht, Alter, Rassismus und ethnische Herkunft, Behinderung und sexuelle Identität nachweisen.[252] Die mit Richter*innen geführten Interviews ergeben, dass bisher keine einschlägigen Fälle aus der gerichtlichen Praxis bekannt sind.[253] Allerdings gehen die Einschätzungen auseinander, was die zukünftige Relevanz des Themas angeht: Einzelne Interviewte befürchten auch zukünftig keine Schwierigkeiten.[254] Andere verweisen auf Jugendliche mit Migrationshintergrund, die bereits aktuell große Schwierigkeiten bei der Suche nach einem Ausbildungsplatz haben. Daraus wird die Erwartung abgeleitet, dass diese Personengruppe aufgrund gesellschaftlicher Vorurteile tendenziell auch von Benachteiligungen bei der Weiterbildung betroffen sein könnte.[255] Daneben konstatieren Interessenverbände geringe praktische Relevanz. Ein Verband bekräftigt, dass Unternehmer*innen insbesondere im Zusammenhang mit dem zunehmenden Fachkräftemangel ein sehr großes Interesse an Aus- und Weiterbildung haben – „Da wären Benachteiligungen kontraproduktiv".[256]

Machen zum Beispiel Arbeitgeber*innen Werbung für eine Fortbildungsmaßnahme unter Hinweis auf einen „*Young Professionals Circle* für junge Talente" und bewirbt sich eine ältere Beschäftige darauf, die vonseiten der Arbeitgeber*innen kommentarlos abgelehnt wird, kann sie grundsätzlich einen Entschädigungsanspruch nach dem AGG geltend machen. Nicht eindeutig beantwortet werden kann die Frage, ob die Werbung für eine Fortbildungsveranstaltung unter Ausschluss ei-

251 BT-Drs. 17/14400, S. 267 f.
252 BT-Drs. 17/14400, S. 265 ff.
253 Interview #1, 14.03.2016, S. 8 = Audio [0:22:09]; Interview #2, 21.03.2016, S. 12 = Audio [0:23:25]; Interview #9, 27.04.2016, S. 10 = Audio [0:21:35]. Interview #10, 17.05.2016, S. 7 = Audio [0:11:49].
254 Schriftliches Interview Verbände Nr. 3, S. 3.
255 Interview #2, 21.03.2016, S. 12 = Audio [0:23:25] und [0:23:27].
256 Schriftliches Interview Verbände Nr. 1, S. 2.

ner vom AGG geschützten Gruppe (hier: ältere Berufstätige) ein Indiz im Sinne des § 22 AGG darstellt. Dies ist mit Rückgriff auf die benachteiligende Stellenbeschreibung gemäß § 11 AGG wohl zu bejahen.[257] Jedoch löst ein Verstoß gegen § 11 AGG keine materiell-rechtlichen Folgen aus, sondern zieht lediglich die Vermutungsregelung des § 22 nach sich.[258] Die Tatsache, dass die beschriebene Fallkonstellation lediglich die Wertung des § 11 AGG für die Rechtsfolge des § 22 AGG heranzieht, dürfte in der Rechtspraxis zu Rechtsunsicherheit führen. Um die Indizwirkung zu bekräftigen, erscheint daher die Klarstellung ratsam, dass § 11 AGG auch auf nicht AGG-konforme Werbung für Fortbildungsmaßnahmen bzw. auf alle relevanten Ausschreibungen Anwendung findet. Die Relevanz bezieht sich auf die in den Richtlinien genannten Formen der Berufsberatung und Berufsausbildung.

2.1.2 § 2 Abs. 1 Nr. 4 (Gewerkschaftsmitglieder)

Beschäftigten- oder Arbeitgeber*innenvereinigungen sowie Vereinigungen, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören, wird geraten, ihre Satzungen dahingehend zu überprüfen, ob ein diskriminierungsfreier Zugang zu Mitgliedschaft und Mitwirkung gewährleistet wird.

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 AGG sind Benachteiligungen unzulässig in Bezug auf die Mitgliedschaft und Mitwirkung in einer Beschäftigten- oder Arbeitgeber*innenvereinigung oder einer Vereinigung, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören. Dies schließt die Inanspruchnahme von Leistungen solcher Vereinigungen ein. Derzeit sind weder einschlägige Klagen noch Beschwerden und daher auch nur ganz vereinzelt praktische Probleme bekannt.[259]

Eine praktische Relevanz könnte sich vor allem dann ergeben, wenn es Menschen ohne Aufenthaltstitel mit Verweis auf die Satzung einer Gewerkschaft versagt wird, ihr Mitglied zu werden. Zwar steht es grundsätzlich allen sich in Deutschland aufhaltenden Menschen frei, Mitglied einer Gewerkschaft zu werden. Voraussetzung für einen Mitgliedsantrag ist laut Satzung jedoch häufig die Angabe von Arbeitsplatz und Wohnort. Dies ist für Illegalisierte, die ihren Lebensunterhalt in Deutschland

257 *Joussen/Husemann/Mätzig*, RdA 2014, S. 279 (282).
258 So jedenfalls *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 11 Rn. 25; a. A. *v. Roetteken*, AGG, § 11 Rn. 6, 19a.
259 *Däubler*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 2 Rn. 37 und 41, der insbesondere als Argument den Mitgliederschwund heranzieht, um umgekehrt zu verdeutlichen, warum ein diskriminierungsfreier Zugang wohl ermöglicht wird.

meist unterhalb der arbeitsrechtlichen Mindeststandards bestreiten und ihre Arbeitgebenden nicht angeben wollen oder können, kaum möglich. Die Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft kann für diese Personengruppe ein wichtiges Mittel sein, ihre Interessen unter Nutzung bestehender gewerkschaftlicher Strukturen kollektiv zu bündeln. Rechtspolitisch besteht hier Handlungsbedarf. Die Mitgliedschaft an die Angabe des Wohnortes und die Bekanntgabe des/der Arbeitgeber*in zu knüpfen, kann eine mittelbare Diskriminierung aufgrund ethnischer Herkunft darstellen und bestimmte Personengruppen von Gewerkschaften fernhalten. Daneben steht die Freiheit zur Gründung einer merkmals homogen zusammengesetzten Vereinigung, die von der kollektiven Koalitionsfreiheit gedeckt ist. Dennoch sollte sich der Schutzgedanke des Antidiskriminierungsrechts konsequent auf Teilhabemöglichkeiten bei Gewerkschaften erstrecken. Dafür ist eine diskriminierungsfreie Ausgestaltung des Satzungsrechts eine wichtige Voraussetzung.

2.1.3 § 2 Abs. 2 Satz 2 AGG (Betriebliche Altersversorgung)

Im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung sollte eine sprachliche Konkretisierung in § 2 Abs. 2 Satz 2 AGG erfolgen. Dies könnte durch die Verwendung des Begriffs „auch“ oder ähnliche Wörter erfolgen, die dem Nebeneinander der Regelungen aus dem Betriebsrentengesetz (BetrAVG) und AGG klaren Ausdruck verleihen.[260]

Nach § 2 Abs. 2 Satz 2 AGG soll für die betriebliche Altersversorgung das Betriebsrentengesetz gelten. Die Regelung hat lediglich Hinweischarakter, enthält jedoch keine Bereichsausnahme,[261] wonach die betriebliche Altersversorgung aus dem Anwendungsbereich des AGG ausgenommen ist. Diese sollte nach dem Willen des Gesetzgebers[262] durch die in § 2 Abs. 2 Satz 2 AGG formulierte Klarstellung auch nicht erfolgen.[263] Danach soll ausschließlich das Betriebsrentengesetz anwendbar sein, hier finden sich jedoch weder Regelungen über Diskriminierungsverbote noch zu Recht-

260 So zu Recht *Beckmann*, Das Betriebsrentenrecht im Lichte des AGG, S. 64, der betont, dass dem reinen Gesetzeswortlaut zufolge auf das Betriebrentenrecht (wohl) nur das BetrAVG und somit gerade nicht (überhaupt nicht?) das AGG Anwendung finden soll.

261 *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, § 2 Rn. 52.

262 BT-Drs. 16/1780, S. 32.

263 BAG v. 11.12.2007 – 3 AZR 249/06 –, juris, Rn. 25; das BAG hat mit der Entscheidung vom 11.12.2007 für eine Klärung gesorgt. Es erfolgte eine Klarstellung zum Verhältnis des AGG und BetrAVG. Dem Meinungsstreit in der Literatur zur konkreten Auslegung des § 2 Abs. 2 Satz 2 AGG wurde ein – zumindest vorläufiges – Ende gesetzt, *Beckmann*, a. a. O., S. 70.

fertigungsgründen.[264] Da die Anforderungen unterschiedlicher Richtlinien beachtet werden müssen, ist ein Ausschluss der Anwendung des AGG richtlinienwidrig.[265] Mittlerweile haben zunächst das BAG und schließlich der EuGH klargestellt, dass die gesetzlichen Regelungen des BetrAVG, die denen des AGG vorgehen sollen, seit dem Ablauf der Umsetzungsfrist der Rahmenrichtlinie am 2. Dezember 2006 vielmehr unmittelbar an der Richtlinie zu messen sind.[266] § 2 Abs. 2 Satz 2 AGG wird dadurch nicht gegenstandslos, vielmehr behält diese Bestimmung als Kollisionsregel ihre Bedeutung. Wenn und soweit das BetrAVG bestimmte Ungleichbehandlungen enthält, die einen Bezug zu den in § 1 AGG genannten Kategorien haben, hat das AGG keinen Vorrang, sondern es verbleibt bei der Regelung des BetrAVG.[267] Das BetrAVG knüpft zum Beispiel in seinen Reglungen zur Unverfallbarkeit an die Kategorie Alter an.[268] Es bleibt dann bei den älteren Regelungen im Betriebsrentengesetz. Soweit jedoch Regelungen in Versorgungsordnungen benachteiligenden Charakter haben können und das Betriebsrentengesetz hierzu keine Lösungen anbietet, findet das AGG im Bereich betriebliche Altersversorgung Anwendung. So ist bei einzelnen Durchführungswegen der betrieblichen Altersversorgung zu fragen, ob gegen eine der in § 1 AGG genannten Kategorien verstoßen wird.

Mit den Herausforderungen des demografischen Wandels nimmt die Bedeutung der betrieblichen Altersversorgung im Gesamtkonstrukt der Versorgungsleistungen im Alter, in Fällen der Invalidität und des Todes einen immer höheren Stellenwert ein. Umso klarer formuliert sollten in diesem Zusammenhang stehende gesetzliche Regelungen sein.

2.1.4 § 2 Abs. 4 AGG (Diskriminierungsschutz bei Kündigungen)

§ 2 Abs. 4 AGG ist ersatzlos zu streichen.[269] Danach gelten für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen des allgemeinen und besonderen

264 Die Regelung des § 2 Abs. 2 Satz 2 AGG als widersprüchlich bezeichnend *Huke/Schütt*, JbArbR 2007, Bd. 44, S. 61 (64); zu den Umsetzungsmängeln ausführlich auch *v. Roetteken*, AGG, § 2 Rn. 59 ff.

265 *Schrader/Schubert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 2 Rn. 137. Ausführlich zum Verstoß einer Bereichsausnahme gegen den in Art. 157 AEUV normierten Grundsatz des gleichen Entgelts bei gleicher und gleichwertiger Arbeit, *Beckmann*, a. a. O., S. 64 ff.

266 So zur Regelung des § 2 Abs. 1 BetrAVG: BAG v. 19.07.2011– 3 AZR 434/09 –, juris Rn. 40; zum Systemverständnis ebenfalls: EuGH v. 19.01.2010 – Rs. C-555/07 (Kücükdeveci) –, juris Rn. 44 ff; Beckmann, a. a. O., S. 74.

267 BAG v. 15.11.2011 – 3 AZR 869/09 –, juris Rn. 58; BAG v. 11.12.2007 – 3 AZR 249/09 –, juris Rn. 25; BAG v. 14.01.2009 – 3 AZR 20/07 –, juris Rn. 15.

268 *Beckmann*, a. a. O., S. 74.

269 *Liebscher/Klose*, a. a. O., 2014, S. 15.

Kündigungsschutzes. Dies verstößt eindeutig gegen die einschlägigen EU-Richtlinien.[270] Nach unionsrechtlichen Vorgaben ist es nicht erlaubt, Kündigungen vom Diskriminierungsschutz auszunehmen. Im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH hat das BAG bereits in der Entscheidung vom 6. November 2008 klargestellt, dass die Diskriminierungsverbote des AGG im Wege der Interpretation des Begriffs der Sozialwidrigkeit (§ 1 KSchG) auch bei Kündigungen zu berücksichtigen sind.[271] Unabhängig von ihrer Europarechtswidrigkeit ist die Stellung der Vorschrift systematisch verfehlt.[272] Da § 2 Abs. 4 AGG im allgemeinen Teil steht und damit nicht ausschließlich dem arbeitsrechtlichen Abschnitt des AGG zuzurechnen ist, könnte aus systematischen Gesichtspunkten von einer Anwendung der Vorschrift auch auf Kündigungen eines Mietvertrages (§§ 19 ff. AGG) ausgegangen werden.[273]

Nach Auffassung eines interviewten Richters am Landesarbeitsgericht stellt § 2 Abs. 4 AGG die „dogmatisch größte und bedeutendste Baustelle“ im Gesetz dar. Die Gerichte hätten hier aber „eine zufriedenstellende Lösung“ gefunden.[274] Für eine bessere Verzahnung des AGG mit dem Kündigungsschutz spricht sich der DGB aus und fordert folgende Klarstellung: Eine Kündigung, die gegen das AGG verstößt, ist unwirksam;[275] § 2 Abs. 4 AGG sei jedenfalls zu streichen.

---

270 *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, § 2 Rn. 58; *Schleusener*, in: Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, § 2 Rn. 29.

271 BAG v. 06.11.2008 – 2 AZR 523/07 –, juris, Rn. 29 ff.; ebenso BAG. v. 22.10.2009 – 8 AZR 642/08 –, juris Rn. 15 f.; BAG v. 5.11.2009 – 2 AZR 676/08 –, juris Rn. 24; von einer Europarechtswidrigkeit sei auszugehen Müko-*Thüsing*, § 2 AGG, Rn. 17; *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 2 Rn. 60 ff.; Zudem hat sich das BAG v. 19.12.2013 (– 6 AZR 190/12 – Rn. 22 ff.) der Auffassung angeschlossen, dass § 2 Abs. 4 AGG Kündigungen während der Wartezeit von vornherein nicht erfasst, vgl. nachfolgend LAG Baden-Württemberg v. 17.03.2014 - 1 Sa 23/13 –, juris Rn. 40; BAG v. 26.03.2015 – 2 AZR 237/14 –, juris Rn. 31; BAG v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12 –, juris Rn. 14, 18, 22). Als nicht überzeugend bewerten hingegen *Bauer/Krieger*, AGG, § 2 Rn. 59 das Auslegungsergebnis des BAG. Dies stehe im Widerspruch zur erklärten Absicht des Gesetzgebers, den Bereich der Kündigungen ausschließlich dem sachnäheren Kündigungsschutzgesetzrecht zuzuordnen. *Benecke* hingegen betont, dass diskriminierende Kündigungen immer unwirksam sind und zur Entschädigung und ggf. zum Schadensersatz berechtigen. Und zwar auch dann, „wenn eigentlich kein Kündigungsgrund bzw. soziale Rechtfertigung gegeben ist und auch dann, wenn kein Kündigungsschutz greift.“ AuR 1/2016, S. 9 (14).

272 MüKo-*Thüsing*, § 2 AGG, Rn. 16.

273 MüKo-*Thüsing*, § 2 AGG Rn. 16, der eine Anwendbarkeit des § 2 Abs. 4 AGG auch auf §§ 19 ff. AGG im Ergebnis freilich verneint.

274 Interview #1, 14.03.2016, S. 20 = Audio [1:06:35].

275 Schriftliches Interview Verbände Nr. 4, S. 10.

Europarechtlich gilt das Gebot der wirksamen Umsetzung von Richtlinien in nationales Recht, so dass eine Transparenz im Gesetzeswortlaut darüber herzustellen ist, welche Regelungen genau zur Anwendung kommen, und welche nicht. Die durch die deutsche Rechtsprechung unternommene bloße europarechtskonforme Auslegung des § 2 Abs. 4 AGG genügt insofern hier nicht. Über eine Streichung des § 2 Abs. 4 AGG hinaus könnte die Klarstellung, dass Kündigungen, die gegen das AGG verstoßen unwirksam sind, in § 7 AGG als möglicher neuer Absatz ergänzt werden.

2.2 Persönlicher Anwendungsbereich

2.2.1 § 6 Abs. 3 AGG (Selbstständige)

Beim Diskriminierungsschutz für Selbstständige bestehen Schutzlücken zum einen dort, wo die Gesetzgebungszuständigkeit für bestimmte Berufe bei den Ländern liegt; diese zu schließen ist Aufgabe der Landesgesetzgeber. Der AGG-Gesetzgeber sollte zum anderen auch Selbstständige in spezifisch öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen erfassen, z. B. Lehrbeauftragte, die bisher nicht über § 24 AGG den Schutzregelungen des AGG unterworfen werden. Schließlich bleibt je nach Konstellation eine Schutzlücke bei längerfristigen und die Selbstständigkeit maßgeblich ausmachenden privatrechtlichen Vertragsverhältnissen von Selbstständigen, die z. B. als „freie Mitarbeiter*innen“ arbeiten.

Die rechtstatsächliche Entwicklung der vergangenen Jahre hat zu einer Vielzahl von legalen selbstständigen Statuskonstellationen geführt. In der Literatur wird diskutiert, ob durch Formen neuer Selbstständigkeit arbeitsrechtlicher Schutz abgebaut wird.[276] Wie die bei der ADS gesammelten Beschwerden zeigen, gibt es Diskriminierungen beim Einsatz von selbstständig

276 Siehe die Beiträge in: Industrielle Beziehungen, Heft 2/2016.

Tätigen sowohl bei der Frage des Zugangs zur Tätigkeit[277] als auch ihrer Ausübung.[278]

Der Bund hat nicht für alle Formen von Selbstständigkeit eine Gesetzgebungskompetenz. Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts kann daran nichts ändern.[279] Wo die Kompetenz des Bundes endet, endet die Reichweite von § 6 Abs. 3 AGG. Eine entsprechende Anwendung der arbeitsrechtlichen AGG-Normen ist nicht möglich. Für manche personellen Bereiche der Selbstständigen sind die Länder zuständig. Darin wird eine mangelnde Umsetzung der Richtlinie(n) gesehen.[280]

Nach den Regeln der konkurrierenden Gesetzgebung hat der Bund die Kompetenz für das Arbeitsrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG); dies umfasst die Beschäftigten. Für die Organmitglieder ergibt sich die Regelungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, für zivilrechtliche Dienstverhältnisse bei kirchlichen und anderen Arbeitgeber*innen des § 9 AGG besteht die Regelungskompetenz des Bundes gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG ebenso wie die Zuständigkeit für Rechtsanwält*innen, Notar*innen und andere rechtsberatende Berufe. Die gleiche Regelungszuständigkeit ergibt sich für Selbstständige in den Bereichen Bergbau, Industrie, Energiewirtschaft, Handwerk, Gewerbe, Handel, Bank und Börsenwesen, privatrechtliches Versicherungswesen und für Apotheker*innen (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG). Bei diesen Gruppen sind sowohl der Zugang zum Beruf als auch die Berufsausübung bundesrechtlich geregelt, ebenso der Zugang zu einer Berufsvertretung. Vertreter*innen freier Berufe gehö-

277 So sind bei der ADS in zehn Jahren 128 Beratungsfälle zum Thema „selbstständige Beschäftigung" registriert worden. Häufig handelte es sich um Beschwerden wegen Altersdiskriminierung, aber auch Benachteiligungen wegen des Geschlechts, der nationalen oder ethnischen Herkunft, eines ausländischen Akzents oder auch nur eines anderen regionalen innerdeutschen Dialekts, der sexuellen Orientierung, der Religion sowie wegen Behinderung wurden berichtet. In der Mehrheit der Fälle ging es um den Zugang zu einer selbstständigen Tätigkeit, aber auch um deren Beendigung etwa als Honorarkraft, freie Mitarbeiter*in, selbstständige Lehrer*in oder Handelsvertreter*in; thematisiert wurden Lehraufträge bei Weiterbildungen sowie Auftrags- und Vertragsbewerbungen.

278 Beschwerden über Diskriminierungen bezüglich Arbeitsbedingungen oder Bezahlung finden sich unter den von der ADS gesammelten Beschwerden von Selbstständigen seltener, und vor allem in Kombination mit ausländischer Staatsangehörigkeit. Von nicht-deutschen Selbstständigen wurden demnach besondere bürokratische Nachweise gefordert oder es wurde ihnen die Verwendung von als diskriminierend empfundenen Qualifikationsbezeichnungen vorgeschrieben. Beschwerden gab es vereinzelt auch über geringere Bezahlung und verweigerte Übertragung attraktiverer Aufgaben wegen des (weiblichen) Geschlechts.

279 *V. Roetteken*, AGG, § 6 Rn. 4.

280 *V. Roetteken*, AGG, § 6 Rn. 4.

ren jedoch nicht zu den Gewerbetreibenden, deshalb sind Regelungen für freiberuflich tätige Architekt*innen und Ingenieur*innen nicht von der bundesrechtlichen Kompetenz erfasst, ebenso wenig wie Regelungen für Landwirt*innen, die sämtlich in die Landeskompetenz fallen.[281]

Bei ärztlichen und anderen Heilberufen, die eine große Anzahl von Einzelberufen umfassen, beschränkt sich die Bundeskompetenz auf die Zulassung zum Beruf einschließlich der Bedingungen für den Widerruf einer Berufserlaubnis (Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG). Die Ausübung dieser Heilberufe wird also vom AGG mangels Bundeskompetenz nicht erfasst. Auch hier müssten die Länder regeln. Dies betrifft ebenso den Zugang zu entsprechenden Berufskammern der Heilberufe und den Zugang zu berufsständischen Versorgungswerken.[282] Berufsständische Versorgungswerke für rechtsberatende Berufe unterfallen wiederum der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG.

Vorrangige Abgrenzungskriterien zwischen einem Arbeitsverhältnis und echter Selbstständigkeit sind der Grad der persönlichen Abhängigkeit und die Eingliederung in die Arbeitsorganisation, die im Einzelnen von der Rechtsprechung weiter ausdifferenziert wurden.[283] Arbeitnehmerähnliche Personen, die formal eigentlich Selbstständige sind, fallen wegen ihrer großen wirtschaftlichen Abhängigkeit von im Wesentlichen einem einzigen oder hauptsächlichen Auftraggeber in den Anwendungsbereich des AGG. Eine Reihe von Berufsgruppen wurde von der Rechtsprechung § 6 Abs. 3 AGG regelhaft zugeordnet.[284] Der Status von Lehrbeauftragten an öffentlichen Schulen oder Hochschulen unterscheidet sich von dem arbeitnehmerähnlicher Personen an privaten Bildungseinrichtungen, da die Lehrbeauftragten an öffentlichen Einrichtungen i. d. R. einen in Hochschul- oder Schulgesetzen definierten öffentlich-rechtlichen Sonderstatus haben, der nicht über § 24 AGG in den Geltungsbereich des § 6 Abs. 3 AGG fällt, ähnliches gilt für Vertretungsprofessor*innen in öffentlich-rechtlichem Dienststatus.[285] Insoweit besteht eine Schutzlücke.

---

281 *V. Roetteken*, Rn. 5 und 6 zu § 6 AGG.
282 *V. Roetteken*, Rn. 8 zu § 6 AGG
283 *Schrader/Schubert* in Däubler/Bertzbach, 3. Aufl., Rn. 4 ff. zu § 6 AGG n.w.N.
284 Etwa Künstler*innen und Schriftsteller*innen, Dozent*innen an privaten Weiterbildungsinstituten und Volkshochschulen, Fernsehjournalist*innen, Rechtsanwält*innen, EDV-Fachkräfte, Rundfunkgebührenbeauftragte, vgl. die Zusammenstellung von *Schrader/Schubert*, in: Däubler/Bertzbach, Rn. 13 zu § 6 AGG mit Entscheidungen und Fundstellen.
285 *V. Roetteken*, AGG, § 6 Rn. 15.

Generell bringt die entsprechende Erfassung der Selbstständigen im arbeitsrechtlichen Abschnitt es mit sich, dass nur die selbstständige Erwerbstätigkeit als solche bzw. der Zugang zu ihr oder der Aufstieg geschützt werden.[286] Demnach soll der Diskriminierungsschutz nicht für den Abschluss jedes einzelnen Dienst- oder Werkvertrags gelten.[287] Diese Einschränkung erscheint grundsätzlich sinnvoll. So fällt etwa bei Rechtsanwält*innen die (öffentlich-rechtliche) Zulassung zum Anwaltsberuf unter den Diskriminierungsschutz des § 6 Abs. 3 AGG. Die einzelnen Mandate sind jedoch nicht in den Diskriminierungsschutz einbezogen, vor allem weil Mandant*innen das Recht haben sollten, sich ihre Rechtsvertretung nach bestimmten Persönlichkeitskriterien auszusuchen. Die Einschränkung bringt jedoch Anwendungsunsicherheit mit sich, falls es sich um Dienst- oder Werkverträge handelt, die den Zugang zu einer längerfristigen Rechtsbeziehung festlegen und die einem Beschäftigungsverhältnis ähnlich sind, ohne dass es sich aber um ein Vertragsverhältnis mit arbeitnehmerähnlichen oder scheinselbstständigen Personen handelt.[288] Für solche Fälle sollten eine gesetzliche Klarstellung zur Abgrenz-

286 *Thüsing*, Beilage zu NZA, Heft 22/2004, S. 4; *Däubler*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 2 Rn. 7. Auch *v. Roetteken*, AGG, § 6 Rn. 42. Die Differenzierung zwischen geschütztem originärem Zugang und späteren Einzelverträgen findet sich explizit in der Geschlechterrichtlinie 2006/54/EG. In dieser Richtlinie ist in Art. 8 der Bereich der „Einzelverträge Selbstständiger" explizit ausgenommen vom sachlichen Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots Selbstständiger.

287 *Däubler*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 2 Rn. 7, unter Berufung auch auf *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 2 Rn. 16; *Meinel/Hey/Herms*, § 2 AGG Rn. 10; *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, § 2 Rn. 4; Die Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit falle nur unter § 19 AGG, vgl. *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 94.

288 Ein Beispiel dafür wäre ein Lehrauftrag über wöchentlich zwei Stunden an einer Volkshochschule (VHS) oder privaten Bildungseinrichtung, der über Jahre semesterweise wiederholt an eine Person vergeben wird und dann, z. B. wegen Alters, verweigert wird. Dieser verweigerte Einzelvertrag für das nächste Semester berührt den grundsätzlichen Zugang zur Selbstständigkeit als Dozent*in nicht, denn die Person könnte grundsätzlich auch bei einer anderen Institution Dozentin sein, so dass eine entsprechende Anwendung des § 6 Abs. 3 AGG nicht vorgesehen wäre. Anders ließe sich der Einzelfall entscheiden, wenn man den „Zugang zur Erwerbstätigkeit sowie den beruflichen Aufstieg" (§ 6 Abs. 3 AGG) hier in einem sehr spezifischen Sinne interpretiert, nämlich als Zugang (und Aufstieg) zu dieser Teil-Erwerbstätigkeit als Volkshochschuldozent*in an einer bestimmten Einrichtung.

barkeit von Zugang und Einzelverträgen und eine Erstreckung auf schützenswerte Konstellationen geschaffen werden.[289]

2.2.2 § 6 Abs. 2 Satz 2 AGG (Arbeitnehmerüberlassung)

Der Anwendungsbereich des AGG sollte auf Fremdpersonaleinsatz und Solo-Selbstständige[290] auf Grundlage eines selbstständigen Werk- oder Dienstvertrages erweitert werden.

In § 6 Abs. 2 Satz 2 AGG wird der durch das AGG gewährleistete Schutz auf den Einsatz von Leiharbeitnehmenden erstreckt. Diskriminierungen können aber nicht nur bei einem Einsatz von Leiharbeitnehmenden in einem fremden Betrieb geschehen. Von einer Subunternehmerin eingesetztes Fremdpersonal wie auch in einem Betrieb tätige Solo-Selbstständige können denselben tatsächlichen Diskriminierungssituationen ausgesetzt sein.

Nach § 6 Abs. 2 Satz 2 AGG wird der in den §§ 6 bis 18 AGG verwendete Arbeitgeberbegriff auf die Entleiher*innen erstreckt, obwohl kein Arbeitsverhältnis zwischen ihnen und den Leiharbeitnehmer*innen besteht.[291] Demnach können Leiharbeitsbeschäftigte Ansprüche nach dem AGG auch gegen Entleihende geltend machen.[292] Voraussetzung ist jedoch, dass den Entleihenden Diskriminierungen zurechenbar sind. Mit der Gleichsetzung als Arbeitgebende treffen Entleihende auch die Pflichten des § 12 AGG.[293] Die aus der Arbeitsgerichtsbarkeit interviewten Richter*innen geben an, dass sie bisher keinen einschlägigen Fall zu

289 Auch bei zugelassenen Rechtsanwält*innen, d.h. bei klarer Abgrenzbarkeit zwischen der öffentlich-rechtlichen Zulassung und den Einzelverträgen im Rahmen von Mandaten, ist es möglich, dass eine Rechtsanwält*in in freie Mitarbeiterverträge mit zwei oder mehr Auftraggeber*innen (RA-Kanzleien) eintritt, ohne dass ein Arbeitsverhältnis begründet wird. Wenn sie auch nicht von einem/einer Auftraggeber*in allein wirtschaftlich abhängig ist, ist sie nicht arbeitnehmer*innenähnliche Person, jedoch hängt ihre wirtschaftliche Lebensgrundlage u. U. wesentlich – wenn auch nicht überwiegend – von den einzelnen Dienstverhältnissen ab. Die Parallele zur Interessenlage und Schutzbedürftigkeit der von § 6 Abs. 3 AGG erfassten Selbstständigen liegt auf der Hand.

290 Unter Solo-Selbstständigen werden Personen verstanden, die eine selbstständige Tätigkeit allein, das heißt ohne angestellte Mitarbeiter*innen, ausüben.

291 Zur Regelungsmotivation *Bauer/Krieger*, AGG, § 6 Rn. 21.

292 *Schrader/Schubert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 6 Rn. 21a; Schleusener, in: Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, § 6 Rn. 17.

293 Zur Schulungsobliegenheit sowie Enthaftung i. S. d. § 12 Abs. 2 S. 2 AGG im Einzelnen *Bauer*, Diskriminierung und Belästigung von Arbeitnehmern durch Kollegen und Dritte, S. 252.

entscheiden hatten.[294] Anders fällt der Bericht der Rechtsanwält*innen sowie der Vertreter*innen von Beratungsstellen aus.[295] Eine Rechtsanwältin schildert, dass in einem Fall sowohl das Verleih- als auch das Entleihunternehmen verklagt wurden.[296] Vertreter*innen von Beratungsstellen hingegen berichten von nicht immer eindeutigen Fällen: „Genau, das haben wir häufiger, wo die sich dann eben auch den Ball zuspielen und sagen ‚Wir nicht. Die!' und manchmal sagen die dann eben ‚Wir auch nicht. Die anderen!', ja. Sehr schwierig."[297]

Die Vorschriften des 2. Abschnitts gelten nach § 6 Abs. 2 Satz 2 AGG auch im Verhältnis zwischen Verleihenden und Leiharbeitnehmenden.[298] Eine Haftung der Verleihenden gemäß § 280 Abs. 1 BGB kommt insbesondere bei Schutzpflichtverletzungen nach § 12 Abs. 4 AGG in Betracht.[299] Dies setzt jedoch die Kenntnis der Verleihenden vom Diskriminierungsvorfall im Betrieb der Entleihenden voraus. Die Pflicht der Verleihenden besteht dann darin, auf den Vertragspartner, den Entleihenden, so einzuwirken, dass die Diskriminierung unterbleibt. Neben der Arbeitnehmerüberlassung besteht auch bei einem Fremdpersonaleinsatz aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrags oder bei einem Einsatz von Solo-Selbstständigen die Gefahr, dass Arbeitnehmende der Unternehmer*in im Betrieb der Auftraggebenden diskriminiert werden. Diese Konstellation ist jedoch eine andere als bei der Leiharbeit, da die Auftraggebenden kein arbeitsvertragliches Weisungsrecht haben.[300] Nach ihrem Wortlaut kann die Norm daher nicht auf Fremdpersonaleinsatz aufgrund von Werk- oder Dienstverträgen angewendet werden.

Trotzdem können auch in diesen Bereichen Diskriminierungen geschehen. Das liegt insbesondere im Niedriglohnbereich nahe, wo es wahr-

294 Interview #1, 14.03.2016, S. 8 = Audio [0:21:34]. Interview #2, 21.03.2016, S. 11 = Audio [0:22:41]. Interview #9, 27.04.2016, S. 10 = Audio [0:20:29]. Interview #10, 17.05.2016, S. 7 = Audio [0:10:48].

295 „Das hatten wir häufiger, also Leiharbeit ist ein großes Thema, das kommt durchaus häufiger vor.", Fokusgruppe Berater*innen Berlin, 15.02.2016, S. 35= [52:07].

296 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Berlin, 01.03.2016, S. 46 = Audio [12:12].

297 Fokusgruppe Berater*innen Berlin, 15.02.2016, S. 35 = Audio [52:07].

298 Bauer/Krieger, AGG, § 6 Rn. 22. Unerheblich ist, ob es sich um eine erlaubnispflichtige oder erlaubnisfreie Arbeitnehmerüberlassung handelt, *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 6 Rn. 18.

299 Die Schutzpflichten verneinend sowie zur Frage, inwieweit der/die Entleiher*in bei der Erfüllung der Pflichten nach § 12 als Erfüllungsgehilf*in des/der Verleiher*in tätig wird MüKo-*Thüsing*, § 6 AGG, Rn. 17. Die Haftung des Entleihers nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB aufgrund seiner „gespaltenen Arbeitgeberstellung" bejahend *Bauer*, ebd., S. 249 ff.

300 A. A. *Bauer*, ebd., 2012, S. 254 f.

scheinlich ist, dass mit Blick auf die aktuellen Entwicklungen im Bereich der Flüchtlingspolitik, gerade Asylbewerber*innen und Geduldete dort tätig werden können.[301] Eine Haftung der Auftraggebenden ist – trotz fehlender Vertragsbeziehung – in anderen Situationen geregelt worden, z. B. bei der Verantwortung von Generalunternehmer*innen in § 14 AEntG. Darüber hinaus haben mehrere Arbeitgeber*innen gem. § 8 ArbSchG bei der Durchführung der Arbeitssicherheit zusammenzuarbeiten, um Gefahren zu verhindern. Werden fremde Arbeitnehmer*innen in einem Betrieb tätig, muss der Betriebsinhabende den Arbeitsschutz gewährleisten und die Arbeitnehmer*innen auf Gefahren hinweisen. Versteht man den Diskriminierungsschutz als Arbeitsschutz vor Persönlichkeitsrechtsverletzungen (bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen und bei Verletzungen von Körper und Leben handelt es sich gleichermaßen um Verletzungen absoluter Rechte), wäre es denkbar, eine ähnliche Pflicht von Betriebsinhaber*innen für das AGG zu begründen.

2.3 Rechtfertigungsgründe

2.3.1 Rechtfertigungen von Ungleichbehandlung bei Lebensalter

Die in § 10 AGG geregelten Rechtfertigungsgründe sind dahingehend einzuschränken, dass die mit einer Ungleichbehandlung wegen des Lebensalters verfolgten legitimen Ziele gesetzlich zu regeln sind. Darüber hinaus sollte die Vorschrift mit dem Ziel überarbeitet werden, die Anforderungen an Ungleichbehandlungen wegen des Lebensalters auf hohem Niveau zu konsolidieren und zugleich mehr Flexibilität dort zu ermöglichen, wo Beschäftigte auch nach Erreichen des Rentenalters weiterarbeiten möchten. Hier müssen gemeinsam mit den Sozialpartnern Lösungen für den Übergang zur Altersabsicherung erarbeitet werden. Denkbar wäre z. B. eine prozedurale Regelung, die zwar keinen festen Anspruch auf eine Vereinbarung über das Weiterarbeiten bei Erreichen des Rentenalters gewährt, aber den Arbeitgebenden – ähnlich den Vorgaben des § 8 TzBfG zur Erreichung einer Vereinbarung zur Reduzierung auf eine Teilzeittätigkeit – dazu anhält, sich mit dem Wunsch der Arbeitnehmer*in ernsthaft auseinanderzusetzen und innerhalb einer bestimmten

301 Die Ergebnisse einer Studie von 2011 der Otto-Brenner-Stiftung zeigen am Beispiel der Leiharbeit deutlich, wie der Arbeitsalltag von Leiharbeitnehmenden mit Migrationsgeschichte aussieht, wie die Diskriminierung stattfindet und dass die Leiharbeit die Integration erschwert, *Siebenhüter*, Integrationshemmnis Leiharbeit – Auswirkungen von Leiharbeit auf Menschen mit Migrationshintergrund, Frankfurt am Main 2011.

Frist zu reagieren, wobei nur bestimmte Gründe für die Ablehnung genutzt werden können. Schließlich ist die altersdiskriminierende Regelung zur Berechnung der Kündigungsfristen bei Arbeitsverhältnissen in § 622 Abs. 2 S. 2 BGB zu streichen.[302]

Nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 RL 2000/78/EG können Ungleichbehandlungen wegen des Alters – über die tätigkeitsbezogene Regelung in Art. 4 Abs. 1 hinaus – gerechtfertigt werden, wenn sie im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Es folgen sodann beispielhafte Konkretisierungen zu den gerechtfertigten Ungleichbehandlungen.[303] In Bezug auf die Legitimität dieser Ziele hat der EuGH bereits entschieden, dass die Ziele, die geeignet sind, eine Ausnahme vom Grundsatz des Verbots von Diskriminierungen aus Gründen des Lebensalters zu rechtfertigen, sozialpolitische Ziele, wie solche aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung sind.[304] Aus Art. 52 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 21 Grundrechte-Charta ergibt sich darüber hinaus ein Gesetzesvorbehalt für Einschränkungen des Diskriminierungsverbots. Dem steht entgegen, dass der Gesetzgeber es in § 10 AGG auch Tarifvertragsparteien und Arbeitgeber*innen eingeräumt hat, legitime Ziele selbst zu bestimmen und damit die von ihnen vorgenommenen Ungleichbehandlungen selbst zu rechtfertigen.[305]

Grundlegend sind zwei Gruppen von Rechtfertigungen für Ungleichbehandlungen zu unterscheiden: Zum einen gibt es tätigkeitsbezogene Rechtfertigungen im Hinblick auf das Lebensalter (nach § 8 Abs. 1 AGG),

302 Auch das übrige Recht des Bundes und der Länder sollte auf Widersprüche zum Diskriminierungsverbot hin überprüft werden, was im Rahmen dieser Evaluation des AGG nicht geleistet werden konnte. Vgl. dazu *Brors*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 10 Rn. 7.

303 Im Anschluss daran (Art. 6 Abs. 1 Satz 2) werden drei Bereiche von gerechtfertigten Ungleichbehandlungen konkreter benannt: (a) berufliche Eingliederungsförderung von Jugendlichen, älteren Arbeitnehmer*innen und Personen mit Fürsorgepflichten, b) Festlegung von Mindestanforderungen an das Alter, die Berufserfahrung oder das Dienstalter für den Zugang zur Beschäftigung und für bestimmte Vorteile, c) Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung aufgrund der spezifischen Ausbildungsanforderungen oder für ausreichende Beschäftigungszeit. In Art. 6 Abs. 2 der Rahmenrichtlinie werden weitere gerechtfertigte Ausnahmen von der Gleichbehandlung für die Festlegung von Altersgrenzen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherung angesprochen. Zulässig ist auch die Verwendung von Alterskriterien im Rahmen dieser Systeme für versicherungsmathematische Berechnungen, solange dies nicht zu Diskriminierungen wegen des Geschlechts führt. Bezüglich anderer Merkmale besteht insofern eine richtlinienimmanente Schutzlücke.

304 EuGH v. 06.11.2012 – C-286/12 – (Kommission/Ungarn).

305 *Brors*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 10 Rn. 7.

zum anderen kann ein legitimes Ziel aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung gem. § 10 AGG eine Ungleichbehandlung rechtfertigen, wenn diese dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügt.

Der EuGH hat zahlreiche Entscheidungen zur Altersdiskriminierung getroffen. Seit dem Jahr 2000 stellen diejenigen zum Merkmal Alter sogar die größte Gruppe, überproportional viele Verfahren betrafen Fälle aus Deutschland.[306] Hier zeigt sich, dass der deutsche Gesetzgeber es bis heute versäumt hat, das Bundesrecht systematisch auf Widersprüche zum Diskriminierungsverbot hin zu überprüfen. So bedurfte es der Entscheidung des EuGH um festzustellen, dass § 622 Abs. 2 S. 2 BGB gegen das Verbot der Altersdiskriminierung verstößt, weil danach die vor Vollendung des 25. Lebensjahres liegenden Beschäftigungszeiten bei der Berechnung der Kündigungsfristen bei Arbeitsverhältnissen nicht berücksichtigt werden.[307] Gleichwohl ist die vom BAG inzwischen für unanwendbar erklärte Vorschrift vom deutschen Gesetzgeber noch immer nicht aufgehoben worden.[308]

Zu strukturellen Änderungen des deutschen Tarifsystems führten Entscheidungen zur Staffelung der Vergütung nach dem Lebensalter. In diesen Entscheidungen wurde grundsätzlich ein strenger, tätigkeitsbezogener und am Verhältnismäßigkeitsprinzip ausgerichteter Maßstab angelegt. Nachdem das LAG Berlin-Brandenburg 2008 den Bundesangestelltentarifvertrag (BAT) als altersdiskriminierend beurteilt[309] und das BAG 2010 ein entsprechendes Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gestellt hatte,[310] bestätigte der EuGH 2011 den grundsätzlichen Verstoß gegen das Verbot der Altersdiskriminierung.[311] Der Gerichtshof befand, die altersabhängige Staffelung des Grundgehalts im zuvor lange gültigen Mantel- oder Rahmentarifvertrag der Angestellten in Deutschland sei diskriminierend, die RL 2000/78/EG stehe solchen altersgestaffelten Regelungen grundsätzlich entgegen.[312] Dennoch gestand der

306 Eigene Auszählung anhand von Nennungen bei Juris-Datenbank.
307 EuGH v. 19.01.2010 – C-555/07 – (Kücükdeveci).
308 BAG v. 09.09.2010 – 2 AZR 714/08 –.
309 LArbG Berlin–Brandenburg v. 11.09.2008 – 20 Sa 2244/07 –.
310 BAG v. 20.05.2010 – 6 AZR 148/09 –.
311 EuGH v. 08.09.2010 – C–297/10 – und – C-298/10 – (Hennigs und Mai).
312 Auch der Rückgriff auf das Dienstalter könne diese Struktur nicht rechtfertigen, soweit das Entgelt zum Teil zwingend mit dem Lebensalter und seinem Anstieg gekoppelt ist. Geeigneter sei es, auf Dienstalter oder Berufserfahrung zurückzugreifen, „ohne auf das Lebensalter abzustellen".

EuGH zu, dass eine Überleitungsregelung, die in Anknüpfung an das Lebensalter Einkommensverluste für die Bestandsbeschäftigten vermeidet (Besitzstandswahrung) für einen befristeten Übergangszeitraum mit der Richtlinie vereinbar sei.[313]

In der anderen Gruppe von Entscheidungen war und ist das (zwangsweise) Ausscheiden aus der Beschäftigung oder aus dem Berufsleben mit Erreichen des Renten- oder Pensionsalters besonders umstritten; dazu gehört auch die Frage, ob Personen im Renteneintrittsalter bestimmte Leistungen bei Verlust des Arbeitsplatzes nicht bekommen, weil sie Rente oder Pension beziehen oder beziehen könnten.[314] In den Entscheidungen zur Geltung von Altersgrenzen für das Ausscheiden aus dem Erwerbsleben wurde die obligatorische Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne hohe Anforderungen akzeptiert, wenn es sich dabei um das Regelpensionsalter handelte. Laut EuGH und Richtlinie können Ausnahmen, die den Übergang in das Sozialsystem betreffen, vorrangig oder ausschließlich mit Arbeitsmarkt- und Beschäftigungsförderung sowie Ausbildungsförderung begründet werden. Dabei tritt tendenziell ein Zielkonflikt auf zwischen der Beschäftigungsförderung renten- oder pensionsnaher und rentenberechtigter Jahrgänge und der Förderung des Nachrückens jüngerer Generationen. Gemäß der EU-Agenda 2020 sollen u.a. jüngere Arbeitskräfte bei der Einmündung ins Erwerbsleben, aber auch solche Erwerbstätige geschützt und gefördert werden, die dem gesetzlichen Rentenalter nahe sind (60–67 Jahre).[315] Mit Erreichen des ge-

313 Es ergingen weitere Entscheidungen des EuGH über gesetzliche Gehaltssysteme von (deutschen) Beamt*innen (19.06.2014 – C-501/12 – u.a.) sowie von Richter*innen (im Bundesland Berlin, 09.09.2015, C-20/13 – Inland –) im Überleitungsstadium. Danach gilt das Verbot der Altersdiskriminierung auch für Beamt*innen- und Richter*innenbesoldungen. Die zur Überprüfung von Gerichten aus Deutschland vorgelegten Überleitungsregelungen enthalten zwar noch immer an sich unzulässige Anknüpfungen an das Lebensalter, um die Besitzstandswahrung von bereits eingestellten/verbeamteten Personen zu gewährleisten; in absehbarer Zeit soll jedoch die Anknüpfung an das Lebensalter entfallen. Dies billigte der EuGH und entschied bezüglich der Beamt*innen, dass im Übergang zu einem diskriminierungsfreien System rückwirkend kein Schadensersatz in Höhe des Differenzbetrags zwischen der tatsächlichen und der höchsten Gehaltsstufe zu zahlen sei. Ähnlich wurde im österreichischen Fall Starjacob (gegen den ÖBB, C-417/13) am 28.01.2015 entschieden.

314 Vgl. z.B. die Entscheidungen des EuGH v. 16.10.2007 – C-411/05 – (Palacios); EuGH v. 5.03.2009 – C-388/07 – (Age Concern England); EuGH v. 12.01.2010 – Große Kammer C-341/08 –; EuGH v. 18.11.2010 –C-250/09 – und – C-268/09 – (Georgiev); EuGH v. 21.07.2011 – C-159/10 –, – C-160/10 – (Staatsanwälte); EuGH v. 13.09.2011 – C-447/09 – (Prigge); EuGH v. 5.07.2012, – C-141/11 – (Hörnfeldt).

315 Europapolitisch angestrebt wird bis 2020 die Erhöhung der Erwerbstätigenquote bis 65 oder 67 Jahre, vgl. http://ec.europa.eu/europe2020/europe-2020-in-a-nutshell/index_en.htm [17.7.2016].

setzlichen Rentenalters nimmt der Schutz deutlich ab. Dessen ungeachtet ist anerkannt, dass auch Rentenberechtigte nicht zwangsweise aus dem Erwerbsleben ausscheiden müssen.

Im Einklang mit der Richtlinie müssen sich Ausnahmen von der Gleichbehandlung beim altersbedingten Übergang in Sozialsysteme vorrangig bzw. nach jüngerer Rechtsprechung ausschließlich auf Aspekte der Arbeitsmarkt-, Beschäftigungs- und Berufsbildungsförderung beziehen. So ist es dem Gesetzgeber oder Tarifvertragsparteien durchaus möglich, das Ausscheiden mit Erreichen des Rentenalters zu fördern, indem es zumindest regelhaft vorgesehen wird.

Von den Altersgrenzen, die sich u. a. auf den Übergang in die Altersversorgung beziehen, sind tätigkeitsbezogene Altersgrenzen streng zu trennen. Zudem lassen sich gemäß Art. 2 Abs. 5 RL 2000/78/EG auch andere Ziele der öffentlichen Sicherheit, Verteidigung der Ordnung und Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit und zum Schutze der Rechte und Freiheiten anderer (sog. Sicherheitsvorbehalt) für die Begründung von tätigkeitsbezogenen Altersgrenzen heranziehen. Allerdings ist es nicht möglich, Altersgrenzen allein aus solchen Zielerwägungen heraus zu etablieren, wenn diese im Hinblick auf ihre Notwendigkeit nicht hinreichend schlüssig sind und der Gleichbehandlung vergleichbarer Gruppen zuwiderlaufen. Die in Art. 2 Abs. 5 1 RL 2000/78/EG aufgeführten Konstellationen erlauben nur dann Ausnahmen von den Grundsätzen der Diskriminierungsverbote (einschließlich ihrer Einschränkungen), wenn die Maßnahmen zur Erreichung der oben genannten Sicherheitsziele „notwendig“ sind.[316]

Das Verhältnis dieser allgemeinen Ausnahmen zu den speziellen tätigkeitsbezogenen Ausnahmen vom Grundsatz der Gleichbehandlung hat der EuGH so interpretiert, dass nur bei bestimmten Berufen die Anforderungen des Berufs so eng mit dem Alter zusammenhängen, z. B. bei Piloten, dass eine unterschiedliche Behandlung in Abhängigkeit vom Alter gemäß Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG als berufliche Anforderung zulässig sein kann.[317]

316 Deiseroth, jurisPR-BVerwG 12/2015, Anm. 2, der kritisiert, dass das BVerwG v. 21.01.2015 – 10 CN 1/14 – 70 Jahre für Ingenieurprüfsachverständige für Bausicherheit als Altersgrenze bestätigte.

317 EuGH v. 12.01.2010 – C-229/08 – (Wolf); EuGH v. 13.09.2011 – C-447/09 – (Prigge).

Altersgrenzen, die über 68-Jährige oder über 70-Jährige als Selbstständige von der weiteren Bestellung als Prüfsachverständige – wegen angeblich nachlassender Fähig- und Fertigkeiten – ausschließen, wurden von der deutschen Rechtsprechung entweder verworfen oder bestätigt, auch im BVerwG entschieden der 8. und der 10. Senat gegensätzlich.[318] Dagegen ist die Rechtsprechung des EuGH bei einer durch tätigkeitsbezogenen Leistungsabbau begründeten Beendigung sehr klar: Es werden Statistiken verlangt, die den Zusammenhang von Leistungsabbau und Alter abbilden.[319] Für die Standardsituation des Ausscheidens von Beschäftigten sieht die Regelung des § 10 Satz 3 Nr. 5 AGG eine (individuelle oder kollektivrechtliche) „Vereinbarung" vor, mittels derer die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses ohne Kündigung mit dem Erreichen des Rentenalters festgelegt werden kann. Diese Regelung hält sich im Rahmen der Richtlinie. Sie verweist auf § 41 SGB VI[320], der „unberührt bleibt", und wurde vom EuGH als richtlinienkonform bestätigt.[321]

Weil Regelaltersgrenzen einerseits schon lange als problematisch angesehen wurden, andererseits aber beschäftigungs- und personalpolitische Interessen an einem kalkulierbaren Zeitpunkt des Ausscheidens älterer Mitarbeiter*innen politisch berücksichtigt werden sollten, hat der nationale Gesetzgeber auch nach Erlass des AGG versucht, den Status quo zu halten.[322] Das bedeutet einerseits, ein regelhaftes Ausscheiden der allermeisten Beschäftigten mit Erreichen der Regelaltersgrenze (zunächst 65 Jahre, inzwischen angehoben auf 67 Jahre bei stufenweiser Erhöhung)

318 Prüfsachverständige: z. B. OVG Saarland v. 4.02.2015 – 1 A 11/14 – (Altersgrenze: 68 Jahre, nicht bestätigt) und BVerwG v. 21.01.2015 – 10 CN 1/14 – (Altersgrenze: 70 Jahre, bestätigt); BVerwG v. 1.02.2012 – 8 C 24/11 – (Altersgrenze nicht bestätigt); BVerwG v. 26.01.2011 – 8 C 46/09 – 8. Senat (68 Jahre, teilweise bestätigt); sowie VG Potsdam v. 26.09.2013 – 6 L 568/13 – (Altersgrenze: 68 Jahre, nicht bestätigt), letzterer Beschluss im ER-Verfahren betrifft laut Überschrift in juris: „Recht der freien Berufe einschl. Kammerrecht (z. B. Apotheker, Architekten, Tierärzte, Zahnärzte, Notare, Rechtsanwälte, Steuerberater)"; VG Mainz v. 21.03.2007 – 6 L 149/07.MZ – (Altersgrenze: 68, bestätigt); OVG Lüneburg v. 13.09.2006, 12 ME 275/06 (flugmedizinische Sachverständige, Altersgrenze 68, bestätigt).

319 EuGH v. 12.1.2010, EuWZ 2010, S. 142, sportmedizinisches Gutachten für Prognoseentscheidung.

320 § 41 SGB VI gilt für Rentenversicherte und besagt, dass der Anspruch auf Altersrente nicht als Kündigungsgrund im Sinne des KSchG verwendet werden darf, dass aber Vereinbarungen abgeschlossen werden dürfen, die ein Ausscheiden mit Erreichen der Regelaltersgrenze vorsehen. Diese Abrede kann jedoch durch Vereinbarung variiert werden, so dass das individuelle Ausscheiden hinausgeschoben werden kann.

321 EuGH v. 12.10.2010 – C-45/09 – (Rosenbladt).

322 *Brors*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 10 Rn. 92.

sicherzustellen,[323] andererseits, Vereinbarungen über eine Verlängerung der Beschäftigung durch individuelle oder kollektive Vereinbarungen zu ermöglichen. Im Hinblick auf gesetzlich Rentenversicherte findet sich die entsprechende Vorschrift in § 41 SGB VI. Auf sie verweist § 10 Satz 3 Nr. 5 AGG.

Inzwischen gibt es kaum noch unbefristete Altverträge, die kein regelhaftes Ausscheiden mit Erreichen der Altersgrenze vorsehen. Beschäftigte Personen, die ihr Ausscheiden hinausschieben möchten, sind darauf angewiesen, dass die Arbeitgebenden einer Vereinbarung über ihre Weiterbeschäftigung zustimmen. Seit 1. Juli 2014 ist im Rahmen des § 41 SGB VI eine befristete Verlängerung des Beschäftigungsverhältnisses – auch mehrfach – im unmittelbaren Anschluss an den Zeitpunkt des vorgesehenen bzw. ursprünglich vereinbarten Ausscheidens möglich geworden (§ 41 Satz 3 SGB VI). Die von Arbeitgeber*innen gefürchtete Gefahr, dass ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entstehen könnte, besteht damit nicht mehr. Voraussetzung ist, dass zuvor eine Vereinbarung (im Arbeitsvertrag, Tarifvertrag oder in einer Betriebsvereinbarung) die automatische Beendigung mit Erreichen des Rentenalters vorsieht. Die Verlängerung hängt vom Entgegenkommen der Arbeitgebenden ab. Daraus resultiert eine – allerdings richtlinienkonforme – Schutzlücke bei solchen Personen, die bei ihrem Arbeitgebenden weiter beschäftigt sein wollen, mit ihm oder ihr aber keine Einigung erzielen können. Problematisch ist ein zwangsweises Ausscheiden insbesondere, wenn Personen wirtschaftlich durch Rente oder Pension nicht ausreichend abgesichert sind. Hier fällt ins Gewicht, dass die EuGH-Rechtsprechung inzwischen von der Berücksichtigung der wirtschaftlichen Absicherung abgerückt ist.[324]

Die rechtstatsächliche Untersuchung bestätigte den Eindruck, dass § 10 AGG zu viele Ausnahmen zulässt, die dazu ergangene Rechtsprechung kaum noch überschaubar ist und wenig Rechtssicherheit bie-

323 Der EuGH stufte schon im Fall Palacios (v. 16.10.2007, C-411/05) die nationalen Rentenalters- und Pensionsgrenzen als problematische Anknüpfung an das Alter ein, obwohl grundsätzlich die Befugnis der nationalen Gesetzgebung, derartige Grenzen zu ziehen, nicht infrage gestellt wurde und wird, was in den folgenden EuGH-Entscheidungen zum Ausdruck kam.

324 *Brors*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 10 AGG Rn. 92; Vgl. EuGH v. 12.10.2010 – C-45/09 – (Rosenbladt) und EuGH v. 05.07.2012 – C-141/11 – (Hörnfeldt). Auch die Wiedereinstellung ohne Altersdiskriminierung scheint nicht mehr relevant zu sein für die Verhältnismäßigkeitsprüfung. Vgl. *Bayreuther*, NJW 2012, S. 2758 ff. und *Nettesheim*, EuZW 2013, 48 ff.; *Zeibig*, WSI Mitteilungen 2013, 369 (370).

tet.[325] Die weiten Ausnahmetatbestände würden „dann auch noch weiter ausgelegt. Und von daher hat sich diese Ausnahmeregelung § 10 AGG doch schon sehr schlecht entwickelt und sehr schlecht ausgewirkt."[326] Als Beispiele für „Ausnahmen, die es relativ schwer machen, (bei) Alter zu gleichbehandlungs- [bzw. diskriminierungs]freien Regelungen zu kommen"[327] wurden genannt: Abfindungen in Sozialplänen, von denen Personen altersabhängig ausgeschlossen würden, insbesondere bei vorgezogenen Altersgrenzen (bei Schwerbehinderten und Frauen), Stichtagsregelungen, Ausnahmen bezüglich „Jugendlicher" (oder Älterer), da würden jüngere Menschen zu Jugendlichen erklärt, um Sonderregelungen für „Jugendliche" über den Zugang zur Beschäftigung anwendbar zu machen, problematische Gesetze und weite und/oder wechselnde Auslegungen durch die Rechtsprechung bezüglich der Mindestanforderungen an das Alter, etwa bei Beamtengesetzen und schließlich Altersgrenzen für das Ausscheiden aus dem Beschäftigungsverhältnis.

Stellt man den Äußerungen von Rechtsanwält*innen und Berater*innen aus den Fokusgruppen richterliche Stimmen und Erfahrungen gegenüber, ergibt sich ein ähnliches Bild, etwa was die Häufigkeit von Klagen wegen Altersdiskriminierung angeht, die von Richter*innen durchweg bestätigt wird. Übereinstimmungen gibt es auch in der kritischen Sicht auf die Rechtssystematik, die bisweilen nur unzureichend auf die Bedürfnisse von Menschen eingeht, die sich diskriminiert fühlen und oft auch nach richterlicher Einschätzung diskriminiert wurden. Z. B. räumt ein Richter aus der Verwaltungsgerichtsbarkeit ein, dass im Bereich des Beamtenrechts „legislatives Unrecht" in Form von Altersdiskriminierung geschehen sei und der Staat dafür keine Haftung übernehmen müsse, was insbesondere die auf der Klägerseite Betroffenen verständlicherweise als Ungerechtigkeit empfänden.[328] Ein Richter aus der Arbeitsgerichtsbarkeit meinte, dass EuGH, Gesetzgebung und Rechtsprechung das Problem der generellen Altersgrenzen konsistenter werden angehen müssen: „Die einzige mögliche Schwachstelle, wenn man das jedenfalls so mal projiziert auf die nächsten fünf bis zehn Jahre, ist vielleicht diese generell abstrakte Rechtfertigung der Regelaltersgrenzen. Da wird man möglicherweise noch mal ranmüssen und noch mal neu nachdenken müssen, insbesondere wenn man sich anschaut, dass der EuGH und Bun-

325 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Hannover, 08.03.2016, S. 5 = Audio [0:56:37]: „Bei Alter ist halt doch extrem viel drin, was Ausnahmen ermöglicht."
326 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Hannover, 08.03.2016, S. 5 f. = Audio [0:56:37].
327 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Hannover, 08.03.2016, S. 7 = Audio [1:00:41].
328 Interview #8, 10.06.2016, S. 2 = Audio [0:02:55].

desverfassungsgericht gesagt haben: Es kommt im Einzelfall nicht auf die individuellen Rentenansprüche an. Da wird man vielleicht in zehn Jahren noch mal ernsthaft nachdenken müssen, ob man da nicht irgendwie eine Untergrenze zieht." [329]

2.3.2 Rechtfertigungen von Ungleichbehandlung bei Religion/ Weltanschauung

2.3.2.1 Generelle betriebliche Verbote des Tragens sichtbarer Zeichen

Regelungen betrieblicher Art, die ein pauschales und generelles Verbot sichtbarer religiöser Zeichen oder Kleidungsstücke in privatwirtschaftlichen Unternehmen (ohne Tendenzschutz) vorsehen, stehen im Widerspruch zum AGG sowie zu der arbeits- und verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung in Deutschland.[330] Soweit Arbeitgeber*innen Firmenuniformen vorschreiben, müssen sie eine Variante, z. B. für Musliminnen, die ein Kopftuch tragen wollen, anbieten.

Durch zwei derzeit beim EuGH anhängige Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV hat die Frage der Vereinbarkeit von Kopftuchverboten mit dem europäischen Antidiskriminierungsrecht neue Aktualität erhalten. Während es in dem französischen Verfahren um die Rechtfertigungskraft von Kundenwünschen im Hinblick auf die Ablehnung von kopftuchtragenden Arbeitnehmerinnen geht,[331] muss der EuGH in dem belgischen Verfahren entscheiden, ob Arbeitgebende eine generelle betriebliche Regelung erlassen dürfen, mit der das Tragen „sichtbarer religiöser, weltanschaulicher oder politischer Zeichen" untersagt wird.[332] Auch wenn die Entscheidung des Gerichtshofs in beiden Sachen noch aussteht, sollen die aufgeworfenen Rechtsprobleme in den Rahmen des AGG eingeordnet werden.

Im Rahmen der EuGH-Entscheidung zum Fall Feryn aus dem Jahre 2008[333] wurden Kundenwünsche als in der Regel unmaßgeblich und untauglich zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen eingestuft. Solche Wünsche knüpfen in aller Regel gerade an die Vorurteile an, die das

329 Interview #1, 14.03.2016, S. 6 = Audio [0:13:32].
330 Vgl. *Brors*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 8 Rn. 45.
331 EuGH, Bougnaoui und ADDH, Rs. C-188/15.
332 EuGH, Samira Achbita und Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding. / . G4S Secure Solutions NV, Rs. C-157/15.
333 EuGH v. 10.07.2008, Rs. C-54/07 (Feryn).

Antidiskriminierungsrecht zu bekämpfen sucht.[334] Dem hat sich auch die Generalanwältin des französischen Verfahrens in ihrem Schlussantrag angeschlossen. Es sei zudem nicht ersichtlich, dass die Software-Designerin ihre Aufgaben nicht wahrnehmen könne, weil sie ein Kopftuch trage. Die Erwartungshaltung eines Kunden, der sich beschwert hatte, stelle keine wesentliche berufliche Anforderung dar.[335] Die für das belgische Verfahren zuständige Generalanwältin kommt in ihrem Schlussantrag dagegen zu dem Ergebnis, dass die betriebliche Regelung eines Kopftuchverbots bzw. eines Verbots sichtbarer Zeichen als nur mittelbare Ungleichbehandlung mit der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG vereinbar ist. Das Bestreben, eine religiöse Neutralitätspolitik hinsichtlich des Verhaltens und äußeren Erscheinungsbildes der Beschäftigten durchzusetzen, könne als berufliche Anforderung i. S. d. Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG gerechtfertigt werden.

Die rechtliche Einordnung eines Kopftuchverbots durch eine generelle betriebliche Regelung als unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung ist umstritten.[336] Für eine mittelbare Diskriminierung spricht, dass alle sichtbaren religiösen Zeichen verboten werden, so dass eine Gleichbehandlung stattfindet und somit Kopftuchträgerinnen keine weniger günstige Behandlung erfahren als etwa Juden mit Kippa oder Sikhs mit Turban. Dem wird entgegengehalten, dass der Grund des Tragens der Kopfbedeckungen jeweils ein religiöser ist und somit eine unmittelbare Anknüpfung an die Religion als geschützte Kategorie vorliegt.[337] Danach käme eine Rechtfertigung nach § 8 Abs. 1 AGG nur dann in Betracht, wenn das Kopftuchverbot eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellen und darüber hinaus den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügen würde.[338]

334 Vgl. *Brors*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 8 Rn. 4,10 m .w. N.

335 Der Schlussantrag der britischen Generalanwältin Eleanor Sharpston, Pressemitteilung des EuGH Nr. 74/2016 v. 13.07.2016.

336 Schlussanträge der Generalanwältin Juliane Kokott v. 31.05.2016, Rs. C-157/15, Rn. 41 ff.

337 In diesem Sinne hat auch der vorlegende belgische Kassationsgerichtshof das Verbot als unmittelbare Diskriminierung eingestuft.

338 Nach dem EuGH und der Richtlinie kann die Rechtfertigung nicht auf das Differenzierungskriterium selbst gestützt werden, sondern allenfalls kann ein mit dem Differenzierungskriterium im Zusammenhang stehendes Merkmal zur Rechtfertigung herangezogen werden, wenn es eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, vgl. den Wortlaut der Richtlinie sowie EuGH v. 13.09.2011 – Rs. C-447/09 – (Prigge). Zum Unterschied zwischen Rahmenrichtlinie und AGG-Fassung vgl. *Brors*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 8 Rn. 3.

Gerade beim islamischen Kopftuch ist darüber hinaus die komplexe Struktur der mehrdimensionalen Diskriminierung (siehe 1.2.7) zu berücksichtigen, die neben der Religion, geschlechtsspezifische und rassistische Diskriminierung beinhaltet. Das BAG argumentierte bereits 2002 zugunsten einer Verkäuferin in einem Kaufhaus, dass diese ihre vertraglichen Pflichten mit Kopftuch genauso wie ohne Kopftuch erfüllen könne und daher die gegenläufigen Grundrechte, die mittelbar durch die Generalklauseln in § 315 BGB und § 242 BGB einfließen, abzuwägen seien.[339] Dabei ergibt sich typischerweise ein argumentatives Übergewicht zugunsten der Arbeitnehmerin, die ihren Glauben ausüben darf, solange sie nicht die Rechte und Interessen anderer beeinträchtigt.

Die Generalanwältin des belgischen Verfahrens führt eine neue Rechtfertigung für die von ihr angenommene mittelbare Ungleichbehandlung ein, die bisher nur im öffentlichen Dienst bekannt ist, das Bestreben von Arbeitgebenden, religiös neutrales Verhalten seitens von Arbeitnehmer*innen durchzusetzen. Sie bewertet eine solche Neutralitätspolitik von Arbeitgebenden als legitimes Ziel und die betriebliche Regelung als verhältnismäßiges Mittel. Dabei geht sie offenbar davon aus, dass sichtbare religiöse Zeichen oder Kleidungsstücke dem per se entgegenstünden.

Dass öffentlich Beschäftigte die staatliche Neutralität in religiöser, weltanschaulicher und politischer Hinsicht zu wahren haben, gilt in Deutschland als verfassungsrechtlich zwingend. Eine schlichte Übertragung der staatlichen Neutralitätspflicht von öffentlichen Bediensteten auf privatwirtschaftlich Beschäftigte kann indes nicht überzeugen. Selbst wenn Arbeitgeber*innen eine strikte Neutralität für ihr Unternehmen vorschreiben würden, wäre nach der Rechtsprechung des BVerfG zu Kopftuchverboten im öffentlichen Dienst ein generelles Verbot nur unter sehr engen Voraussetzungen zulässig.[340] Das legitime Interesse, dass Kund*innen nicht mit Missionierungsversuchen religiöser, weltanschaulicher oder politischer Art überzogen werden, lässt sich durch Verhaltensanweisungen von Arbeitgebenden verbindlich machen. Auch mögen Arbeitgebende im Rahmen des Direktionsrechts ein möglichst einheitliches und „neutrales“ Erscheinungsbild der Beschäftigten

339 Darlegungen des Arbeitgebenden eines Kaufhauses, es seien wirtschaftliche Schäden eingetreten, weil Kund*innen von einer bedeckten Verkäuferin nicht bedient werden wollten, wurden als unsubstantiiert zurückgewiesen. BAG v. 10.10.2002 – 2 AZR 472/01 – (Verkäuferin mit Kopftuch in Parfümerieabteilung eines Kaufhauses).

340 BVerfG v. 27.01.2015 – 1 BvR 471/10 –, – 1 BvR 1181/10 –.

in Bezug auf Kleidung, Schmuck und äußere Zeichen von religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen erreichen wollen. Dies stößt jedoch an gemeinschaftsrechtliche und verfassungsrechtliche Grenzen, wenn es um religiöse Bedeckungs- oder Kleidungsobliegenheiten geht, die als bindend empfunden werden.

Diese Grenze bildet im deutschen Verfassungsrecht die Religions- und Religionsausübungsfreiheit gemäß Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, die mittelbar auch im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis zu beachten ist. Dieses Grundrecht hat lediglich immanente Schranken und kann daher nur durch Gefahren für andere Grundrechtsträger*innen beschränkt werden. Das Unionsgrundrecht des Art. 10 Grundrechte-Charta kennt ebenfalls keinen Gesetzesvorbehalt und kann damit – anders als Art. 9 der EMRK – nur durch kollidierende Rechte Anderer eingeschränkt werden. Untermauert wird dies durch die jüngste Entscheidung des BVerfG zum Tragen eines Kopftuchs durch eine Lehrerin,[341] das für den öffentlichen Schulsektor entschied, dass es verfehlt ist, religiös „neutrales Verhalten" mit der Abwesenheit eines Kopftuchs gleichzusetzen.

Wenn im Zusammenhang mit dem Gebot der religiösen Neutralität des Staates kein Kopftuchverbot und keine Sanktion ohne hinreichend konkrete Gefahr für eben diese (staatliche) Neutralität, den Schulfrieden oder die negative Glaubensfreiheit anderer Personen zulässig sind, so muss das erst recht für die Abwägung im Rahmen eines privatwirtschaftlichen Unternehmens gelten. Ein pauschales Verbot verletzt individuelle Grundrechte und ist im Falle des islamischen Kopftuchs grundsätzlich als unverhältnismäßig anzusehen. Es ist widersprüchlich, wenn die Generalanwältin Differenzierungen nach der Größe oder Auffälligkeit sichtbarer religiöser Zeichen vorschlägt.[342] Folgt der EuGH diesem Vorschlag, können ernsthafte Diskrepanzen zwischen der national etablierten Rechtsdogmatik und der dann eröffneten neuen Rechtsprechungslinie des EuGH entstehen.

341 BVerfG v. 27.01.2015 – 1 BvR 471/10 –, – 1 BvR 1181/10 –. Zum daraus folgenden gesetzgeberischen Korrektur- und Anpassungsbedarf in einigen Bundesländern: *Follmar-Otto*, Schule als Ort religiöser und weltanschaulicher Freiheit und Vielfalt. In: Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.): aktuell, 7/2015.

342 Schlussanträge der Generalanwältin Juliane Kokott v. 31.05.2016 – Rs. C-157/15 – Rn. 118 u. 141.

2.3.2.2 § 9 Abs. 1 AGG

Die RL 2000/78/EG sieht nach Wortlaut und Zweck nur dann die Rechtfertigung einer religions- oder konfessionsbezogenen Ungleichbehandlung vor, wenn die Religion oder Weltanschauung der Person nach der Art oder den Umständen der Tätigkeit und angesichts des Ethos eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt. Daher muss nach der Verkündungsnähe differenziert werden. Zur Verbindung von Selbstverständnis („unter Beachtung des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft oder Vereinigung“) und Tätigkeitsbezug („nach der Art der Tätigkeit“) sollte daher in § 9 Abs. 1 AGG statt des Wortes „oder“ das Wort „und“ verwendet werden; die Worte „im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht“ sollten als Dopplung der Bezugnahme auf das Selbstverständnis gestrichen werden. Unabhängig davon wäre es auch denkbar, die „zugeordneten Einrichtungen“ wieder aus dem Gesetzestext herauszunehmen, so dass sich nur noch die der jeweiligen Religionsgemeinschaft im engeren Sinne angehörigen Gliederungen auf die Ausnahmemöglichkeit berufen könnten.

Die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG eröffnet in Art. 4 Abs. 2 im Hinblick auf Religion und Weltanschauung die Möglichkeit für Ausnahmeregelungen, die über die allgemeine Ausnahmemöglichkeit des § 8 AGG hinausgehen und in § 9 AGG umgesetzt sind. Dadurch wird es den Religionsgemeinschaften und ihren Einrichtungen – grundsätzlich auch Weltanschauungsvereinigungen – in die Hand gegeben, bei entsprechendem Selbstverständnis die Zugehörigkeit und Mitgliedschaft in der jeweiligen Religionsgemeinschaft zum arbeitsrechtlichen Beschäftigungskriterium zu machen (§ 9 Abs. 1 AGG); darüber hinaus dürfen sie den Beschäftigten besondere sogenannte Loyalitätspflichten auferlegen (§ 9 Abs. 2 AGG).

Die Frage der richtlinienkonformen Umsetzung von Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG in § 9 AGG ist seit der Schaffung des Gesetzes Gegenstand von Auseinandersetzungen,[343] die auch angesichts der praktischen Rele-

343 Sie war auch Gegenstand eines der drei Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission gegen Deutschland wegen nicht konformer Umsetzung der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG. Das Verfahren endete jedoch – wie auch die anderen Verfahren – mit der Einstellung. Am 28.10. und 24.11.2010 hat die Kommission die Verfahren 2007/2253, 2007/2362 und 2006/2519 eingestellt betreffend die Umsetzung der Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2006/54/EG, Bauer/Krieger, AGG-Kommentar, Rn. 23a zu Einleitung.

vanz der Vorschrift bis heute fortbestehen.[344] Inzwischen hat das BAG dem EuGH zwei Ersuchen um Vorabentscheidung gemäß Art. 267 AEUV vorgelegt: Das eine Verfahren betrifft eine Bewerbung beim Diakonischen Werk der Evangelischen Kirche und somit die Vereinbarkeit von § 9 Abs. 1 AGG mit Unionsrecht,[345] das andere die Sanktionierung der Wiederheirat eines katholischen Chefarztes als Verletzung der Loyalitätspflicht nach § 9 Abs. 2 AGG.

Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG gestattet es den Mitgliedstaaten, über die allgemeinen beruflichen Anforderungen hinaus, für berufliche Tätigkeiten in Kirchen und anderen privaten und öffentlichen Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, Bestimmungen beizubehalten, die zum Zeitpunkt der Annahme der Richtlinie existieren. Mitgliedstaaten dürfen danach auch künftig Rechtsvorschriften vorsehen, die bestehende einzelstaatliche Gepflogenheiten widerspiegeln, wonach eine Ungleichbehandlung wegen der Religion oder Weltanschauung in bestimmten Fällen keine Diskriminierung darstellt. So darf die Zugehörigkeit zur jeweiligen Religion oder Konfession bei der Personalauswahl zum ausschlaggebenden Kriterium gemacht werden. Voraussetzung dafür aber ist nach der Richtlinie, dass „die Religion oder die Weltanschauung dieser Person nach der Art dieser Tätigkeiten oder der Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt“ (Art. 4 Abs. 2 Satz 1, Halbsatz 2).

In Art. 4 Abs. 2 Satz 2 RL 2000/78/EG wird hinzugefügt, dass bei einer solchen Ungleichbehandlung „die verfassungsrechtlichen Bestimmungen und Grundsätze der Mitgliedstaaten sowie die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts“ beachtet werden müssen. Zudem rechtfertigt diese Ausnahmebestimmung keine Diskriminierung aus einem anderen Grund (z. B. wegen sexueller Identität/Orientierung).

---

344 Z. B. *Wedde*, in: Däubler/Bertzbach, AGG,§ 9 Rn. 6; *v. Roetteken*, AGG, § 9 Rn. 2 und 48; *ErfK/Schlachter*, § 9 AGG, Rn. 3; Mahlmann, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichstellungsrecht, Kap. IV. Rn. 112. Volle Richtlinienkonformität bestätigen dagegen u. a. *Bauer/Krieger*, AGG, § 9 Rn. 2; *Lindemann*, in: *Hey/Forst*, AGG, § 9 Rn. 4; *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 9 Rn. 2 u. 4; *Schleusener/Suckow/Voigt*, AGG, § 9 Rn. 3; vgl. auch *Thüsing*, NZA 2002, S. 306 (312); *ders.*, JZ 4/2004, S. 172, S. 178.

345 BAG v. 17.03.2016. – 8 AZR 501/14 (A) –. Pressemitteilung des BAG Nr. 15/2016 v. 17.03.2016; BAG v. 28.07.2016 – 2 AZR 746/14 (A) – Pressemitteilung des BAG Nr. 39/16 v. 28.07.2016.

§ 9 Abs. 1 AGG geht in seinem Wortlaut über diese Ausnahmemöglichkeiten hinaus. Eine Ungleichbehandlung soll zulässig sein, wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung der Person „unter Beachtung des Selbstverständnisses" der Religionsgemeinschaft oder Vereinigung „nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt", aber auch, wenn die zweite Voraussetzung nicht erfüllt ist und eine bestimmte Religions- oder Weltanschauungszugehörigkeit lediglich im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht von der jeweiligen Kirche oder Vereinigung als gerechtfertigte berufliche Anforderung definiert wird. Eine derartige, allein auf das Selbstbestimmungsrecht und nach dem Selbstverständnis der Religionsgemeinschaft ausgerichtete Alleinentscheidung ohne Anknüpfung an die konkrete berufliche Tätigkeit ist in Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie jedoch gerade nicht vorgesehen.[346]

Der über die Richtlinie hinausgehende Wortlaut des AGG ist auch durch die Möglichkeit, vorhandene nationale Gepflogenheiten beizubehalten oder zukünftig vorzusehen, nicht abgedeckt, denn in Art. 4 Abs. 2 Satz 1 der Richtlinie ist – trotz komplizierter Formulierung – die Voraussetzung klar benannt. Entscheidend ist, dass sich der Maßstab aus zwei Komponenten zusammensetzt, nämlich einerseits aus der „beruflichen Anforderung" angesichts der Art der Tätigkeit oder der Umstände ihrer Ausübung und dem „Ethos der Organisation" andererseits. Beurteilt wird demnach in der Personalauswahl, ob die Religionszugehörigkeit einer Bewerber*in eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte Anforderung[347] nach der Art der Tätigkeit oder den Bedingungen ihrer Ausübung darstellt, und zwar im Hinblick auf das Selbstverständnis der

346 Gegenüber dem Text der Richtlinie („wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung") ist im Text von § 9 Abs. 1 AGG die Religions- oder Konfessionszugehörigkeit als berufliche Anforderung nur noch durch das Adjektiv „gerechtfertigte" gekennzeichnet, Wesentlichkeit wird nicht mehr aufgeführt. Zudem ist mit der Erwähnung des Selbstbestimmungsrechts und des Selbstverständnisses der Religionsgemeinschaft praktisch eine Dopplung des kirchlichen Maßstabs gegeben, die rein logisch wenig Sinn macht, aber offenbar das Gewicht der kirchlichen Definitionsmacht bezüglich dessen, was eine „gerechtfertigte berufliche Anforderung" darstellt, verstärken soll.

347 *Mahlmann* merkt an, dass im Vergleich zum ersten Absatz des Art. 4 RL 2000/78/EG das Adjektiv „entscheidende" (Anforderung) entfallen ist, wodurch seiner Ansicht nach die Anforderungen an die Rechtfertigung aber nur „um ein weniges gesenkt" würden. *Mahlmann*, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichstellungsrecht, § 3 Rn. 112, S. 122. So auch *v. Roetteken*, AGG, § 9 Rn. 44: Zwar sei aus Respekt vor dem autonom zu definierenden Selbstverständnis der jeweiligen ethosgeleiteten Organisation auf das Merkmal „entscheidende" (Anforderung) verzichtet worden, der Schwerpunkt liege nun aber auf dem (nahezu gleichbedeutenden) Merkmal der „Wesentlichkeit". Damit solle sichergestellt werden, dass die Ausnahme eng ausgelegt und nicht überdehnt wird.

Religionsgemeinschaft.[348] Nur auf solche nationale Ausnahmeregelungen, die diese beiden Komponenten enthalten, bezieht sich Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie.

Die Autor*innen und Kommentator*innen, welche die Richtlinienkonformität bejahen,[349] halten die Voraussetzungen, die in Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie benannt sind, dennoch für erfüllt. Dass § 9 Abs. 1 AGG gemäß einer der beiden Varianten zur Bestimmung beruflicher Anforderungen allein das Ethos oder Selbstverständnis der Religionsgemeinschaft – ohne konkreten Tätigkeitsbezug – genügen lässt, halten sie für unproblematisch. Sie berufen sich neben der Gesetzesbegründung vor allem auf die Rechtsprechung des BVerfG zum korporativen Selbstbestimmungsrecht (eigentlich Organisations- und Selbstverwaltungsrecht) der Kirchen und Religionsgesellschaften aus Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV,[350] das auch die die gestaltende Regelung der arbeitsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisse umfasst.[351]

Zwar unterwirft die Anknüpfung des Grundgesetzes an Art. 137 Abs. 3 WRV das grundlegende Selbstverwaltungs- und Selbstbestimmungsrecht der Religionsgesellschaften der Schranke des „für alle geltenden Gesetzes“ (sogenannte Schrankenspezialität). Bei der Anwendung des für alle geltenden Gesetzes – darunter fällt auch das AGG – durch die staatlichen Gerichte ist gemäß der Rechtsprechung des BVerfG beim Ausgleich gegenläufiger Interessen jedoch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG auch die korporative Religionsfreiheit vorbehaltlos gewährleisten und insofern dem Selbstbestimmungsrecht und dem Selbstverständnis der Religionsgesellschaften besonderes Gewicht zuzumessen sei.[352]

---

348 So *v. Roetteken*, AGG, § 9 Rn. 41, 42.

349 U. a. *Bauer/Krieger*, AGG, § 9 Rn. 2; *Lindemann*, in: *Hey/Forst*, AGG, § 9 Rn. 4; *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 9 Rn. 2 u. 4; *Schleusener/Suckow/Voigt*, AGG, § 9 Rn. 3; vgl. auch *Thüsing*, NZA 2002, S. 306 (312); *ders.*, JZ 4/2004, S. 172–179, 178; *Dütz*, NZA 2006, S. 65 ff.

350 BT-Drs. 16/1780, S. 35. Dort angeführt sind: BVerfG v. 16.10.1968, BVerfGE 24, 236 (246 f); BVerfG v. 11.10.1977, BVerfGE 46, 73 (85 ff.); BVerfG v. 4.06.1985, BVerfGE 70, 138–173.

351 Pfarrer/Priester, Bischöfe, Mönche, Ordensschwestern und andere gemäß spezifisch klerikalem Recht tätige Personen unterfallen bei den christlichen Großkirchen nicht dem (privatrechtlich organisierten) allgemeinen Arbeits(vertrags)recht, sondern einem spezifisch öffentlich-rechtlichen Statusrecht, für sie gilt das AGG überhaupt nicht, vgl. *v. Roetteken*, AGG, § 6 Rn. 12. Insofern dürfte der Ausschluss von Frauen vom Priesteramt nicht nach dem AGG zu beurteilen sein, ähnliches gilt für offen homosexuell lebende Priester.

352 Zuletzt BVerfG v. 22.10.2014 – 2 BvR 661/12 –, Rn. 85.

Im Konfliktfall steht das korporative Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften den individuellen Grund- und Menschenrechten der Bewerber*innen und Beschäftigten gegenüber.[353] Das stellt die Frage nach dem Vorrang, idealtypisch fokussiert auf Art. 4 GG, die Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit der Kirchen und ihrer Beschäftigten.[354] Beide Seiten können sich auf das Grundrecht der Religionsfreiheit berufen.[355] Die formale Geltung der Vertragsfreiheit schränkt Beschäftigte, die sich vertraglich zur Beachtung bestimmter kirchenspezifischer Obliegenheiten verpflichtet haben, in ihrer Berufung auf Grundrechte zwar mehr ein als Arbeitgebende, jedoch gilt auch hier ein Abwägungsgebot, denn Arbeitnehmer*innen haben in der Regel keine wirklich freie Wahl des Arbeitsplatzes, insbesondere nicht in monopolisierten Arbeitsmarktsegmenten.[356]

Die staatliche Neutralität in religiöser und weltanschaulicher Hinsicht verbietet es dem Staat grundsätzlich, die religiösen oder weltanschau-

353 Auf der Seite der beschäftigten Individuen können außer der Religionsfreiheit und der Gleichbehandlung auch andere Grundrechte in Bezug auf die Entfaltung der Persönlichkeit, auf die Gewissensfreiheit und das Recht auf Partnerschaft und Familie betroffen sein.

354 Für einen Vorrang des korporativen Selbstbestimmungsrechts gegenüber dem individuellen Grundrecht aus Art. 4 GG treten als staatsrechtliche Kommentatoren ein: *v. Campenhausen, Axel*: § 157. Religionsfreiheit. In: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band VII. 3. Aufl. Heidelberg 2009, Rn. 125; *v. Campenhausen, Axel und Unruh, Peter,* zu Art. 137 WRV, in: Mangoldt, Klein, Friedrich und Starck, Christian: Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, 6. Aufl., München 2010, Rn. 27; *Korioth, Stefan*: Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 WRV. In: Maunz, Theodor und Dürig, Günter (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar. 42. Lieferung. Februar 2003. Stand: 2013. München, Rn. 21.

355 Zwar verpflichten Grundrechte in erster Linie den Staat, jedoch sind kollidierende Grundrechte von Arbeitgeber*innen und Arbeitnehmer*innen bei der Anwendung der Generalklauseln von § 315 BGB und § 242 BGB „in ihrer Wechselwirkung zu sehen und so zu begrenzen, dass die geschützten Rechtspositionen für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden", vgl. BAG v. 10.10.2002, 2 AZR 472/01, unter B.3.c) (Verkäuferin mit Kopftuch) unter Berufung auf BVerfG v. 18.10.1993, 1 BvR 1044/89, BVerfGG 89, 214.

356 Die großen christlichen Kirchen und ihre sozial-karitativen Werke Caritas und Diakonie beschäftigen zusammen circa 1,2 bis 1,4 Millionen Arbeitnehmer*innen, somit stellen sie in Deutschland nach dem Staat den größten Arbeitgebenden dar. Diese sozial-karitativen Werke und sonstigen Einrichtungen wurden erst in der Zeit der Bundesrepublik als Teil des kirchlichen Arbeitsrechts bedeutsam, in der Weimarer Republik waren sie eigenständige Träger im karitativen Bereich und fielen daher nicht unter den Art. 137 Abs. 3 WRV. Der entscheidende Ausbau der Belegschaft von Caritas und Diakonischem Werk auf der Grundlage des Arbeitsrechts setzte erst mit der Schaffung des Bundessozialhilfegesetzes (1961) und der damaligen Ausweitung der Subsidiarität ein. Im Hinblick auf das AGG fand die den Anwendungsbereich erweiternde Einbeziehung der „zugeordneten Einrichtungen" in den Wortlaut des § 9 AGG erst in einer späten Phase der Gesetzgebung zum AGG statt.

lichen Positionen der Individuen und der Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaften zu bewerten, so dass die staatlichen Arbeitsgerichte bei Eingriffen zugunsten der Beschäftigten – das Arbeitsrecht ist grundsätzlich ein Arbeitnehmerschutzrecht – auf die kirchliche Selbstbestimmung bzw. auf das kirchliche Selbstverständnis Rücksicht nehmen müssen.[357] Andererseits gebietet die Schutzpflicht gegenüber den beschäftigten Grundrechtsträger*innen eine ergebnisoffene Abwägung im Einzelfall.[358]

Das BVerfG erachtet eine Abwägung der gegenüberstehenden Grundrechtspositionen im Einzelfall für notwendig.[359] Die sogenannte Stufenlehre des BVerfG[360] legt fest, inwieweit die staatlichen Gerichte Tatsachenbewertungen und Entscheidungen der Religionsgemeinschaften überprüfen und korrigieren dürfen oder als Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts der Kirchen und ihrer Einrichtungen hinzunehmen haben.[361]

357 Diese Auffassung betonen diejenigen, die dem kirchlichen Standpunkt eine weitgehende Autonomie gegenüber den Eingriffsmöglichkeiten staatlicher Gerichte (und Gesetze) zubilligen. Vgl. z. B. *Richardi*, NZA 2006, S. 881 ff.; *Thüsing*, JZ 2004, S. 172 (173).

358 *Müller*: Kirchliches Selbstbestimmungsrecht und individuelles Arbeitsrecht, 2015.

359 BVerfG v. 4.06.1985, BVerfGE 70, 138 ff sowie 22.10.2014, 2 BvR 661/12.

360 Auf der ersten Stufe soll danach festgestellt werden, welche Loyalitätserwartungen jeweils arbeitsvertraglich vereinbart sind, welche Glaubensgrundsätze Gegenstand der Loyalitätsobliegenheiten sind und ob solche Pflichten tatsächlich verletzt wurden. Dies richtet sich ausschließlich nach den von den verfassten Kirchen anerkannten Maßstäben. Die Arbeitsgerichte sollen lediglich die Plausibilität der Darlegungen von kirchlichen Arbeitgebenden prüfen dürfen. Zudem dürfen die Arbeitsgerichte prüfen, ob das kirchliche Selbstverständnis im Einklang mit verfassungsrechtlichen und sonstigen Grundprinzipien der Rechtsordnung steht. Auf der zweiten Prüfungsstufe sollen die Arbeitsgerichte dann die Selbstbestimmung der Kirchen den Interessen und Grundrechten der Arbeitnehmer*innen in einer „offenen Gesamtabwägung" gegenüberstellen. Allerdings habe nochmals eine zweistufige Prüfung stattzufinden, die die Auflösung der möglichen unmittelbaren Verfassungs- und Grundrechtskonkurrenzen zum Ziel hat. Wiederum hat laut BVerfG das Hauptaugenmerk auf der kirchlichen Position und der kirchlichen Gewichtung der Verstöße von Arbeitnehmer*innen zu liegen. Das staatliche Gericht darf auf keinen Fall seine eigene Position an die Stelle derjenigen von kirchlichen Arbeitgebenden setzen. Vgl. auch *Hammer, Ulrich*, ZTR 10/2015, S. 551 (552 und 554).

361 Der Zweite Senat des BVerfG hat bereits in seinem Beschluss vom 4.06.1985 (BVerfGE 70, 138 ff) festgestellt, dass die partiell seit den 1970er Jahren etablierte arbeitsgerichtliche Rechtsprechung mit ihrer Abstufung nach Verkündungsnähe gegen das kirchliche Selbstbestimmungsrecht verstoße. Den verfassten Kirchen müsse grundsätzlich die verbindliche Entscheidung darüber zugesprochen werden, was „die Glaubwürdigkeit der Kirche und ihrer Verkündigung erfordert". Daran seien auch die Arbeitsgerichte gebunden, anderenfalls setzten sie sich in Widerspruch zu Grundprinzipien der bundesdeutschen Rechtsordnung (BVerfG v. 22.10.2014, 2 BvR 661/12, Rn. 9).

Diese Gewichtung der Prüfungsabfolge führt faktisch zu einer Begünstigung der Auffassung, wonach es sich bei dem korporativen Selbstbestimmungsrecht der Kirchen quasi um ein absolutes Recht handelt. Trotz „offener Gesamtabwägung" müsse das Selbstbestimmungsrecht letztlich den Vorrang vor individuellen Grundrechten der Bewerber*innen und Beschäftigten haben. Diese Auffassung überzeugt nicht, da sie die Ergebnisoffenheit des Abwägungsvorgangs im Einzelfall unterläuft.[362] Wenn der Staat sich von vornherein auf die Seite der Kirchen stellt, verletzt er seine Neutralitätspflicht in Form der Gleichbehandlung jeweils schutzbedürftiger Grundrechtsträger*innen.

Darüber hinaus wird zugunsten von § 9 AGG auf Erwägungsgrund Nr. 24 in der Präambel der Richtlinie verwiesen, in dessen Satz 1 ausdrücklich die Achtung des Status der Kirchen und weltanschaulichen Gemeinschaften in den Mitgliedstaaten zum Ausdruck gebracht wird. In Satz 2 der Erwägung wird wiederum zugesichert, dass die Mitgliedstaaten „in dieser Hinsicht spezifische Bestimmungen über die wesentlichen, rechtmäßigen und gerechtfertigten beruflichen Anforderungen beibehalten oder vorsehen [dürfen], die Voraussetzung für die Ausübung einer diesbezüglichen beruflichen Tätigkeit sein können". Jedoch ist dies eine verkürzte Formulierung, während der verbindliche Wortlaut des Art. 4 Abs. 2 Satz 1 der Richtlinie den zweigliedrigen Maßstab – tätigkeitsbezogene Anforderung und Ethos – zwingend vorschreibt. Ferner erklärt sich aus der zentralen Festlegung der Richtlinie in Abs. 1 von Art. 4 für alle Diskriminierungskategorien, dass eine Ungleichbehandlung nur dann keine Diskriminierung darstellt, wenn „das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt". Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie gibt also den Grundsatz vor, dass im allgemeinen Arbeitsleben nur tätigkeitsbezogene Ungleichbehandlungen wegen eines der geschützten Merkmale gerechtfertigt sein können. Art. 4 Abs. 2 bestimmt sodann, unter welchen Voraussetzungen und in welchen Grenzen Mitgliedstaaten von der Ausnahmemöglichkeit im Hinblick auf Religionsgemeinschaften und das Merkmal Religion oder Weltanschauung Gebrauch machen dürfen.

Es stellt sich die Frage, ob der Begriff der „Wesentlichkeit" der Anforderung gemeinschaftsrechtlich (vgl. Art. 4 Abs. 2 Satz 1 RL 2000/78/EG) dazu zwingt, eine „gewisse funktionale Differenzierung" bei den kirchlichen

362 So auch die Einschätzung von *Müller*, Kirchliches Selbstbestimmungsrecht und individuelles Arbeitsrecht, 2015, S. 27 f.

Beschäftigten oder den Arbeitnehmer*innen der sozial-karitativen Werke vorzunehmen, beispielsweise Putzkräfte, Gärtner*innen oder Köch*innen anders zu behandeln als pädagogisch Tätige. Während eine solche Differenzierung zum Teil abgelehnt wird,[363] bejahen andere deren Notwendigkeit als gemeinschaftsrechtliche Vorgabe. Allerdings seien die Grenzen der Wesentlichkeit „eher zurückhaltend zu bestimmen". [364]

Zum Selbstverständnis der christlichen Dienstgemeinschaft gehört grundsätzlich, dass alle Beschäftigten Mitglieder der entsprechenden Kirche bzw. Konfession sein sollten.[365] Dabei ist die Evangelische Kirche in Deutschland in ihrer Richtlinie des Rates zu Art. 9 b ihrer Grundordnung von 2005 noch strenger als die Katholische Kirche, da der Rat der Evangelischen Kirche in § 3 der Richtlinie erwartet, dass beruflich Tätige Mitglied in einer der evangelischen Gliedkirchen oder in einer Kirche sind, mit der die Evangelische Kirche Deutschlands in Kirchengemeinschaft verbunden ist.[366] Die Katholische Kirche in Deutschland erwartet nach der 2015 reformierten Grundordnung gemäß Art. 3 lediglich, dass alle Mitarbeiter*innen die Eigenart des kirchlichen Dienstes bejahen (Abs. 1). Dies ist bei der Einstellung zu prüfen. Der kirchliche Dienstgeber muss durch Festlegung „der entsprechenden Anforderungen" sicherstellen, dass alle Mitarbeiter*innen „ihren besonderen Auftrag glaubwürdig erfüllen können" (Abs. 3).

---

363 Nach Joussen dürfe in die Diskrepanz zwischen Art. 4 der Richtlinie und § 9 AGG kein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht hineingelesen werden. Auch wenn der Erwägungsgrund 23 die Ausnahme nur in enger Auslegung zulässt, müsse doch berücksichtigt werden, wie zentral in Deutschland die Selbstbestimmung und das Selbstverständnis beider großer christlicher Kirchen als christliche Dienstgemeinschaft sind. Insbesondere in Verbindung mit Art. 4 Abs. 2 Satz 3, der Ermöglichung der Auferlegung von Loyalitätspflichten, drücke sich aus, dass das Gemeinschaftsrecht auf der Grundmaxime beruhe, solch verfassungsrechtlich fundierte Ausnahmen in den Mitgliedstaaten bestehen zu lassen, *Joussen*, NZA 2008, S. 679 (678 f.).

364 *V. Roetteken*, AGG, § 9 Rn. 45, unter Berufung auf Wank, Beilage zu NZA 222/2004, S. 16, als Gegenmeinungen führt er *Richardi*, NZA 2006, S. 881 (885) und *Thüsing*, JZ 2004, S. 172 (176 f.) an. Thüsing hält es „wohl" für zulässig, auf eine funktionale Differenzierung bei sämtlichen Beschäftigten zu verzichten. Auch *Beauregard/Baur* lehnen die Differenzierung nach Verkündungsnähe ab, Loyalitätspflichten des Arbeitnehmers, NZA-RR, 2014, S. 625 ff., Onlinefassung, S. 5.

365 So heißt es in § 2 der Richtlinie des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD) nach Art. 9 Buchst. b Grundordnung über die Anforderungen der privatrechtlichen beruflichen Mitarbeit in der Evangelischen Kirche in Deutschland und des Diakonischen Werkes vom 1.07.2005, dass „alle Männer und Frauen" in Anstellungsverhältnissen in Kirche und Diakonie dazu beitragen, den Auftrag zu erfüllen, das „Evangelium in Wort und Tat zu bezeugen".

366 Richtlinie des Rates der EKD nach Art. 9 Buchstabe b Grundordnung vom 1.07.2005 (im Folgenden: EKD-Richtlinie).

Allerdings wird für die Zugehörigkeit zur Kirche in beiden Regelwerken danach differenziert, wie verkündungsnah die Tätigkeit definiert ist. Verkündungsnah sind „pastorale und katechetische sowie in der Regel erzieherische und leitende Aufgaben“ in der Katholischen Kirche, die ausschließlich mit Katholiken besetzt werden können bzw. dürfen (Art. 3 Abs. 2 Grundordnung); in der Evangelischen Kirche kann bei Aufgaben, die nicht der „Verkündigung, Seelsorge, Unterweisung oder Leitung“ dienen, von dem Grundsatz der notwendigen Zugehörigkeit zur Evangelischen Kirche abgewichen werden „wenn andere geeignete Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter nicht zu gewinnen sind“ (§ 3 Abs. 2 EKD-Richtlinie). Auch dann sollten die Mitarbeiter*innen aber einer christlichen Kirche[367] angehören. Nichtchristliche Beschäftigte können eingestellt werden, der Einzelfall muss jedoch „unter Beachtung der Größe der Dienststelle oder Einrichtung und ihrer sonstigen Mitarbeiterschaft sowie der wahrzunehmenden Aufgaben und des jeweiligen Umfeldes“ geprüft werden (§ 3 Abs. 2 Satz 3 EKD-Richtlinie). Nichtchrist*innen ist das christliche Menschenbild nahezubringen. Sie haben aber auch den kirchlichen Auftrag zu beachten (§ 2 Abs. 2 und § 4 Abs. 4 EKD-Richtlinie), während christliche Beschäftigte jeweils aktiv eintreten sollen für die jeweiligen Werte und die christliche Prägung ihrer Einrichtung (§ 4 Abs. 3 EKD-Richtlinie). In katholischen Diensten geht es bei allen Mitarbeiter*innen um die glaubwürdige Erfüllung ihres besonderen Auftrags (Art. 3 Abs. 3 Grundordnung). Ansonsten werden Loyalitätspflichten und Verhaltenserwartungen in dreifacher Hinsicht nach der Zugehörigkeit zur Katholischen Kirche bzw. zu einer christlichen Konfession abgestuft, die nichtchristlichen Mitarbeiter*innen haben zumindest eine Pflicht zur Erfüllung ihrer Aufgaben „im Sinne der Kirche“.[368] Außerdem werden in beiden kirchlichen Regelwerken der Austritt aus der jeweiligen Kirche sowie kirchenfeindliches Verhalten (§ 3 Abs. 3 EKD-Richtlinie, Art. 3 Abs. 4, Art. 4 Abs. 4 Grundordnung) als Einstellungshindernisse ausgewiesen.

367 Sie sollten einer anderen Mitgliedskirche der Arbeitsgemeinschaft christlicher Kirchen in Deutschland oder der Vereinigung Evangelischer Freikirchen angehören, vgl. § 3 Abs. 2 Satz 2 der EKD-Richtlinie.

368 An katholische Mitarbeiter*innen werden die höchsten Anforderungen gestellt, nämlich die Anerkennung der katholischen Glaubens- und Sittenlehre, allerdings abgestuft nach Verkündungsnähe (Art. 4 Abs. 1); von christlichen, nicht katholischen Mitarbeiter*innen werden die Achtung und das Bemühen um Verwirklichung der „Wahrheiten und Werte“ des Evangeliums (Art. 4 Abs. 2 Grundordnung) erwartet, von nichtchristlichen Mitarbeiter*innen dagegen lediglich die Bereitschaft, die übertragenen Aufgaben „im Sinne der Kirche“ zu erfüllen (Art. 4 Abs. 3 Grundordnung).

Wenn sich für den verkündungsnahen Bereich aus dem Tätigkeitsbezug in Verbindung mit dem Selbstverständnis der Religionsgemeinschaft das Recht ergibt, die Person bei Einstellung oder Beförderung zu bevorzugen, die der geforderten Konfession oder Religion angehört, dürfte – nach der Systematik der Rahmenrichtlinie – im verkündungsfernen Bereich eine Ungleichbehandlung gleich oder besser qualifizierter und geeigneter Bewerber*innen gerade nicht erfolgen. Anderenfalls verbliebe für den Tätigkeitsbezug in Art. 4 Abs. 2 Satz 1 RL 2000/78/EG kein Regelungsinhalt. Insofern wird mit der Differenzierung nach der Wesentlichkeit der beruflichen Anforderung, das heißt also mit der Unterscheidung nach Verkündungsnähe, bereits vollständig und verfassungsrechtlich ausreichend auf das Selbstverständnis bzw. das korporative Selbstbestimmungsrecht Rücksicht genommen. Dass Personen, auch wenn sie nicht der jeweiligen Konfession angehören, bei verkündungsfernen Tätigkeiten im Sinne einer Achtung der besonderen Prägung des kirchlichen Dienstes oder einer seiner Einrichtungen geeignet sein sollten, lässt sich durchaus als „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ im Sinne des § 8 Abs. 1 AGG bzw. des Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG verstehen. Die Frage müsste jedoch im Einzelfall bei der Qualifikationsbeurteilung geklärt werden. Über die Eignung dürfte allerdings nicht anhand pauschaler und/oder formaler Einstufungen entschieden werden. Eine sich als nicht-religiös definierende Person kann durchaus glaubwürdig bereit und in der Lage sein, die Tätigkeit im kirchlichen Sinne auszuüben und kirchenfeindliches Verhalten zu unterlassen. Dasselbe kann auch auf eine gläubige Muslima mit Kopftuch zutreffen und sogar bei einem aus der katholischen oder evangelischen Kirche ausgetretenen Menschen der Fall sein.

2.3.2.3 § 9 Abs. 2 AGG

Auch in § 9 Absatz 2 AGG sollte eine Abstufung nach der Verkünd(ig)ungsnähe der Tätigkeit erfolgen.[369]

Aufgrund innerkirchlicher Debatten und der gewachsenen Kritik, insbesondere am Umgang mit wiederverheirateten Geschiedenen und mit gleichgeschlechtlichen Lebenspartner*innen, hat sich die Katholische Kirche in Deutschland 2015 eine neue, modifizierte Grundordnung ge-

369 So *Wedde*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 9 Rn. 62–66 m. w. N.

geben.[370] Darin ist festgelegt, dass die erneute standesamtliche Heirat nach einer zivilen Scheidung zukünftig nur noch dann als schwerwiegender Loyalitätsverstoß zu werten ist, „wenn dieses Verhalten nach den konkreten Umständen objektiv geeignet ist, ein erhebliches Ärgernis in der Dienstgemeinschaft oder im beruflichen Wirkungskreis zu erregen und die Glaubwürdigkeit der Kirche zu beeinträchtigen". Gleiches gilt für das Eingehen einer eingetragenen Lebenspartnerschaft.[371]

Die Interviews mit zehn Richter*innen ergaben keine einschlägigen Erfahrungen mit der sogenannten Kirchenklausel des § 9 AGG aus jüngerer Zeit, was insgesamt auf ein geringes Klageaufkommen schließen lässt. Dies bestätigt sich bei der Beobachtung der veröffentlichten Rechtsprechung;[372] allerdings kommen viele Konflikte erst gar nicht vor Gericht[373]. Auch die Verbändebefragung erbrachte keine Stellungnahmen zu § 9 AGG. Aus den Fokusgruppen mit Berater*innen und Rechtsanwält*innen wurde ebenfalls berichtet, dass nur wenige gerichtliche Fälle zu § 9 AGG bei ihnen angefallen seien,[374] jedoch hätten sich des Öfteren Personen beraten lassen. Dabei habe es sich in Bezug auf die Katholische Kirche meistens um gleichgeschlechtliche Paare gehandelt, von denen mindestens eine Person in katholischen Diensten bzw. bei einer Einrichtung arbeitet. Gegenstand der Beratung war die Frage, ob sich die Betreffenden gefahrlos verpartnern (d. h. eine eingetragene Lebenspartnerschaft schließen) können, ohne die Kündigung oder ähnliche Sanktionen zu riskieren.[375] Auch wenn die Zahl der wegen Verletzung von Loyalitätspflichten tatsächlich gekündigten Beschäftigten bei den Kirchen oder ihren Einrichtungen gering ist,[376] fällt das Medienecho zum Teil beträchtlich aus, und die Furcht vor eigener Betroffenheit veranlasst gegebenenfalls dazu, eine Beratung aufzusuchen.

370 Vgl. „Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse", in der Fassung vom 27.04.2015. http://www.dbk.de/fileadmin/redaktion/diverse_downloads/VDD/Grundordnung_GO-30-04-2015_final.pdf [17.7.2016].

371 Pressemeldung vom 5.5.2015, Änderung des kirchlichen Arbeitsrechts. Bischöfe beschließen Novelle der „Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse". http://www.dbk.de/presse/details/?presseid=2795&cHash=-d9ed8cf1a2f0497859dc7e01ea255122 [17.7.2016].

372 *Beauregard/Baur*, NZA-RR 2014, S. 625, hier Onlinefassung, S. 2.

373 Vgl. die Fallschilderungen in *Gekeler, Corinna*: Loyal dienen. Diskriminierendes Arbeitsrecht bei Caritas, Diakonie und Co., Aschaffenburg 2013.

374 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Berlin, 01.03.2016, S. 118 ff. = Audio [ab 1:12:39].

375 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Hannover, 08.03.2016, S. 119 = Audio [1:13:00].

376 So auch *Beauregard/Baur*, ebd.

Beratende Rechtsanwält*innen aus den Fokusgruppen wiesen ihre Mandant*innen auf Gefahren hin, die trotz neuerlicher Abmilderung der Sanktionierung von Verstößen gegen Loyalitätspflichten in der Grundordnung der Katholischen Kirche nicht völlig ausgeräumt sind. Rechtsanwält*innen und Berater*innen äußerten, man könne den Mandant*innen nicht raten, sich zu verpartnern und dies den/die kirchlichen Arbeitgeber*in wissen zu lassen.[377] Davon abgesehen, dass nicht alle Bischöfe und ihre für Personal verantwortlichen Untergebenen gleichermaßen zu der moderateren Fassung der Grundordnung stünden, spiele vor allem der Gesichtspunkt der Interpretation der Regeln und der Schwere der Verstöße („schwerwiegend" oder nicht?) eine große Rolle. Zudem hänge es nicht allein vom Verhalten der betroffenen Person ab, ob ein Verstoß gegen die kirchlich gewünschte Lebensführung zu einem (objektiv) „erheblichen Ärgernis" in der Dienstgemeinschaft oder gar in der Öffentlichkeit führt. Üblicherweise seien die Personen oder Paare, die sich beraten lassen, sehr vorsichtig und loyal gegenüber der Kirche eingestellt. Manche Personen wehrten sich aber auch, und „das ist ja der eigentliche Ärger", den die Kirche dann als Grund für eine Kündigung ansehen kann.[378]

In der Evangelischen Kirche geht es – abgesehen vom Kirchenaustritt – weniger um Verstöße gegen Verhaltensregeln als grundsätzlich um die Nichtzugehörigkeit zur evangelischen Konfession oder zu einer christlichen Religionsgemeinschaft, die mit der Gemeinschaft Evangelischer Kirchen verbunden ist. Grundsätzlich gelte für beide große Kirchen, dass diese, trotz Zugeständnissen in den Grundordnungen oder Richtlinien im Hinblick auf Andersgläubige, bisher relativ streng darauf geachtet hätten, eine gewisse konfessionelle und religiöse Homogenität der Belegschaft aufrechtzuerhalten. Ein Rechtsanwalt berichtete über die Kündigungsschutzklage einer Frau, die bereits in einem ohnehin befristeten Job tätig war. Nachdem sie in einem nachträglichen Fragebogen „apostolisch" angekreuzt hatte, wurde sie sogleich freigestellt.[379]

377 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Berlin, 01.03.2016, S. 119 = Audio [1:13:00]; Fokusgruppe Berater*innen Hannover, 07.03.2016, S. 72 = Audio [1:56:07]. Es wurde davon berichtet, dass das Paar einen Sperrvermerk beim Standesamt bzw. Meldeamt eintragen lassen wollte, um zu erreichen, dass der kirchliche Arbeitgebende keine Auskunft erhält. Für die Eintragung wurde jedoch der Beweis verlangt, dass anderenfalls die Kündigung durch den Arbeitgebenden droht, Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Hannover, 08.03.2016, S. 123 = Audio [0:55:30].

378 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Hannover, 08.03.2016, S. 80 f. = Audio [0:53:34].

379 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Hannover, 08.03.2016, S. 121 = Audio [0:48:55].

Insofern herrschte in beiden Fokusgruppen breite Zustimmung für eine Differenzierung nach der Verkündigungsnähe der Tätigkeit und für deren unabhängige Beurteilung durch staatliche Gerichte.[380] Es wurde auch auf die Entwicklung hingewiesen, dass im sozial-karitativen und gesundheitlichen Bereich mehr und mehr Einrichtungen durch die Subsidiaritätsentwicklung und später durch Privatisierungen in die Verantwortung der großen Kirchen und ihrer Werke gelangt seien. Dies habe die Kirchen zu monopolartigen Arbeitgeber*innen für bestimmte Berufe gemacht.

§ 9 Abs. 2 AGG stellt die Umsetzung von Art. 4 Abs. 2 Satz 3 der Richtlinie 2000/78 dar: Die Richtlinie eröffnet hier die Möglichkeit, dass die Kirchen und andere öffentliche oder private Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, im Einklang mit den einzelstaatlichen verfassungsrechtlichen Bestimmungen und Rechtsvorschriften, „sofern die Bestimmungen dieser Richtlinie im Übrigen eingehalten werden", von den für sie arbeitenden Personen verlangen (können), dass sich diese „loyal und aufrichtig" im Sinne des jeweiligen Selbstverständnisses der Organisation verhalten. Diese Möglichkeit wurde fast wortgetreu in § 9 Abs. 2 AGG übernommen. Daher besteht insofern formale Richtlinienkonformität.

Jedoch ist sowohl Art. 4 RL 2000/78 als auch § 9 AGG als Ganzes zu betrachten. Insbesondere setzt Art. 4 Abs. 2 Satz 3 RL 2000/78 voraus, dass die Regel-Ausnahme-Struktur umgesetzt wurde und dabei die Tätigkeitsanknüpfung des Art. 4 Abs. 2 Satz 1 RL 2000/78 und auch die Differenzierung nach der Wesentlichkeit der religiös konnotierten beruflichen Anforderung konsequent umgesetzt wurden.

Die Ausnahmemöglichkeiten des Art. 4 Abs. 2 Satz 1 und 2 machen bereits den Ausnahmecharakter gegenüber dem strengen Tätigkeitsbezug der Rechtfertigungsmöglichkeit nach Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie deutlich; infolgedessen ergibt sich die Möglichkeit nach Art. 4 Abs. 2 Satz 3 RL, aufrichtiges und loyales Verhalten im Sinne des jeweiligen Ethos zu fordern, als Annex zu Abs. 2 Satz 1 und 2 und knüpft somit an die gleichen Voraussetzungen an wie die Möglichkeit der Kirchen, eine bestimmte Konfessions- oder Religionszugehörigkeit zu verlangen. In Anbetracht des zuvor Dargelegten wird klar, dass nicht immer und ohne Voraussetzungen von allen Beschäftigten eine volle Übereinstimmung

380 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Hannover und Berlin, 01.03 und 08.03.2016, S. 79 ff. = Audio [ab 35:34].

mit dem spezifischen Ethos und Selbstverständnis der Religionsgemeinschaft (oder Weltanschauung) verlangt werden kann. So müssten ein Tätigkeitsbezug und Verkündungsnähe sowie ein innerer Zusammenhang zwischen der Religion/Konfession der Beschäftigten und der Loyalitätsobliegenheit bestehen. Dies gilt insbesondere bei strittigen Loyalitätsforderungen der Katholischen Kirche, wie dem Verbot offener Homosexualität, dem Verbot der Wiederheirat nach Scheidung oder der Ablehnung von legalen Abtreibungsmöglichkeiten. Hier geht es nicht um Religions- oder Konfessionszugehörigkeit, sondern um Verhaltensregeln, die den Kern der persönlichen Lebensführung, der Gewissens- und Meinungsfreiheit sowie das Recht auf Partnerschaft und Familie betreffen.

Je nach Art der Tätigkeit lassen sich solche Loyalitätsanforderungen zwar unter Umständen im Sinne von beruflichen Anforderungen gemäß § 8 Abs. 1 AGG verstehen, woraus sich dann wiederum eine Abstufung nach der Art der konkreten Tätigkeit oder den Umständen ihrer Ausübung ergeben könnte. Art. 4 Abs. 2 Satz 2 der Richtlinie sieht aber auch vor, dass berufliche Anforderungen aus Gründen der Religion keine (weiteren) Diskriminierungen aus einem anderen Grund rechtfertigen. Das kann problematisch sein, wenn die Ungleichbehandlung vom Ethos der Religionsgemeinschaft geradezu gefordert wird, z. B. indem ein Verkündungsträger nicht offen homosexuell leben bzw. auftreten darf. Einen verpartnerten Verkündungsträger auszuschließen wäre keine Ungleichbehandlung nach der Religion, sondern im Hinblick auf die sexuelle Identität. Dies kann aber unter Umständen als berufliche Anforderung für eine verkündungsnahe Tätigkeit im Sinne des § 8 Abs. 1 AGG zulässig sein, wenn sich das Ethos der Religionsgemeinschaft heranziehen lässt.[381] Im Einzelnen kommt es darauf an, wie die Abwägung der kollidierenden Grundrechte im Ergebnis ausfällt.[382]

Der EGMR hat sich 2010 und 2011 ausführlich mit den in der damaligen kirchlichen Grundordnung niedergelegten Loyalitätsobliegenheiten, der (älteren) Rechtsprechung des BVerfG und der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG auseinander gesetzt.[383] Eine Verletzung von Art. 8 EMRK liegt danach

381 Bejaht wird dies von *Thüsing*, JZ 4/2004, S. 172 (179), aber auch von *Mahlmann*, in: Rudolf/Mahlmann m. w. N., Gleichstellungsrecht, Rn. 115; ähnlich *Belling*, NZA 16/2004, S. 885 (886).

382 Auf Priester oder andere klerikale Verkündigungsträger der christlichen Dienstgemeinschaft findet das AGG jedoch keine Anwendung, da sie nicht als arbeitsrechtlich Beschäftigte gelten und ihr spezifischer öffentlich-rechtlicher Status nicht unter § 24 AGG fällt, vgl. *v. Roetteken*, AGG, § 6 Rn. 12.

383 EGMR v. 23.09.2010, Rechtssache Schüth (S.) gegen Deutschland, Beschwerde Nr. 1620/03, Rn. 70.

dann vor, wenn die Rechte auf Achtung der Privat- und Intimsphäre und des Familienlebens nicht ausreichend gegen die Rechte des/der kirchlichen Arbeitgeber*in aus Art. 9 GG (Religionsfreiheit) und Art. 11 GG (Vereinigungsfreiheit) abgewogen werden.[384] Dies hat 2010 zu einer Verurteilung der Bundesrepublik Deutschland im Fall Schüth geführt, während bei zwei anderen deutschen Beschwerden die Einzelfallabwägung zugunsten der Religionsgemeinschaft ausging.[385]

Somit ergibt sich im Prinzip auch für § 9 Abs. 2 AGG ein Abwägungserfordernis, welches sowohl die beruflichen Anforderungen an Bewerber*innen und Beschäftigte (d. h. vor allem die Verkündungsnähe ihrer Tätigkeit), als auch die für alle gleichermaßen geltenden Gesetze, insbesondere die Grund- und Menschenrechte, einbezieht. Ob sich angesichts dieser Vorgabe unabhängig von den beruflichen Anforderungen spezifische Loyalitätspflichten generell allen Beschäftigten einer Religionsgemeinschaft oder Einrichtung richtlinienkonform auferlegen lassen, ist dann umstritten, wenn sie im Hinblick auf Grund- und Menschenrechte problematisch sind.[386] Der Richtlinientext ist insofern bereits unklar formuliert, die Umsetzung in § 9 Abs. 2 AGG spricht dem Wortlaut nach für eine von Abs. 1 unabhängige Möglichkeit, Loyalitätsforderungen zu stellen. Die Gesetzgebung verweist auf die Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes,[387] ansonsten gibt es keine weitere Begründung. Andererseits verlangt die Richtlinie, dass verfassungsrechtliche Aspekte, also auch der individuelle Grundrechtsschutz der Beschäftigten für Religion, Ehe und Familie, Lebensweisen, Gewissen usw., beachtet werden, was die Möglichkeit des gesellschaftlichen Wertewandels und der (Grund-)Rechtsfortbildung einschließt.

---

384 EGMR v. 23.09.2010, Rechtssache S. gegen Deutschland, Beschwerde Nr. 1620/03, Rn. 74 und 75.

385 EGMR v. 23.09.2010. Obst gegen Deutschland. Beschwerde Nr. 425/03; EGMR v. 03.02.2011. Siebenhaar gegen Deutschland. Beschwerde Nr. 18136/02.

386 *Thüsing* befürwortet einen zusätzlichen Rechtfertigungsgrund für Loyalitätsobliegenheiten auch im Hinblick auf die Differenzierung bezüglich der sexuellen Identität (passend zum religiösen Ethos), wenn der Rechtfertigungsgrund eine Nähe zu anderen Diskriminierungsmerkmalen aufweist, JZ 4/2004, S. 172 (179). *Mahlmann* versucht angesichts der „unklaren rechtlichen Lage" (Rn. 115) einen Mittelweg, indem zugunsten der Religionsgemeinschaft solche Ungleichbehandlungen für zulässig erklärt werden, wenn sie „in qualifizierter Weise von der Religion und Weltanschauung geboten werden und im Übrigen verhältnismäßigkeitswahrend Gemeinschaftsgrundrechte geachtet werden. Dabei ist auch hier insbesondere hinsichtlich der Art der Tätigkeit zu unterscheiden" (Rn. 116). Im Kern laufe es auf eine gelockerte Verhältnismäßigkeitsprüfung im Lichte des Ethos, aber auch nach der Art der Tätigkeit oder Umstände ihrer Ausübung hinaus (Rn. 117).

387 BT-Drs. 16/17080, S. 35 f.

Eine enge Auslegung ist angesichts des Ausnahmecharakters auch für § 9 Abs. 2 AGG und die spezifischen Loyalitätsobliegenheiten von Beschäftigten zu befürworten. Ohnehin haben die großen christlichen Kirchen schon selbst eine Differenzierung der Loyalitätspflichten nach der Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zur jeweiligen Konfession und zum christlichen Glauben in ihren Grundordnungen und Richtlinien vorgenommen (s. o.). Insofern erlegen sie den jeweiligen Konfessionsangehörigen strengste Loyalitätspflichten auf und sanktionieren infolgedessen Verstöße bei dieser Gruppe auch am stärksten. Darin äußert sich unter Umständen eine interne Ungleichbehandlung aufgrund der Religionszugehörigkeit.[388]

Weitergehende Forderungen sehen den § 9 AGG als entbehrlich an, da die beruflichen Anforderungen bereits in § 8 AGG als maßgebliches Kriterium definiert sind und bei verkünd(ig)ungsnahen Tätigkeiten auch mit der Zugehörigkeit zur jeweiligen Religionsgemeinschaft oder Weltanschauungsvereinigung verknüpft werden können.[389] Zudem erscheinen die Loyalitätspflichten, die in § 9 Abs. 2 AGG geregelt sind, insofern entbehrlich, als Arbeitnehmer*innen ohnehin zu einer gewissen Loyalität und Aufrichtigkeit gegenüber ihrem/ihrer Arbeitgeber*in verpflichtet sind. Spezifische ethische Inhalte dieser Obliegenheit können somit auch als berufliche Anforderungen im Sinne des § 8 Abs. 1 AGG gelten, jedoch nur im engen Zusammenhang mit der konkreten beruflichen Tätigkeit.

Ein weniger weitreichender Reformvorschlag, der sowohl zur Entschärfung von § 9 Abs. 1 als auch von Abs. 2 AGG verwendet werden könnte, ist die Streichung der „zugeordneten Einrichtungen“ aus Text und Anwendungsbereich des § 9 AGG. Mit diesen Einrichtungen sind die sozial-karitativen Werke Caritas und Diakonisches Werk und weitere mit den jeweiligen Kirchen durch das entsprechende Ethos verbundene Unternehmen oder Betriebe des Dritten (nicht gewinnorientierten) Sektors gemeint. Sie waren in der ursprünglichen Entwurfsfassung des Umsetzungsgesetzes der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien nicht enthalten, sondern wurden erst im Sommer 2005 aufgrund von Ausschussempfehlungen in den Gesetzestext aufgenommen.[390] Gerade diese Einrichtungen (z. B. Kindergärten, Seniorenheime und Krankenhäuser) stellen den ganz überwiegenden Anteil an Beschäftigten, die derzeit unter die Ausnahmerege-

388 Vgl. BAG v. 28.07.2016 – 2 AZR 746/14 (A) – Pressemitteilung des BAG Nr. 39/16 v. 28.07.2016.
389 So auch *Liebscher/Klose*, a. a. O., S. 19.
390 BT-Drs. 15/5717 vom 16.06.2005, S. 8.

lungen des § 9 AGG fallen. Auch die staatlichen Finanzierungsstrukturen tragen dazu bei, dass diese Einrichtungen grundsätzlich nicht anders arbeiten als weltliche Einrichtungen vergleichbarer Art. Mit der Ausgliederung der „zugeordneten Einrichtungen" ließe sich der Konfliktstoff maßgeblich vermindern. Da die ethische Verbundenheit der Einrichtungen mit der Kirche oder Religionsgemeinschaft in der Regel bestehen bleiben dürfte, wäre eine Überarbeitung der Anforderungen dieser Einrichtungen an ihre Beschäftigten bezüglich der Konfessions- und Religionszugehörigkeit sowie der ins Private ausgreifenden Loyalitätsobliegenheiten zu leisten. In rechtlicher Hinsicht würden die Einrichtungen dann gleichgestellt werden mit anderen Tendenzbetrieben im Sinne des § 118 BetrVG, bei denen die Differenzierung nach der Nähe der Tätigkeit zum jeweiligen tendenzleitenden Ethos bereits geltendes Recht ist.

2.4 Dreieckskonstellationen im Arbeitsrecht

Der Reformgesetzgeber sollte eine Regelung in das AGG aufnehmen, in der klargestellt wird, dass Arbeitgeber*innen zur Zahlung einer Entschädigung verpflichtet sind, wenn die Diskriminierung entweder durch Beschäftigte, die im Namen der Arbeitgeber*in gegenüber anderen Beschäftigten Weisungen erteilen dürfen, in Ausübung dieser Befugnisse oder durch sonstige Beschäftigte oder Dritte erfolgt ist und die Arbeitgeberin ihre Verpflichtungen aus § 12 AGG verletzt hat. Ebenso ist eine Konkretisierung der sich insbesondere aus § 12 Abs. 4 AGG ergebenden Verpflichtungen für Arbeitgeber*innen sinnvoll.

Benachteiligungen am Arbeitsplatz, insbesondere in Form von Belästigungen, erfolgen in der betrieblichen Praxis nicht ausschließlich durch Arbeitgeber*innen. In großen Unternehmen und Konzernen können Diskriminierungen auch von weisungsbefugten Vorgesetzten, Arbeitskolleg*innen sowie weiteren Personen, wie zum Beispiel Geschäftspartner*innen oder Kund*innen ausgehen.[391]

2.4.1 „Dritter" im Sinne des AGG

Die umzusetzenden Richtlinien enthalten keine Vorgaben für die Haftung der Arbeitgeber*innen bei Benachteiligungen durch Dritte. Dritte

391 *Voigt*, in: Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, § 15 Rn. 41. So auch die Ergebnisse des zweiten gemeinsamen Berichts der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, BT-Drs. 17/14400, S. 242.

können weisungsbefugte Vorgesetzte, Arbeitskolleg*innen, Geschäftspartner*innen oder Kund*innen sein. Im AGG wird nicht definiert, wer „Dritter" ist, auch die Gesetzesbegründung erlaubt hier kaum Aufschluss.[392] Im Schrifttum wird mit Verweis auf § 6 AGG die Auffassung vertreten, der Begriff „Dritte" beziehe Personen mit ein, die außerhalb des Unternehmens stehen. Zu ihnen gehören auch die Personen, die nicht aufgrund eines Arbeitsvertrages, sondern aufgrund eines Fremdpersonaleinsatzes, aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrags oder eines Leiharbeitsverhältnisses in einem Fremdbetrieb tätig sind.[393] Hierzu zählen Geschäftspartner*innen und Lieferant*innen des/der Arbeitgeber*in, nach dem Wortlaut aber auch jeder sonstige Dritte, der den Beschäftigten bei Ausübung ihrer Tätigkeit gegenübertritt.[394] Nach dem Wortlaut des § 12 Abs. 4 AGG werden alle Benachteiligungen durch betriebsfremde Dritte erfasst, die mit dem/der Arbeitgeber*in in keinerlei Verbindung stehen und den Beschäftigten lediglich zufällig bei Ausübung der geschuldeten Tätigkeit benachteiligen.[395] Somit ließen sich darunter auch Familienangehörige des/der Arbeitgeber*in und Personen, die in sonstiger Beziehung zu ihm stehen – also Fremde – fassen.[396] Für eine restriktive Auslegung des Begriffs „Dritte" spricht die Vorgängerregelung des § 4 BeschSchG, wonach der/die Arbeitgeber*in verpflichtet war, in Fällen sexualisierter Belästigung durch betriebsfremde Dritte einzuschreiten.[397]

2.4.2 Das Haftungssystem des AGG

Anders als noch im ADG-E sieht das AGG keine explizite Regelung zur Haftung der Arbeitgeberin bei Benachteiligungen durch andere Be-

392 *Voggenreiter*, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 8 Rn. 133. Die Gesetzesbegründung nennt lediglich beispielhaft Kunden des Arbeitgebenden; BT-Drs. 16/1780, S. 37.

393 *Suckow*, in: Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, § 12 Rn. 33.

394 *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 12, Rn. 26.

395 *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 12 Rn. 27, nennen als Bespiel auch einen Passanten, der den schwarzen Angestellten bei einer Auslieferungsfahrt diskriminiert.

396 *Voggenreiter*, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 8 Rn. 133 mit der Einschränkung, dass Arbeitgeber*innen Maßnahmen nur gegenüber solchen Personen ergreifen können, auf die sie auch irgendeinen rechtlichen Einfluss nehmen können. Gegenüber Fremden wird dies regelmäßig nicht der Fall sein, was ebenso für Familienmitglieder gelten dürfe.

397 *Kamanabrou*, RdA 2006, S. 321 (334 f). Dieser Auffassung folgend *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 12 Rn. 27.

schäftigte und externe Dritte vor.[398] Nachdem § 16 ADG-E verworfen wurde, richtet sich die Haftung in den genannten Konstellationen nunmehr nach § 15 AGG. Ausschließlicher Haftungsadressat für Ansprüche nach § 15 Abs. 1 und Abs. 2 AGG, die durch ein diskriminierendes Verhalten Dritter ausgelöst werden, ist der/die Arbeitgeber*in.

Bei Benachteiligungen durch Beschäftigte oder sonstige Dritte muss zwischen Haftung der Arbeitgebenden für eigene Organisationspflichtverletzungen und einer Haftung für zurechenbares Drittverhalten differenziert werden. Ein beachtlicher Teil des Schrifttums[399] vertritt die Auffassung, Arbeitgebende haften für Verletzungen ihrer Organisations- bzw. Interventionspflichten aus § 12 AGG sowohl nach § 15 AGG auf Schadensersatz als auch – unabhängig von seinem Verschulden – nach § 15 Abs. 2 AGG auf Entschädigung.[400] Die Gegenansicht empfindet diese Haftung als „zu weitgehend“[401] und „methodisch angreifbar“.[402] § 15 AGG setze demnach einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG voraus. Eine Verletzung des § 12 AGG allein begründe insoweit (noch) keine ausreichende Benachteiligung.[403] Dogmatisch stehe der Gedanke, eine Haftung über den Umweg einer Benachteiligung „in Form des Unterlassens“ zu konstruieren, auf tönernen Füßen.[404] Die Vertreter*innen dieser Ansicht nehmen allerdings überwiegend Ansprüche aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 bzw. § 823 BGB an.[405] Eine solche Haftung ist für Arbeitgeber*innen weniger streng, da die genannten Haftungstatbestände sämtlich ein Verschulden voraussetzen.[406] Die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist nicht über §§ 280 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB geschützt. Im Rahmen des § 823

398 Durch § 16 ADG-E sollte er zur Zahlung einer Entschädigung verpflichtet werden, wenn die Benachteiligung entweder durch Beschäftigte, die im Namen des Arbeitgebenden gegenüber anderen Beschäftigten Weisungen erteilen dürfen, in Ausübung dieser Befugnisse erfolgt ist (§ 16 Nr. 1 ADG-E) oder durch sonstige Beschäftigte oder Dritte erfolgt ist und der Arbeitgebende seine Verpflichtungen aus § 12 Abs. 1 bis 3 ADG-E schuldhaft verletzt hat (§ 16 Nr. 2 ADG-E), BT-Drs. 15/4538, S. 7.

399 *Bauer/Krieger*, AGG, § 12 Rn. 5 sowie § 7 Rn. 8; *Falke*, in: Rust/Falke, AGG, § 12 Rn. 4, 2007.

400 *Bauer/Krieger*, AGG, § 12 Rn. 5, § 15 Rn. 17; *Falke*, in: Rust/Falke, AGG, § 12 Rn. 4; *Kocher*, in: Schiek/Kocher, AGG, § 15 Rn. 22; *Stein*, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 15 Rn. 6; *Stoffels*, RdA 2009, 204 (207); differenzierend *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 15 Rn. 20 f.

401 Zu § 15 Abs. 2, *Voigt*, in: Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, § 15 Rn. 46.

402 *Suckow*, in: Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, § 12 Rn. 56.

403 Vgl. etwa *Annuß*, BB 2006, S. 1629 (1635); *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 15 Rn. 135 f.; *Suckow*, in: Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, § 12 Rn. 56; *Voggenreiter*, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 8 Rn. 124; Nollert-Borasio/Perreng, AGG, § 15 Rn. 7; *Stoffels*, RdA 2009, 204 (208 f); *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 15 Rn. 14.

404 *Falke*, in: Rust/Falke § 12 Rn. 4; *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, § 12 Rn. 16; *Annuß*, BB 2006, S. 1629 (1635); *Suckow*, in: Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, § 12 Rn. 57.

405 MüKo-*Thüsing*, § 12 AGG, Rn. 13.

406 Konzequenz hervorhebend *Weller*, NJW 2007, S. 960 (963).

BGB sind die qualifizierenden Voraussetzungen für Entschädigungsansprüche wegen Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu beachten.[407] Der Anspruch setzt eine nach dem objektiven Grad des Verschuldens sowie nach Anlass und Beweggrund erheblich ins Gewicht fallende Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts voraus.[408] Eine Haftung nach § 15 AGG kann sich aber im Wege der *Zurechnung* ergeben. Das AGG selbst kennt keine speziellen Zurechnungsnormen. Insoweit ist auf die allgemeinen Vorschriften zurückzugreifen.[409]

Nach einer Mindermeinung[410] haften Arbeitgeber*innen aus *Organisationsverschulden* unabhängig von eigenem Verschulden. Als Argument dient eine Analogie zum Dienstunfallrecht, wenn die Diskriminierung im Zusammenhang mit dem Beschäftigungsverhältnis steht. Organisationsverantwortung bestehe für die Zusammensetzung und Schulung des Personalkörpers.

2.4.3 Diskriminierung durch ein Verhalten von Kolleg*innen

Werden Beschäftigte durch das *Verhalten von Kolleg*innen* diskriminiert, haften Arbeitgeber*innen deshalb regelmäßig nicht aus § 15 Abs. 1 AGG, da ihm das diskriminierende Verhalten nach § 278 BGB nicht zugerechnet wird. Erfüllungsgehilf*in in Bezug auf die Erfüllung der Pflichten zum Schutz der Beschäftigten nach § 12 AGG ist nach überwiegender Ansicht nur der/die Arbeitnehmer*in, den der/die Arbeitgeber*in zu deren Erfüllung herangezogen hat.[411] Das hat zur Folge, dass sich Beschäftige, die durch Arbeitskolleg*innen diskriminiert werden, nicht unter Berufung auf §§ 280, 241 Abs. 2[412] und 278 BGB an den/die Arbeitgeber*in wenden können. Voraussetzung ist, dass die Arbeitgeberin oder ihr zurechenbare Erfüllungsgehilf*innen die Pflichten aus § 12

407 *Bauer*, ebd., S. 186.
408 BGHZ 26,349 (358 ff.).
409 *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 15 Rn. 12 und 135. Arbeitgebende müssen sich analog § 278 BGB das Verhalten Dritter (bzw. der Organe, § 31 BGB) zurechnen lassen, derer sie sich z. B. bei der Stellenausschreibung bedienen. Zur geschlechterspezifischen Stellenausschreibung durch die Bundesagentur für Arbeit vgl. BAG v. 5.2.2004 – 8 AZR 112/3 – , juris Rn. 66.
410 *V. Roetteken*, AGG, § 15 Rn. 26 i, h).
411 *Däubler*, in: Bertzbach-Deinert, AGG, § 15 Rn. 140; *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, § 15 Rn. 7; *Annuß*, BB 2006, S. 1629 (1634); *Stoffels*, RdA 2009, S. 204 (208 f.); *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 15 Rn. 14 und 16.
412 Hinsichtlich der präventiven Pflichten nach § 12 AGG handelt es sich um Nebenpflichten i. S. d. § 241 Abs. 2 AGG, MüKo-*Thüsing*, § 12 AGG, Rn. 13.

AGG verletzt haben.[413] Als problematisch erweist sich die darzulegende Kausalität zwischen der Nichterfüllung von Pflichten durch die erfolgte Diskriminierung und dem daraus entstandenen Schaden. Grundsätzlich kommen auch die §§ 823, 831 BGB als Anspruchsgrundlagen in Betracht. Persönlichkeitsverletzungen können einen Anspruch auf Geldentschädigung auch für immaterielle Schäden jedoch nur dann begründen, wenn eine schwerwiegende Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vorliegt, bei der die Beeinträchtigung nach Art der Verletzung nicht in anderer Weise befriedigend ausgeglichen werden kann.[414] Ein Organisationsverschulden der Arbeitgebenden ist zudem nur dann zu bejahen, wenn die Pflichten aus § 12 AGG nicht ausreichend erfüllt wurden. Umstritten ist ebenfalls, ob es sich bei § 12 AGG gemäß § 823 Abs. 2 BGB um ein Schutzgesetz handelt.[415]

2.4.4 Diskriminierung durch ein Verhalten von außenstehenden Dritten

Nach Auffassung von weiten Teilen der Literatur haften Arbeitgeber*innen nicht über §§ 278, 831 BGB für diskriminierendes Verhalten außenstehender Dritter wie z. B. von Gästen in einem Restaurant oder seitens sonstiger Kundschaft.[416] Nach einer Mindermeinung haften Arbeitgeber*innen aus Organisationsverschulden.[417] Arbeitgeber*innen treffen zudem eine Schutzpflicht nach § 12 Abs. 4 AGG, deren Verletzung zu ihrer deliktsrechtlichen Verantwortung nach § 823 Abs. 1 und 2 BGB und zur Vertragshaftung nach §§ 280, 241 Abs. 2 BGB führt.[418] Die DIHK beschreibt die sich aus § 12 Abs. 4 AGG ergebenden Pflichten für Arbeitgeber*innen als problematisch, wenn die Benachteiligung durch Dritte erfolgt. Die praktische Bedeutung erscheint jedoch als gering, da es bisher keinen entsprechenden Fall gab.[419]

---

413 § 7 Abs. 3 AGG kann nicht herangezogen werden, *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 15 Rn. 140.

414 ArbG Würzburg v. 23.01.2009 – 3 Ca 664/08 –, juris Rn. 74.

415 *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, § 15 Rn. 42; *Suckow*, in: Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, § 12 Rn. 55. a.A. MüKo-*Thüsing*, § 15 AGG, Rn. 52.

416 Siehe nur *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 15 Rn. 142; *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, § 12 Rn. 21 sowie § 15 Rn. 6 f.

417 Dies greift unabhängig vom eigenen Verschulden. Argumentiert wird mit einer Analogie zum Dienstunfallrecht, wenn Diskriminierung im Zusammenhang mit dem Beschäftigungsverhältnis steht. Organisationsverantwortung bestehe auch für die Zusammensetzung und Schulung des Personalkörpers, *v. Roetteken*, AGG, § 15 Rn. 26 i, h.

418 *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 15 Rn. 142.

419 Schriftliches Interview Verbände Nr. 1, S. 4; Schriftliches Interview Verbände Nr. 3, S. 3: „Keine Fälle bekannt.“.

2.4.5 Diskriminierung durch ein Verhalten von Personalberater*innen

Erfüllungsgehilf*innen sind jedoch Personalberater*innen bzw. sogenannte Headhunter. Indem Personalberater*innen für die Arbeitgeberin neue Mitarbeiter*innen gewinnen und anwerben, nehmen sie ein fremdes Geschäft wahr. Diskriminieren Personalberater*innen bei der Auswahl von Bewerber*innen, haften Arbeitgeber*innen nach § 15 Abs. 2 AGG in Verbindung mit § 278 BGB. Eine Eigenhaftung des/der Personalberater*in kommt nicht in Betracht, weil das AGG Ansprüche nur im Verhältnis zwischen Arbeitgeber*in und Beschäftigten begründet.[420] Insbesondere begründen § 15 Abs. 1 und 2 AGG nach Auffassung des BAG keine Ansprüche gegen Personalberatungsunternehmen, selbst wenn Personalvermittler*innen die endgültige Auswahl in alleiniger Verantwortung durchführt.[421] Das Urteil macht es potenziellen Kläger*innen damit deutlich schwerer, ihre Ansprüche geltend zu machen.[422] Der regelmäßige Verweis darauf, dass abgelehnte Bewerber*innen einen Auskunftsanspruch haben,[423] ändert daran nichts. Der Auskunftsanspruch bezieht sich lediglich darauf, Kenntnis darüber zu erlangen, wer der/die Auftraggeber*in und damit passivlegitimiert*e Arbeitgeber*in ist.[424] Nicht von diesem Auskunftsanspruch erfasst sind etwa die Gründe, die zu einer Ablehnung führen, und damit verbundene etwaige Verstöße gegen das AGG.[425] Das führt in der Rechtspraxis zu schwierigen Beweissituationen. Dieser Befund wird durch die Ergebnisse der Fokusgruppengespräche gestützt. Eine Vertreterin einer Beratungsstelle schildert, dass Personalvermittler*innen als Arbeitgeber*innen geführt werden mit dem Ziel der Verschleierung von Dreieckskonstellationen.[426]

---

420 BAG v. 23.02.2014 – 8 AZR 118/13 –, juris Rn. 22. Das BAG stellte mit Urteil fest, dass für die Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs nach § 15 Abs. 2 AGG der potenzielle Arbeitgebende nach § 6 Abs. 2 S. 1 AGG, der die Stelle ausgeschrieben und Bewerbungen dafür erbeten hat, der oder die richtige Anspruchsgegner*in ist. Vgl. zuletzt, LAG Köln v. 25.06.2014 – 5 Sa 75/14 –, juris Rn. 44.

421 *Voigt*, in Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, § 15 Rn. 28 mit Verweis auf BAG v. 23.01.2014 – 8 AZR 118/13 –, juris Rn. 20; *Stoffels*, RdA 2009, S. 204 (207); *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, § 15 Rn. 45; a. A. *Diller*, NZA 2007, S. 649 (650 ff.), der darauf abstellt, dass der/die Personalvermittler*in „Herr*in des Verfahrens" sei.

422 *Perreng*, JurisPR-ArbR 18/2013 Anm. 4.

423 BAG v. 23.01.2014 – 8 AZR 118/13 –, juris Rn. 29; LAG Berlin-Brandenburg v. 30.03.2006 – 10 Sa 2395/05 –, juris Rn. 26 zu § 611a BGB a. F.

424 *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 15 Rn. 26.

425 OLG Frankfurt v. 08.05.2014 – 16 U 175/13 – openJur 2014, 9692.

426 Fokusgruppe Berater*innen Berlin, 15.02.2016, S. 36 = Audio [59:00].

2.4.6 Kein hinreichender Diskriminierungsschutz

Die bestehenden Schutzlücken im Haftungssystem des AGG hinsichtlich der Entschädigungsansprüche durch diskriminierendes Verhalten von Dritten müssen geschlossen werden. Um die praktische Wirksamkeit der Richtlinien hinsichtlich eines tatsächlichen und wirksamen Rechtsschutzes sowie die angestrebte abschreckende Wirkung gegenüber Arbeitgeber*innen zu gewährleisten, darf die Haftung der Arbeitgebenden nicht vom Nachweis seines Verschuldens abhängig gemacht werden.[427] Dafür kann nicht auf die Haftung außerhalb des AGG verwiesen werden, die stets Verschulden voraussetzt. Dies steht im Widerspruch zu den unionsrechtlichen Vorgaben (siehe 4.6.1.) und stellt – soweit eine Verlagerung der Haftung auf die allgemeinen Vorschriften unter den genannten Voraussetzungen erfolgt – eine Umgehung des Schutzgedankens des Antidiskriminierungsrechts dar. Arbeitgeber*innen haften lediglich unter bestimmten Umständen für ein diskriminierendes Verhalten seiner Beschäftigten und sonstigen Dritten. Durch den skizzierten Streitstand wird die Uneinigkeit über die richtigen Anspruchsgrundlagen erkennbar. Aus Gründen der Rechtsklarheit, und um einen umfassenden Schutz gegen Diskriminierung zu ermöglichen, sollte daher bei einer Reform der Regelungsgehalt des § 16 ADG-E – freilich ohne Verschuldenserfordernis – in das AGG aufgenommen werden. Ansprüche gegen Arbeitgebende, die durch diskriminierendes Verhalten von Arbeitskolleg*innen oder Dritten ausgelöst werden, knüpfen – jedenfalls nach überwiegender Meinung – an § 12 AGG an. § 12 Abs. 1 und 2 AGG verpflichten Arbeitgeber*innen, die erforderlichen vorbeugenden Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligung wegen einer in § 1 AGG genannten Kategorie zu treffen.[428] Aufschluss darüber, wie sich der/die Arbeitgeber*in den Vorgaben des § 12 AGG entsprechend verhalten kann, gibt die Gesetzesbegründung kaum.[429] Entsprechend wäre eine Konkretisierung der sich insbesondere aus § 12 Abs. 4 AGG ergebenden Verpflichtungen für Arbeitgeber*innen sinnvoll.

427 EuGH v. 08.11.1990 – Rs. 177/88, NZA 1991, 171, 172 Rn. 24 (Dekker); *Bauer*, S. 175 f.
428 BT-Drs. 16/1780, S. 37.
429 *Voggenreiter*, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichstellungsrecht, § 8 Rn. 122; „Der Gesetzgeber gibt nicht zu erkennen, welche Reaktionen des Arbeitgebers in Betracht kommen. Ob der Arbeitgeber Dritte über das Antidkiskiminierungsrecht aufklären und ihn auffordern muss, dass benachteiligende Verhalten einzustellen oder ob er gar bestehende Geschäftsbeziehungen abbrechen muss, bleibt offen.“ *Kamanabrou*, RdA 2006, S. 321 (334).

3. Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz

3.1 Schutzbereich

3.1.1 Rassistische Diskriminierung und ethnische Herkunft

Der in § 19 Abs. 3 AGG enthaltene besondere Rechtfertigungsgrund für die Vermietung von Wohnraum und die in § 19 Abs. 5 Satz 1 und 2 AGG geregelten Ausnahmen bei Nähe- und Vertrauensverhältnissen sollten für die Kategorien „Rasse“ und ethnische Herkunft ersatzlos gestrichen werden.

Umsetzungsfehler des § 19 AGG vor dem Hintergrund der Antirassismusrichtlinie sind auf zwei Regelungsebenen festzustellen. Zwar wird der generelle Anwendungsbereich des durch die Richtlinie vermittelten Schutzes vor rassistischer Diskriminierung in § 19 Abs. 2 AGG mit seinem vollumfänglichen Verweis auf § 2 Abs. 1 Nr. 5 bis 8 AGG zunächst entlang der Vorgaben des EU-Rechts ausgestaltet. Partielle Rücknahmen dieses generellen Schutzes über spezielle Bereichsausnahmen und besondere Rechtfertigungsgründe führen indessen wieder zur Unionsrechtswidrigkeit und müssen durch die Reformgesetzgebung behoben werden.

Der Anwendungsausschluss des § 19 Abs. 5 AGG ist in seinen ersten beiden Sätzen mit der RL 2000/43/EG unvereinbar, soweit er Benachteiligungen wegen der „Rasse“ oder der ethnischen Herkunft betrifft. In Art. 3 Abs. 2 der Antirassismusrichtlinie wird klargestellt, dass unterschiedliche Behandlungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit nicht erfasst sind. Art. 4 enthält ferner eine Einschränkung des Diskriminierungsschutzes, die nur für das Arbeitsrecht relevant ist. Anders als die Genderrichtlinie enthält die Antirassismusrichtlinie aber keine Einschränkung hinsichtlich des Privat- und Familienlebens. Somit gilt das Diskriminierungsverbot der Richtlinie vollumfänglich in dem durch Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie vorgegebenen und in § 2 Abs. 1 AGG korrekt wiedergegebenen Bereich des Zivilrechtsverkehrs.[430] Die Bereichsausnahmen des § 19 Abs. 5 Sätze 1 und 2 AGG widersprechen daher nicht nur der Genderrichtlinie (dazu sogleich), sondern verstoßen darüber hinaus gegen die Antirassismusrichtli-

430 Als weitere Ausnahme ließe sich freilich auch hier die Ermächtigung zu „positiven Maßnahmen“ lesen, die Art. 5 der Richtlinie auch für ihren Geltungsbereich vorsieht.

nie.[431] Die in § 19 Abs. 5 Satz 1 und 2 AGG vorgesehenen Ausnahmen eines Nähe- oder Vertrauensverhältnisses und der Nutzung von Wohnraum auf demselben Grundstück sind nicht mit dem Diskriminierungsverbot der Antirassismusrichtlinie vereinbar.[432] Die amtliche Begründung, wonach diese Ausnahmen durch den vierten Erwägungsgrund der Richtlinie gedeckt werden,[433] ist nicht überzeugend. Der Erwägungsgrund verweist auf den Schutz der Privatsphäre und des Familienlebens. Erwägungsgründe sind jedoch ausschließlich eine Auslegungshilfe für den nachfolgenden Regelungsteil der Richtlinie. Dort findet sich aber gerade keine explizite Bereichsausnahme, so dass die weitergehenden Ausnahmen europarechtswidrig sind.[434]

Die in § 19 Abs. 3 AGG vorgesehene Rechtfertigung, bei der Vermietung von Wohnraum „im Hinblick auf die Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen und ausgewogener Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse“ zu differenzieren, ist europarechtlich nicht vorgesehen und nicht europarechtskonform. Eine Auslegung, die den Anwendungsbereich des mit § 2 Abs. 1 AGG korrespondierenden Art. 3 der Richtlinie verkleinert, scheidet aus. Europarechtskonform ist hier allein ein Verständnis, das § 19 Abs. 3 AGG als Konkretisierung der Ermächtigung zu positiven Maßnahmen im Sinne des Art. 5 der Richtlinie fasst.[435] Diese einzig richtlinienkonforme Auslegung macht die Vorschrift allerdings vor dem Hintergrund des § 5 AGG gegenstandslos. Aus Gründen der Transparenz empfiehlt es sich daher, zumindest die Diskriminierungskategorien der „Rasse“ und der ethnischen Diskriminierung ausdrücklich aus dem Regelungsbereich des § 19 Abs. 3 AGG auszuschließen.

---

431 § 19 Abs. 5 Satz 3 AGG bezieht sich im Gegensatz zu den ersten beiden Sätzen desselben Absatzes schon tatbestandlich nur auf Massengeschäfte i. S. d. § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG, die wegen § 19 Abs. 2 AGG kein Kriterium der rassistischen oder ethnischen Diskriminierung sind.

432 MüKo-*Thüsing*, AGG § 19, Rn. 95 und AGG Vor § 19, Rn. 12.

433 BT-Drs. 16/1780, S. 42. Dem folgend *Bauer/Krieger*, AGG, § 19 Rn. 17.

434 MüKo-*Thüsing*, AGG, § 19, Rn. 98; *Wrase*, ZESAR 2005, S. 229 (231).

435 So auch *Eggert*, in: Rust/Falke, AGG, § 19 Rn. 120 f., wo allerdings ein wiederum zweifelhafter Rückgriff auf die Erwägungsgründe der Richtlinie angedacht wird; deutlich MüKo-*Thüsing*, AGG, § 19, Rn. 85; kritisch auch *Ambrosius/Klose/Baunroth*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 19 Rn. 40; zumindest für unmittelbare Diskriminierungen auch *Weimann*, in: Hey/Forst, AGG, 2. Auflage 2015, § 19 Rn. 156; *Wendtland*, in: Bamberger/Roth, AGG, § 19 Rn. 30; a. A. über eine teleologische Auslegung, wonach eine Ghettoisierung auch dem Zweck der Richtlinie zuwiderlaufe *Derleder*, NZM 2007, 625 (632).

3.1.2 Geschlecht

Für die Kategorie Geschlecht ist der Schutzbereich des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots auf alle Güter und Dienstleistungen auszuweiten, die der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen. Umsetzungsdefizite mit Blick auf die Genderrichtlinie 2004/113/EG bestehen sowohl bei § 19 Abs. 1 AGG als auch wegen der Bereichsausnahme des § 19 Abs. 5 AGG. Sie sind durch den Reformgesetzgeber zu beheben.

In § 19 Abs. 1 AGG ist geregelt, dass Diskriminierungen wegen des Geschlechts im Zivilrecht nur dann verboten sind, wenn es sich um Massengeschäfte, vergleichbare Geschäfte, bei denen das Ansehen der Person von nachrangiger Bedeutung ist, oder Versicherungsverträge handelt. Der Anwendungsbereich der RL 2004/113/EG umfasst dagegen nach Art. 3 alle Personen, die Güter und Dienstleistungen bereitstellen, die der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen, und zwar in öffentlichen und privaten Bereichen, einschließlich öffentlicher Stellen, und die außerhalb des Bereichs des Privat- und Familienlebens und der in diesem Kontext stattfindenden Transaktionen angeboten werden.

Durch die Formulierung in § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG wird der Anwendungsbereich der Richtlinie auf Verträge eingeengt, die „zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen“. Die große Mehrzahl der Geschäfte, die „ohne Ansehen der Person“ stattfinden, dürfte zugleich auch dieses zweite einschränkende Merkmal erfüllen.[436] Es sind aber durchaus Fälle denkbar, die – ohne dass es auf das Ansehen der Person ankommt – nicht zu vergleichbaren Bedingungen abgeschlossen werden.[437] Die Hinzunahme der Tatbestandsmerkmale der „vergleichbaren Bedingungen“ und der „Vielzahl von Fällen“ im AGG kann daher den Anwendungsbereich der Richtlinie einschränken. Der Gesetzgeber sollte daher die Regelung richtlinienkonform neu fassen.[438]

436 *MüKo-Thüsing*, AGG § 19 Rn. 12; *Franke/Schlichtmann*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 3. Auflage 2013, § 19 Rn. 33.

437 Denkbar wäre etwa der Fall des nur einmaligen Verkaufs eines einzelnen Guts, bei dem die Verkäufer*in aufgrund der Umstände zu erkennen gibt, dass sie sich ihre Vertragspartner*in nicht nach bestimmten Kriterien auszusuchen gedenkt, vgl. *Rühl/Schmid/Viethen*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2007, S. 118.

438 Ebenso *Wrase*, ZESAR 2005, S. 229 (231); *Rühl/Schmid/Viethen*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2007, S. 118; *Bittner/Rödl*, in: Rust/Falke, AGG, § 19 Rn. 30; MüKo-*Thüsing*, AGG § 19, Rn. 12 f. geht hier wohl von der Möglichkeit aus, die Vorschrift europarechtskonform auszulegen, empfiehlt allerdings gleichwohl „Nachbesserungen“.

Der Anwendungsausschluss in § 19 Abs. 5 AGG geht über die Richtlinienvorgaben hinaus und ist damit ebenfalls unionsrechtswidrig. Nach Art. 3 Abs. 1 RL 2004/113/EG erstreckt sich der Schutz nicht auf das Privat- und Familienleben. In § 19 Abs. 5 AGG werden darüber hinaus aber auch sämtliche Schuldverhältnisse vom Schutzbereich ausgeschlossen, „bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird". Damit leidet die Vorschrift nicht nur an mangelnder Bestimmtheit,[439] sondern missachtet neben der Genderrichtlinie wie gesehen auch die Antirassismusrichtlinie. Zwar wird vorgeschlagen, das Merkmal der „Nähe- und Vertrauensverhältnisse" unionsrechtskonform eng auszulegen und den von der Richtlinie geforderten Bezug zum Privat- und Familienleben dort „hineinzulesen".[440] Im Interesse der Transparenz und Bestimmtheit des Gesetzes sollte hier jedoch die Unionsrechtskonformität des AGG nicht allein den Gerichten überlassen bleiben. Eine Reform ist daher dringend geboten.[441]

Dies gilt gleichermaßen für die Sätze 2 und 3 des § 19 Abs. 5 AGG. Der in Satz 2 genannte Aspekt, wonach bei Mietverträgen ein Nähe- oder Vertrauensverhältnis indiziert sei, wenn die Parteien oder ihre Angehörigen Wohnraum auf demselben Grundstück nutzten, hat mit den in der Richtlinie genannten Geschäften aus dem Bereich des Privat- und Familienlebens nichts mehr zu tun.[442] Nichts anderes lässt sich über die Regelvermutung des Satzes 3 sagen, die Vermieter*innen von maximal 50 Wohneinheiten von den Vorgaben des AGG entbinden will. Zwar lassen Satz 2 und Satz 3 Raum für eine richterliche Einzelfallbetrachtung, die die unionsrechtlichen Vorgaben gebührend berücksichtigen muss. Dadurch wird auch ein richtlinienkon-

439 Vgl. zu den Auslegungsschwierigkeiten selbst ohne Rücksicht auf europarechtliche Bedenken MüKo-*Thüsing*, AGG § 19, Rn. 95, 102 ff.

440 Siehe etwa *Ambrosius/Klose/Braunroth* in Däubler/Bertzbach, AGG, 3. Auflage 2013, § 19 Rn. 58.

441 Massive europarechtliche Zweifel auch bei *Bittner/Eggert*, in: Rust/Falke, AGG, § 19 Rn. 137; MüKo-*Thüsing*, AGG § 19, Rn. 100. Soweit etwa *Bauer/Krieger*, AGG, § 19 Rn. 16 zu einer Rechtfertigung der Vorschrift auf die Erwägungsgründe Nr. 4 der RL 2000/43/EG und Nr. 3 der RL 2004/113/EG und mittelbar auf die europäischen Grundrechte rekurrieren, ist dies zweifelhaft. Die Erwägungsgründe haben nur erklärenden Charakter und keine selbstständige Rechtswirkung. Mit Blick auf das Grundrecht und auf den Schutz des Privat- und Familienlebens bleibt es vorrangig dem europäischen Gesetzgeber überlassen, eine Balance mit den ebenfalls grundrechtlich fundierten Diskriminierungsverboten herzustellen. Ein unmittelbarer Rückgriff auf die europäischen Grundrechte scheidet damit regelmäßig aus, dazu sogleich.

442 Kritisch ob des zu weiten Tatbestands auch MüKo-*Thüsing*, AGG § 19, Rn. 112 ff.

formes Ergebnis ermöglicht.[443] Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Vorschriften als solche europarechtswidrige Ermessenslenkungen vorzugeben suchen und daher unmittelbar gegen die Genderrichtlinie verstoßen. Ferner ist auch hier daran zu erinnern, dass eine Beschränkung des Schutzes von sexueller Belästigung auf das Arbeitsleben mit Art. 2 d RL 2004/113/EG und Art. 2 Abs. 2 RL 2002/73/EG nicht vereinbar ist.[444]

3.1.3 Weltanschauung

Im zivilrechtlichen Teil des AGG sollte das Diskriminierungsverbot in § 19 Abs. 1 AGG um die Kategorie Weltanschauung ergänzt und damit eine Schutz- und Regelungslücke geschlossen werden.

Eine diesbezügliche europarechtliche Verpflichtung besteht allerdings nicht. Die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG bezieht sich nur auf das Berufs- und Erwerbsleben, die RL 2003/113/EG nur auf das Geschlecht und die RL 2000/43/EG auf Rasse und ethnische Herkunft.[445] Gleichwohl wird das Merkmal Weltanschauung in Art. 4 GG wie auch in Art. 10 Grundrechte-Charta und Art. 9 EMRK gleichrangig geschützt und die Ausnahme im zivilrechtlichen Diskriminierungsschutz daher als systemwidrig kritisiert.[446]

Der Begriff Weltanschauung wurde in der letzten Phase des Gesetzgebungsverfahrens im Rechtsausschuss aus § 19 Abs. 1 der AGG-Entwurfsfassung gestrichen. Der Gesetzgeber befürchtete, dass Anhänger*innen z. B. völkischer und rassistischer Ideologien versuchen könnten, Versammlungsräume oder andere zivilrechtliche Güter gerichtlich einzuklagen, deren Anmietung oder Erlangung ihnen aus anerkennenswerten Gründen verweigert wurde.[447] Diese Begründung ist rechtsdogmatisch wenig überzeugend. Es ist bereits widersprüchlich, wenn die Streichung mit der Ge-

443 So ließe sich Satz 2 als bloße „Kann"-Regelung europarechtskonform dahin deuten, dass die Ausnahme nur bei Bezug zum Privat- und Familienleben griffe. Dies nähme der Vorschrift jedoch jeden eigenständigen Regelungsgehalt gegenüber dem wiederum europarechtskonform auszulegenden Satz 1, vgl. *Ambrosius/Klose/Braunroth*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 19 Rn. 60. Die Vorschrift des Satzes 3 enthält zwar wiederum „nur" eine widerlegliche Vermutung. Die Anzahl von 50 Wohneinheiten erscheint jedoch so hoch, dass sie als Konkretisierung des „Bereiches des Privat- und Familienlebens" nicht beizutragen mag, siehe auch die Zweifel bei MüKo-*Thüsing*, AGG § 19, Rn. 121.

444 Siehe oben 1.1.5. und *Rudolf/Mahlmann*, Gleichbehandlungsrecht, § 6 Rn. 59.

445 *Franke/Schlichtmann*, in: Däuber/Bertzbach, AGG, § 19 Rn. 17.

446 *Rudolf*, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, S. 193 f.

447 BT-Drs. 16/2022, S. 12–13. Die Streichung der „Weltanschauung" aus der Entwurfsfassung von § 19 AGG geschah in der allerletzten Phase der Gesetzgebung aufgrund der Beschlussempfehlung und des Berichts des Rechtsausschusses vom 28.06.2006. Noch im Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 8.06.2006 (BT-Drs. 16/1780) war die „Weltanschauung" als geschützte Kategorie im zivilrechtlichen Teil enthalten.

fahr begründet wird, dass Rechtsradikale den Schutz der Weltanschauung für ihre Zwecke im Wirtschaftsleben nutzen könnten, da ihre Gesinnung als politische Gesinnung von der Rechtsprechung nicht als Weltanschauung anerkannt wird.[448] Wie bereits unter 1.2.3 dargestellt, hat das Merkmal Weltanschauung in der Rechtspraxis nur geringe Relevanz.

Die Begründung wirft die grundsätzliche Frage auf, ob Diskriminierungsschutz in einem Rechtsstaat nicht auch denjenigen zukommen muss, die selbst diskriminieren bzw. rassistischer und anderer Diskriminierung das Wort reden. Der Umgang mit diesem Phänomen ist in Europa durchaus umstritten. Es gibt keinen auf Regelungsdetails bezogenen Konsens der Rechtsordnungen zur Frage, wie weit die Toleranz gegenüber den erklärten Gegner*innen von Pluralität, Gleichbehandlung und Achtung der Verschiedenheit von Menschen im Recht reichen soll.[449] Dieser Dissens ändert jedoch nichts daran, dass die Herausnahme des Merkmals Weltanschauung im Zivilrecht systemwidrig ist,[450] da Religion und Weltanschauung verfassungsrechtlich gleichermaßen geschützt sind (vgl. Art. 4 GG), weil sie in gleicher Weise Ausprägungen der Menschenwürde und des Persönlichkeitsrechts darstellen. Gemäß dem Grundsatz der „Einheit der Rechtsordnung“[451] sollte innerhalb einer nationalen Rechtsordnung, und erst recht innerhalb eines Gesetzes, eine konsistente und insofern einheitliche Regelung gelten.

Das befürchtete Problem, dass Vertreter*innen von rassistischen und anderen diskriminierenden Anschauungen sich der neuen Schutzmöglich-

448 In der Begründung des Rechtsausschusses heißt es: „Zwar ist der Begriff ‚Weltanschauung‘ eng zu verstehen als eine mit der Person des Menschen verbundene Gewissheit über bestimmte Aussagen zum Weltganzen sowie zur Herkunft und zum Ziel menschlichen Lebens, die auf innerweltliche Bezüge beschränkt ist und die allgemeine politische Gesinnung gerade nicht erfasst. Gleichwohl besteht die Gefahr, dass z. B. Anhänger rechtsradikalen Gedankenguts aufgrund der Vorschrift versuchen, sich Zugang zu Geschäften zu verschaffen, die ihnen aus anerkennenswerten Gründen verweigert wurden. (...)“, BT-Drs. 16/2022, S. 13.

449 EU-Kommission 2006: Religion und Weltanschauung in der Beschäftigung – das EU-Recht. (Autorin: *Lucy Vickers*, hrsg. von der Generaldirektion Beschäftigung, soziale Angelegenheiten und Chancengleichheit, Ref. G.2), S. 29/30.

450 *Rudolf,* in: Rudolf/Mahlmann, Gleichstellungsrecht, S. 193/194, Rudolf bewertet auch die Begründung, dass Rechtsextremisten aus anerkennenswerten Gründen der Zugang zu bestimmten Geschäften verweigert werden sollte, als „diametral“ der Zielsetzung des AGG entgegengesetzt, denn mit dem AGG solle gerade verhindert werden, dass Personen aufgrund unveränderlicher oder persönlichkeitsbezogener Merkmale aus der Rechtsgemeinschaft ausgeschlossen werden. Auch ein Rechtsextremist, den der Gesetzgeber vor Augen hatte, habe Anspruch auf eine solche Gleichbehandlung.

451 Der Grundsatz der „Einheit der Rechtsordnung“ kann in vielfältiger Weise verstanden werden, z. B. in soziologischer, normtheoretischer und auch begrifflicher Weise, vgl. *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2008, § 56 I, S. 451.

keit zu bedienen suchen, lässt sich dadurch lösen, dass politische Auffassungen weiterhin nicht unter den Weltanschauungsbegriff subsumiert werden. Zudem käme es für die Rechtsprechung immer darauf an, in welcher konkreten Konfliktkonstellation sich jemand auf das Gleichbehandlungsgebot beruft und ob ihm ein sachlicher Grund entgegengehalten wird. Bei dem in der Literatur genannten Beispiel, dass ein bekannter Rechtsradikaler eine Gastwirtschaft aufsucht und vom Vertragsschluss für die Bewirtung ausgeschlossen wird, weil der Wirt Gewalttätigkeiten fürchtet,[452] müsste danach unterschieden werden, ob konkrete Indizien für eine drohende gewalttätige Auseinandersetzung vorliegen. Geht es dagegen um die Anmietung eines Versammlungsraums für eine politische Veranstaltung, könnte der Vertragsschluss aus Sicherheitsbedenken oder inhaltlichen Vorbehalten abgelehnt werden.

Weiterhin handelt es sich bei einer solchen Anmietung nicht unbedingt um ein Massengeschäft im Sinne vom § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG, welches ohne Ansehen der Person(en) bzw. der politisch-ideologischen Ausrichtung der Veranstaltung abgeschlossen wird. Insofern lassen sich die befürchteten Probleme mit Rechtsradikalen, die Versammlungs- und Tagungsräume anmieten wollen, unter Berufung auf die Vertragsfreiheit in angemessener Weise lösen. Wenn aber Personen erkennbar privat ein Hotelzimmer buchen[453] oder ein Restaurant[454] besuchen möchten, ohne dass provozierende Handlungen von ihnen ausgehen und ohne dass mit Gewalt zu rechnen ist, wäre es auch ohne zivilrechtlichen Diskriminierungsschutz der Weltanschauung im AGG fragwürdig, ihnen den Vertragsschluss zu verwehren.[455]

---

452 *Rudolf*, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichstellungsrecht, S. 193/194.

453 Vgl. zu privatem Hotelbesuch und Hausverbot eines NPD-Funktionärs BGH v. 9.03.2012, V ZR 115/11. Der BGH stützt die Entscheidung auf einen weiten Bereich von Vertragsfreiheit des Hoteliers und differenziert im konkreten Fall danach, ob sich der Hotelbesitzer zivilrechtlich von der Buchungsbestätigung wieder gelöst hat bzw. hätte lösen können.

454 Auch der BGH verlangt in der Entscheidung vom 09.03.2012, V ZR 115/11, Rn. 22, einen sachlichen Grund für ein Hausverbot bzw. Zutrittsverbot, wenn die üblichen Bedingungen für den Zutritt bzw. Aufenthalt einer beliebigen Kund*in (in diesem Wellness-Hotel) von deren Seite erfüllt sind. Anderenfalls wäre das Hausverbot willkürlich, was bei Örtlichkeiten, die „dem allgemeinen Publikumsverkehr gegenüber geöffnet" sind, schon nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen nicht zulässig wäre.

455 Für Geschäftsinhaber und Gewerbetreibende kann es – je nach Art des Leistungsangebots – objektive Pflichten zur Gleichbehandlung von (potenziellen) Kund*innen geben, die sich aus einer Art Selbstbindung der Inhaber*innen ergeben, weil das Angebot allen zur Verfügung gestellt wird, die das Restaurant besuchen wollen und sich angemessen verhalten. Auf die Subsumtion unter die Kategorien des AGG kommt es für diese elementare Gleichbehandlungspflicht, die jedoch von der Art des Leistungsangebots und Marktauftritts des Unternehmens abhängt, nicht an. Teilweise sind entsprechende Pflichten explizit gesetzlich geregelt, z. B. in Gaststättengesetzen der Bundesländer.

Die Erweiterung des Diskriminierungsschutzes würde zur Folge haben, dass sich von Diskriminierung wegen der Weltanschauung Betroffene – wie bei dem Merkmal Religion – auf § 19 AGG berufen könnten, statt auf die verschuldensabhängige Haftung nach BGB. Eine Diskriminierungsabsicht (oder auch eine Fahrlässigkeit) müsste nicht nachgewiesen werden. Die Nutzung der Beweiserleichterung gemäß § 22 AGG wäre ebenfalls ein Vorteil für Diskriminierte. Daher wird in der Kommentarliteratur z. T. vorgeschlagen, das AGG schon jetzt insoweit verfassungskonform auszulegen, dass bei Diskriminierung wegen einer „echten", d. h. einer religionsanalogen Weltanschauung, auch im zivilrechtlichen Teil des AGG wie bei einer Religion vorzugehen sei.

3.2 Rechtfertigungsgründe § 20 AGG

3.2.1 § 20 Abs. 1 AGG (Geschlecht)

Der Gesetzgeber sollte § 20 Abs. 1 AGG dahingehend ergänzen, dass eine Ungleichbehandlung nur dann gerechtfertigt ist, wenn sie verhältnismäßig ist, d. h. einem legitimen Ziel dient, erforderlich und angemessen ist.

Die in § 20 Abs. 1 AGG vorgesehene Rechtfertigungsmöglichkeit von Ungleichbehandlungen aufgrund des Geschlechts im Zivilrecht entspricht nicht den Vorgaben der RL 2004/113/EG. Nach § 20 Abs. 1 AGG genügt ein „sachlicher Grund" für eine Rechtfertigung. Art. 4 Abs. 5 der Richtlinie verlangt hingegen nach einer vollständigen Verhältnismäßigkeitsprüfung. Er verlangt ausdrücklich ein legitimes Ziel dafür, dass Güter und Dienstleistungen ausschließlich oder vorwiegend für die Angehörigen eines Geschlechts bereitgestellt werden. Außerdem müssen die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sein. Zwar erscheint eine richtlinienkonforme Interpretation des § 20 Abs. 1 AGG möglich, die das Tatbestandsmerkmal des „sachlichen Grundes" eng fasst und die übrigen Stufen der Verhältnismäßigkeitskontrolle im Wege der Auslegung ergänzt.[456] Im Interesse höherer Transparenz und Rechtssicherheit sollte der Reformgesetzgeber die Vorschrift jedoch textlich an die Richtlinienvorgabe angleichen. Damit würde auch die grundlose textliche Abweichung des § 20 Abs. 1 AGG von den §§ 3 Abs. 2, 8 Abs. 1 und 10 Satz 2 AGG behoben, wo das AGG explizit nach vollständigen Ver-

456 *Franke/Schlichtmann*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 20 Rn. 11; *Wendeling-Schröder*, in: dies./Stein, AGG,§ 20 Rn. 6; MüKo-*Thüsing*, AGG § 20 Rn. 11; a. A. ohne jegliche Auseinandersetzung mit den Richtlinienvorgaben und aufgrund einer rein gesetzessystematischen Betrachtung *Bauer/Krieger*, AGG, § 20 Rn. 6.

hältnismäßigkeitsprüfungen verlangt. Diese systematische Überlegung spricht auch für ein einheitliches Schutzniveau für alle von § 20 AGG erfassten Kategorien, auch wenn die Ergänzung unionsrechtlich nur für die Kategorie Geschlecht geboten ist.

3.2.2 § 20 Abs. 2 AGG (Versicherungen)

Der Gesetzgeber sollte die Rechtfertigungsmöglichkeit des § 20 Abs. 2 für privatrechtliche Versicherungen einschränken und dabei strengere Anforderungen an eine Ungleichbehandlung insbesondere wegen des Lebensalters stellen.

Für private Versicherungsverträge eröffnet § 20 Abs. 2 Satz 2 AGG eine Rechtfertigungsmöglichkeit für Ungleichbehandlungen wegen des Lebensalters, der Religion, Behinderung und sexueller Identität, wenn die Beitrags- und Leistungsgestaltung auf „anerkannten Prinzipien risikoadäquater Kalkulation“ beruht. Dabei muss eine „versicherungsmathematisch ermittelte Risikobewertung unter Heranziehung statistischer Erhebungen“ verwendet werden. Hier sollte den Verfahren der Überprüfung versicherungsmathematischer Berechnungen und der Einführung und Fortentwicklung von Tarifen besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden. Das gilt auch für das Vertragsabschlussverhalten von Versicherungen.[457]

Traditionell spielt in der Rechtspraxis gerade das Lebensalter eine bedeutende Rolle bei der Tarifgestaltung von Versicherungsbeiträgen. Ältere Menschen müssen demnach vor allem bei Kranken- und Lebensversicherungen höhere Beiträge zahlen oder werden mitunter gar nicht mehr versichert. Angesichts der Diversifizierung von Versicherungstarifen ist das fortgeschrittene Alter sogar bei manchen Versicherungsangeboten im KFZ-Bereich zum Risikokriterium geworden, während es lange Zeit eher das junge Alter von Fahranfänger*innen war.

457 Ausweislich den von der ADS gesammelten Beschwerden wurden schwangeren Frauen mitunter Auslandskrankenversicherungen verweigert, obwohl dies durch § 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG untersagt wird („Gegenstand“), da bei einer privatrechtlichen Versicherung auch deren Abschluss nicht wegen des Geschlechts verweigert werden darf. Die Ablehnung des Vertragsabschlusses ist offenbar eine faktische Konsequenz aus der Regelung in § 20 Abs. 2 Satz 1 AGG, wonach Schwanger- oder Mutterschaft nicht zu unterschiedlichen Prämien oder Leistungen führen darf.

Die ADS hat in ihrer Beratungstätigkeit eine Reihe von Beschwerden aus dem privaten Versicherungswesen (von Ende 2006 bis Ende 2015: 388 Fälle) gesammelt, davon betrafen 151 Beschwerden Altersdiskriminierung. Altersanknüpfende Unterschiede in der Gestaltung von Tarifen und anderen Versicherungsbedingungen gab es laut den Beschwerden außer bei KFZ-Versicherungen auch bei Kranken-, Unfall- und Lebensversicherungen, bei Bausparverträgen, Rechtsschutzversicherungen, Reiserücktrittsversicherungen, Auslandskranken- oder Krankenzusatzversicherungen. Älteren Menschen wurde teilweise der Vertragsabschluss verweigert oder sie sollten jenseits der Altersgrenze 60, 70 oder 80 Jahre an drastisch erhöhte Beiträge zahlen, an deren versicherungsmathematischer Schlüssigkeit von Verbraucherseite Zweifel geäußert wurden. In einigen Fällen sollten auch jüngere Menschen, namentlich als Autofahrer*innen und -halter*innen, höhere Beiträge zahlen. Studierende beschwerten sich darüber, dass sie wegen ihres Lebensalters keine Versicherung zu Studierendentarifen mehr erhielten.

Angesichts der Vielfalt der Tarifgestaltungen bestehen bei Betroffenen und Berater*innen nicht selten Zweifel, ob korrekte statistische und versicherungsmathematische Berechnungen zugrunde liegen. Seit 1995 müssen private Versicherungstarife bzw. deren allgemeine Versicherungsbedingungen nicht mehr vorab behördlich genehmigt werden. Die Aufsicht und Kontrolle durch die seitdem zuständige Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) beschränkt sich auf die Einhaltung von Prinzipien und Rahmenvorgaben sowie auf Einzelfallkontrolle auch aus Anlass von Beschwerden.[458]

Beschwerden können zwar zu Kontrollmaßnahmen der BaFin führen, dennoch dürfte die Hauptinitiative zur Nachprüfung der Einhaltung

458 Bis 1994 zuständig war das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen (BAV). Die BaFin beschreibt ihr Vorgehen folgendermaßen: „In einem prinzipienbasierten System gibt der Gesetzgeber weitgehend keine konkreten Regeln vor, sondern formuliert Prinzipien, die jeweils eine bestimmte Zielrichtung verfolgen. Diese Prinzipien haben zunächst einen generellen, für alle Unternehmen allgemeingültigen Charakter, die ihnen Umsetzungsspielräume belässt. Die Anwendung der Prinzipien erfordert eine individuelle Prüfung des Einzelfalls.“ Generell müssen für die erwarteten Leistungen angemessene Prämien erhoben und ausreichende versicherungstechnische Rückstellungen vorgenommen werden. In der Selbstdarstellung der BaFin heißt es: „Die Versicherungsaufsicht überwacht Unternehmen, denen sie die Erlaubnis erteilt hat, laufend. Sie sammelt Informationen, wertet sie aus und beobachtet den Geschäftsbetrieb des Versicherers, um Missständen vorzubeugen oder solche rechtzeitig zu erkennen.“ http://www.bafin.de/DE/DieBaFin/AufgabenGeschichte/Versicherungsaufsicht/versicherungsaufsicht_node.html [17.7.2016].

von „risikoadäquater Kalkulation“ im Hinblick auf die geschützten Merkmale des AGG bei einzelnen Betroffenen, den einschlägigen Interessenvertretungsverbänden oder bei Verbraucherverbänden liegen. Das macht eine effektive Kontrolle für die einzelne betroffene Person praktisch unmöglich und für die genannten Verbände sehr schwer, so dass ergänzend kollektive Formen der Rechtsdurchsetzung in Erwägung zu ziehen sind (siehe unten 4.9 und 5.6.2).

3.3 Dreieckskonstellation in Mietverhältnissen

Der Reformgesetzgeber sollte die Haftung nach den §§ 19 ff. AGG anhand der Maßstäbe für das Vorliegen einer Diskriminierung auf Hilfspersonen ausweiten. Weiter könnte eine Regelung, welche § 12 AGG zum Vorbild hat, Diskriminierungen durch andere Mieter*innen in bestehenden Mietverhältnissen vorbeugen. Schließlich könnte aus Gründen der Rechtsklarheit eine mit § 6 Abs. 2 Satz 2 AGG vergleichbare Regelung eingeführt werden, die als eine mögliche Regelung in § 19 Abs. 5 AGG klarstellt, dass die Regelungen der §§ 19 ff. AGG auch auf Personen Anwendung finden, die aufgrund einer Beauftragung anstelle der Vermieter*innen tätig werden.

Diskriminierung kann nicht lediglich durch Vermieter*innen erfolgen, sondern gleichfalls durch Wohnungsgesellschaften, Immobilienunternehmen, Hausverwaltungen, Makler*innen[459] sowie Zwangsverwalter*innen oder Zwischenvermietungsgesellschaften, zu denen keine direkte vertragliche Beziehung besteht. In den Fällen der Diskriminierung durch Dritte sind unterschiedliche Konstellationen denkbar. Bewerben sich z. B. geflüchtete Personen um ein Zimmer in einer Wohngemeinschaft und werden von den Mitbewohnern akzeptiert. Die Hausverwaltung versendet eine Umfrage an alle Mietparteien mit dem Wortlaut: „Sind Sie damit einverstanden, dass ein Asylant im Haus einzieht? Kreuzen Sie bitte ‚Ja‘ oder ‚Nein‘ an.“[460] Denkbar sind ebenso Fälle, in denen bereits in einer Wohnung lebende Personen durch andere Mieter*innen rassistisch, homophob oder behindertenfeindlich diskriminiert werden. Oder ein Fall dergestalt, dass eine Vermieter*in einer Frau die Anmietung einer Wohnung verwei-

459 *Müller*, Diskriminierung auf dem Wohnungsmarkt – Strategien zum Nachweis rassistischer Benachteiligungen, i. A. der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, 18.04.2015, S. 25 und 26.

460 Die Welt, http://www.welt.de/politik/deutschland/article149881896/Vermieter-laesst-ueber-Einzug-von-Asylanten-abstimmen.html [17.7.2016].

gert, weil deren Lebensgefährte schwarz[461] bzw. sie Mutter eines Kindes mit körperlichen oder geistigen Beeinträchtigungen ist. Ebenso können potenzielle Nachmieter*innen durch die gegenwärtig in der Wohnung lebende Person aufgrund einer in § 1 AGG genannten Kategorie benachteiligt werden.

Im Folgenden wird aufgezeigt, dass diese Dreieckskonstellationen nicht immer über das AGG und die allgemeinen Zurechnungsregeln und Vorschriften lösbar sind, und Regelungsmöglichkeiten aufgezeigt, wie vorhandene Schutzlücken geschlossen werden könnten.

Die §§ 19 ff. AGG enthalten keine Regelung zur Haftung Dritter oder für Dritte. Anders als die im arbeitsrechtlichen Teil bestehende Regelung des § 12 AGG gibt es im zivilrechtlichen Teil keine spezialgesetzlich konkretisierten Organisationspflichten. Eine unmittelbare Haftung erfolgt nach § 21 AGG dann, wenn Pflichtverletzungen des Dritten dem Anbietenden zuzurechnen sind.[462] Die Haftung richtet sich nach allgemeinen Vorschriften. Eine Verletzung von vertraglichen Schutzpflichten und damit eine Haftung nach § 280 BGB oder von deiktischen Organisationspflichten, die zum Schutz vor Benachteiligung durch Dritte eine Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB auslösen, wird jedoch auf untypische Einzelfälle reduziert.[463] Dass in diesem Zusammenhang erhebliche Unsicherheit im Umgang mit den Anspruchsgrundlagen und Zurechnungsregelungen besteht, ist auch ein Befund der Fokusgruppengespräche mit Rechtsanwält*innen.[464]

Grundsätzlich stehen Zwischenvermietungsgesellschaften in einem Mietverhältnis, denn sie vermieten Wohnraum wie Hauptmietende an einen Dritten unter. Als Anbieter*innen müssten sie entsprechend der Vorgaben des AGG unmittelbar Vorsorge treffen bezüglich von Verstößen gegen die zivilrechtlichen Benachteiligungsverbote.[465] Ebenso wie Zwischenver-

461 *Braunroth/Franke*, NJ 2014, S. 187 (193).
462 *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 21 Rn. 70 ff.
463 *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 21, Rn. 73, der den Fall eines Klempners schildert, der trotz bekannter Belästigungen aus rassistischen Gründen in der Vergangenheit zur Instandsetzung des Waschbeckens durch den Vermieter weiterhin beauftragt wird.
464 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Berlin, 01.03.2016, S. 44 ff = Audio [0:06:58] ff.
465 Dies gilt auch für die Verweigerung der Zustimmung gegen Untervermietung nach § 553 Abs. 1 S. 2 BGB, so dass eine Zustimmungsverweigerung gegenüber den Hauptmieter*innen in Bezug auf die Untervermietung nicht wegen eines in § 19 Abs. 1 AGG aufgezählten Merkmals erfolgen kann, *Friedl*, Der Kontrahierungszwang im Wohnraummietrecht bei unzulässigen Benachteiligungen – Eine Analyse der §§ 19 ff. AGG, 2015, S. 125 f.

mietungsgesellschaften sind Zwangsverwalter*innen an das Benachteiligungsverbot gebunden.[466] Diskriminierendes Verhalten durch Hausverwaltungen und Makler*innen sowie Wohnungsgesellschaften und Immobilienunternehmen bei der Anbahnung eines Mietvertrages kann Vermieter*innen nach § 278 BGB (analog)[467] zugerechnet werden, wenn die Person Erfüllungsgehilfe von Vermietenden ist.

Problematisch ist eine Zurechnung eines diskriminierenden Verhaltens durch Vormieter*innen und Vermieter*innen bei der Nachmieter*innensuche. Maßgebend sei der Wille des/der Vermietenden.[468] Werden Vormieter*innen im Interesse und mit Kenntnis des Vermietenden tätig, kann ein diskriminierendes Verhalten nach § 278 BGB (analog) zugerechnet werden, was laut *Friedl* insbesondere in den Fällen einer im Mietvertrag vorhandenen Nachmieterklausel zu bejahen ist. Fehle eine solche Klausel, liege die Nachmieter*innensuche allein im Interesse der Mieter*innen, soweit die Vormietenden die Vermietenden nicht von ihrer Suche in Kenntnis gesetzt hat. Nach anderer Auffassung ist die Erfüllungsgehilfeneigenschaft der Mieter*innen in diesen Fällen zu verneinen.[469]

Ob eine Ausweitung der Haftung nach den §§ 19 ff. AGG auf Hilfspersonen erforderlich ist, die aufseiten von Vermieter*innen tätig sind, wird ablehnend beurteilt.[470] Es wird auf das im allgemeinen Vertragsrecht vorherrschende Prinzip verwiesen, wonach (vor)vertraglich nur der/die (potenzielle) Vertragspartner haften, während eine Haftung der Hilfsperson ausschließlich nach Deliktsrecht erfolge.[471] Zwar können abgelehnte Mietinteressent*innen einen Auskunftsanspruch haben.[472] Der Auskunftsanspruch bezieht sich jedoch nur darauf, Kenntnis darüber zu erlangen, wer Auftraggebender und damit passivlegitimiert ist. Nicht

466 Als Partei kraft Amtes unterliegt jedoch der oder die Zwangsverwalter*in unmittelbar und ohne dass eine Zurechnung erfolgen muss, dem Benachteiligungsverbot; hinsichtlich der Kleinvermieterklausel sei jedoch wiederum auf die Vermietenden abzustellen, *Friedl*, ebd., S. 126 f.

467 Eine analoge Anwendung wird zum Teil deshalb vorgeschlagen, da nach dem Wortlaut des § 278 BGB „Verschulden" voraussetzt, während für Ansprüche nach § 21 AGG – mit Ausnahmen des Anspruchs auf Ersatz des materiellen Schadens nach § 21 Abs. 2 S. 1, 2 AGG – ein Verschulden nicht erforderlich ist, *Hey/Forst*, AGG, § 19 Rn. 13; *Friedl*, ebd., S. 127 Fußnote 418.

468 *Friedl*, ebd., S. 129 f.

469 „Der Mieter, der einen Nachmieter sucht, ist nicht Erfüllungsgehilfe des Vermieters, sondern wird in eigener Angelegenheit tätig", *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 21, Rn. 35.

470 *Friedl*, ebd., S. 124 f.; so auch LG Aachen, Urt. v. 17.03.2009 – 8 – 449/07.

471 *Friedl*, ebd., S. 124 f.

472 OLG Köln, Urt. v. 19.01.2010 – 24 U 51/09, openJur – 2010, 138 Rn. 35.

von diesem Auskunftsanspruch erfasst sind die Ablehnungsgründe und damit verbundene etwaige Verstöße gegen das AGG.[473] Das führt in der Rechtspraxis zu schwierigen Beweissituationen für Kläger*innen. Auch sind die hohen Hürden, die an das Vorliegen einer Persönlichkeitsrechtsverletzung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB geknüpft sind, nicht im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes zur Förderung eines umfassenden an der Lebenswirklichkeit zu messenden zivilrechtlichen Diskriminierungsschutzes.

Im Lichte aktueller Entwicklungen, gekennzeichnet durch viele nach Deutschland kommende Flüchtlinge und Wohnraumknappheit vor allem in den Großstädten, ist dem Bereich Diskriminierungsschutz und Wohnungsmarkt besondere Aufmerksamkeit zu widmen. Diskriminierungsschutz zielt sowohl auf eine Vermeidung von sozialen Ausgrenzungen (Inklusionsinteresse) als auch auf den Schutz vor persönlichen Herabwürdigungen (Integritätsinteresse). Dem stehen keine rechtsdogmatischen Argumente entgegen. Nach herrschendem Grundrechtsverständnis kommt Grundrechten nicht mehr lediglich eine Abwehrfunktion, sondern auch eine Schutz-, Leistungs- und Teilhabefunktion zu.[474] Der Staat hat sich nicht lediglich aus der Freiheitssphäre der Bürger*innen herauszuhalten, sondern er muss im Rahmen seiner Leistungsfähigkeit und des finanziell Machbaren auch dafür Sorge tragen, dass die Grundrechtsberechtigten sich frei entfalten und am gesellschaftlichen Leben tatsächlich teilhaben können.[475] Dies ist auch auf das Zivilrecht übertragbar. Den Grundrechten kommt eine Leistungs- und Teilhabefunktion zu, die auch Private einander grundsätzlich gewährleisten müssen. Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass die Zweiteilung als Grundstruktur des Privatrechts (Integritätsschutz/Rechtskreiserweiterung) damit durchbrochen wird und weitergehende Pflichten zur Rechtskreiserweiterung einer besonderen Rechtfertigung bedürften.[476] Dagegen spricht der in Art. 3 Abs. 3 GG zum Ausdruck kommende Menschenwürdegehalt.[477] Hinsichtlich der Vertragsfreiheit von Personen, die Diskriminierung erfahren, gilt laut Baer „[...] neben Art. 2 Abs. 1 GG auch Art. 3 GG, und beide stehen unter dem Menschenwürdeschutz nach Art. 1 GG.“[478] Zudem könne ebenso auf den Schutz von Persönlichkeit

473 Vgl. weiter oben zu Dreieckskonstellationen im arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutz 1.2.3.4.
474 *Jarass*, in: Pieroth/Jarass, 2014 Vorb. zu Art. 1 GG, Rn. 6 ff.
475 *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, S. 44.
476 A. A. *Bader*, ebd., S. 44 f.
477 *Salzwedel*, FS Jahrreiss, S. 339 (349 ff.); sowie *Canaris*, AcP 184 (1984), S. 201 (236), der Art. 3 Abs. 3 GG ein ungeschriebenes gesetzliches Verbot i. S. v. § 134 BGB entnimmt.
478 *Baer*, in: ZRP 2002, 290 (291); Ebenso *Monen*, Das Verbot der Diskriminierung 2008, S. 71.

und Würde aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG abgestellt werden.[479]

Zur Schließung dieser Schutzlücke kommen unterschiedliche Ansätze in Betracht. Zum einen wäre eine Ausweitung der Haftung nach den §§ 19 ff. AGG auf Hilfspersonen denkbar, nach den Maßstäben, die an das Vorliegen einer Diskriminierung nach dem AGG geknüpft sind. Zum andern erscheint eine Regelung nach Vorbild von § 12 AGG ratsam, um Diskriminierung durch andere Mieterinnen und Mieter in bestehenden Mietverhältnissen vorzubeugen. In diesem Zusammenhang kann auf eine Entscheidung des BAG zu einem „Mobbing"-Sachverhalt verwiesen werden. Das BAG führt in seiner Entscheidung aus, dass § 12 AGG als eine Konkretisierung der Arbeitgeber*innen obliegenden Fürsorgepflicht gegenüber Arbeitnehmer*innen angesehen und daher nach Inkrafttreten des AGG analog auf Mobbing-Fälle angewandt werden kann.[480] Eine Übertragung dieses Rechtsgedankens auf andere Sachverhalte ist nicht ausgeschlossen. Anknüpfungspunkt im Mietverhältnis ist die Fürsorgepflicht von Vermietenden als eine Nebenleistungspflicht aus dem Mietvertrag. Darunter wird die Pflicht zur Unterlassung und Abwehr von Störungen der Mieter*innen, zur Pflege und Obhut des Mietobjektes und zum Schutz der Sachen der Mieter*innen verstanden.[481] Die Fürsorgepflicht der Vermieterin deckt sich weitgehend mit ihrer Verkehrssicherungspflicht, geht aber nicht darin auf.[482] Für das Verhältnis zwischen einzelnen Mieter*innen kann § 242 BGB über die Grundsätze des nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses (Rücksichtnahmegebot) herangezogen werden. Die umfassende Generalklausel des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses hat zwar in der Neufassung des § 906 BGB Niederschlag gefunden.[483] Die Interessen der Nachbar*innen können sich jedoch nicht nur bei Einschränkungen im Sinne des § 906 BGB, sondern unter verschiedenen anderen Umständen begegnen, so dass auch in diesen Fällen die auf Treu und Glauben beruhende Rechtspflicht zu ge-

479 *Lehner*, Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz und Grundrechte, 2013, S. 11.
480 BAG v. 25.10.2007 – 8 AZR 593/06 –, Rn. 69.
481 Staudinger/*Emmerich*, § 535 BGB, Rn. 82.
482 "Eine besondere Ausprägung dieser Schutzpflicht des Vermieters ist die sog. Verkehrssicherungspflicht, aus der sich im einzelnen für den Vermieter noch eine Prüfpflicht sowie die Pflicht zur Reinigung und Beleuchtung der Mietsache ergeben", Staudinger/*Emmerich*, § 535, Rn. 29.
483 *Dehner*, Nachbarrecht AL 28. November 2003, A § 1 II., S. 10.

genseitiger Rücksichtnahme besteht.[484] Unabhängig davon wirkt das allgemeine Persönlichkeitsrecht in die §§ 906, 1004 BGB hinein.[485]

Aus einer Regelung mit ähnlichem Charakter wie in § 12 AGG könnte zum Beispiel eine Verpflichtung für Vermieter*innen resultieren, die das Aufstellen einer Hausordnung sowie Antidiskriminierungsklauseln in Mietverträgen beinhaltet, die diskriminierendem Verhalten durch andere Mieter*innen vorbeugen.[486] Aus Gründen der Rechtsklarheit ist schließlich eine mit § 6 Abs. 2 Satz 2 AGG vergleichbare Regelung denkbar, die als eine Regelung in § 19 Abs. 5 AGG klarstellt, dass die Regelungen der §§ 19 ff. AGG auch auf Personen Anwendung finden, die aufgrund einer Beauftragung anstelle des Vermietenden tätig werden.

4. Rechtsschutz

Umsetzungsdefizite des AGG mit Blick auf höherrangiges Recht sowie Schutzlücken im bestehenden nationalen Antidiskriminierungsrecht rücken bei Fragen des Rechtsschutzes näher zusammen als dies bei den zuvor untersuchten Themenkreisen der Fall war. Mitunter erschöpfen sich die Vorgaben des höherrangigen Rechts hier in der offenen Forderung nach Effektivität des Diskriminierungsschutzes. Damit gewinnt das Rechtstatsächliche normative Bedeutung.

4.1 § 13 AGG (Beschwerderecht)

Der Reformgesetzgeber sollte klarstellen, dass es sich bei der Bekanntmachungsverpflichtung des § 12 Abs. 5 AGG um eine Mindestinformation handelt und eine unzureichende Bekanntmachung ein Indiz im Sinne von § 22 AGG für eine verbotene Benachteiligung darstellt.

Die Beschäftigten haben nach § 13 Abs. 1 Satz 1 AGG das Recht, sich bei den zuständigen Stellen des Betriebs, des Unternehmens oder der Dienststelle zu beschweren, wenn sie sich im Zusammenhang mit ihrem

484 *Dehner*, Nachbarrecht AL 28. November 2003, A § 1 II., S. 11.
485 Staudinger/*Roth*, § 906 BGB, Rn. 132.
486 Durch Hausordnung dürfen lediglich die Grenzen des vertragsgemäßen Gebrauchs konkretisiert oder präzisiert werden. Unzulässig ist daher, dem Mieter in der Hausordnung über den Mietvertrag hinausgehende Pflichten aufzuerlegen, Staudinger/*Emmerich* (2014), Vorbem zu § 535 BGB, Rn. 110.

Beschäftigungsverhältnis von Arbeitgeber*innen, von Vorgesetzten, anderen Beschäftigten oder Dritten wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt fühlen. Die Regelung geht auf die Umsetzung der Art. 7 und 9 der RL 2000/43/EG, Art. 9 und 11 der RL 2000/78/EG, Art. 17 der RL 2006/54/EG in der Fassung der RL 2002/73/EG zurück.

Für die Entgegennahme von Beschwerden haben Arbeitgeber*innen eine zuständige Stelle einzurichten bzw. zu organisieren.[487] Der Betriebsrat hat hinsichtlich der Einführung und Ausgestaltung des Beschwerdeverfahrens ein Mitbestimmungsrecht. Da die Ausgestaltung des Verfahrens darauf angelegt ist, das Ordnungsverhalten der Beschäftigten in standardisierter Weise zu steuern, handelt es sich um eine Frage der betrieblichen Ordnung gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.[488] Jedoch besteht kein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Frage, wo die Arbeitgeberin die Beschwerdestelle einzurichten und wie sie sie personell zu besetzen hat.[489] Informationen über die für die Behandlung von Beschwerden nach § 13 AGG zuständigen Stellen sind gemäß § 12 Abs. 5 AGG im Betrieb oder der Dienststelle bekannt zu machen. Rechtsfolge des Abs. 5 ist lediglich die Bekanntmachungsverpflichtung; eine unzureichende Bekanntmachung bleibt daher sanktionslos.[490]

In der Praxis sind kaum Beschwerdestellen zu finden, bzw. es erfolgt zwar eine Benennung, aber diese ist im Unternehmen oder der Dienststelle unter den Beschäftigten meist nicht bekannt.[491] Eine Vertreterin einer Beratungsstelle berichtet, dass im Rahmen arbeitsplatzbezogener Diskriminierungen regelmäßig abgefragt werde, ob es eine betriebliche Beschwerdestelle gebe. Diese seien aber in der Regel nicht existent, nicht bekannt oder es gebe keinen wirksamen Beschwerdemechanismus.[492] Diese Wahrnehmung bestätigt der DGB.[493] Die wenigen existierenden Beschwerdestellen sind häufig bei der Personalabteilung oder einer sonstigen, den Arbeitgebenden zuzurechnenden Person bzw. Stelle ange-

487 *Buschmann*, in: Däubler/Berzbach, AGG, § 13 Rn. 18.
488 BAG v. 21.7.2009 – 1 ABR 42/08 –, juris Rn. 32.
489 BAG v. 21.7.2009 – 1 ABR 42/08 –, juris Rn. 24 und 5; LAG Hamburg v. 29.10.2008 – 5 TaBV 5/08 –, juris Rn. 28.
490 *Bauer/Krieger*, AGG, § 12 Rn. 43; *Buschmann*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 12 Rn. 31.
491 Fokusgruppe Berater*innen Berlin, 15.02.2016, S. 31 = Audio [50:00]: „(...) auch bei großen Unternehmen eigentlich nicht klar ist, dass es Beschwerdestellen gibt."
492 Fokusgruppe Berater*innen Hannover, 07.03.2016, S. 20 = Audio [50:00]; Fokusgruppe Berater*innen Berlin, 15.02.2016, S. 27 = Audio [41:13].
493 „Es sind keine Beschwerdestellen bekannt.", Schriftliches Interview Verbände Nr. 4, S. 8.

siedelt. Das ist rechtlich zwar zulässig,[494] führt in der Praxis jedoch dazu, dass von einer Beschwerde tendenziell Abstand genommen wird. Eine Vertreterin einer Beratungsstelle artikuliert die Erfahrung, „... dass die Beschäftigten sehr wenig Vertrauen in die Beschwerdestellen haben [...]. Sie sind sozusagen im Einflussbereich des Arbeitgebers."[495]

Eine Rechtsanwältin berichtete von der Einrichtung einer Beschwerdestelle im Betrieb im Rahmen der Verhandlung einer Betriebsvereinbarung zum Thema Diskriminierung und Mobbing am Arbeitsplatz.[496] In diesem Fall hatte der Arbeitgeber sich geweigert „... und dann durch seinen Rechtsanwalt abgestritten, dass es überhaupt ein Recht des Betriebsrats gibt, so eine Betriebsvereinbarung abzuschließen. [...] Das heißt, wir mussten erst mal vor Gericht klären lassen, dass es diese Einigungsstelle gibt. Das haben wir zum Glück gewonnen und so saßen wir mit in der Einigungsstelle."[497]

Erfahrungen mit den wenigen eingerichteten Beschwerdestellen fallen nicht immer positiv aus. Eine Rechtsanwältin schildert einen Fall, in dem die Aussagen, die ein Mitarbeiter als rassistisch empfand, zwar nicht geleugnet wurden, aber die Beschwerdestelle einfach festgestellte, dass kein diskriminierender Inhalt vorläge.[498] Eine Vertreterin einer Beratungsstelle macht am Beispiel von Fortbildungen für Beschwerdestellen aus dem Landesverwaltungskontext deutlich, dass Personen, die in Beratungsstellen tätig sind, zum Teil über eklatant wenig Wissen verfügen.[499] Auf die Eröffnungsfrage: „Was ist Ihre bisherige Erfahrung in

494 Zu den vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten im Einzelnen *Suckow*, in: Schleusner/Suckow/Voigt, AGG, § 13 Rn. 14. Zu beachten ist jedoch, dass Arbeitgebende die Beschwerdestelle nicht so bestimmen dürfen, „... dass davon der Effekt einer Abschreckung für die Beschäftigten ausgeht und sie schon durch die Bestimmung und Auswahl der Stelle von der Erhebung einer Beschwerde nach § 13 AGG abgehalten werden", Hess. VGH v. 20.03.2008 – 22 TL 2257/07 –, juris Rn. 39. „(...) es gibt halt die Erfahrung, dass Arbeitgeber frei entscheiden können, wer die Beschwerdestelle macht und dann wird gesagt: ‚Stellvertretender Personalleiter ist die Beschwerdestelle'. Da geht natürlich keiner hin.", Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Hannover, 08.03.2016, S. 32 = Audio [1:22:46].

495 Fokusgruppe Berater*innen Berlin, 15.02.2016, S. 27 = [1:44:33].

496 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Berlin, 01.03.2016, S. 26 f. = Audio [1:45:00].

497 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Berlin, 01.03.2016, S. 27 = Audio [1:45:00].

498 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Berlin, 01.03.2016, S. 28 f. = Audio [1:53:55]: „(...) die Frage ist eigentlich, welche Befähigung haben die Menschen, die an solchen Stellen sitzen? (...) weil es da wahrscheinlich häufig weiße deutsche Menschen sind, die da eben von Rassismus selber gar nicht betroffen sind und deswegen sowieso per se eben Schwierigkeiten haben, rassistische Strukturen zu erkennen, wenn sie da nicht speziell darauf sind oder darauf geschult worden sind.".

499 Fokusgruppe Berater*innen Berlin, 15.02.2016, S. 41 = Audio Teil [1:01:30].

der Arbeit?“, wurde zum Beispiel von sämtlichen Teilnehmenden geantwortet, dass es glücklicherweise noch keinen Fall von Diskriminierung gegeben habe. Im weiteren Verlauf der Fortbildung habe sich gezeigt, dass der Beschwerdestelle „… in der Regel unklar ist, was ihr Mandat ist“. Dann schildert die Vertreterin der Beratungsstelle den Verlauf eines Rollenspiels: „Also wir haben einen sehr eindeutigen Fall gegeben, dann die Rollen verteilt und in der Regel haben es die zuständigen Beschwerdestellen geschafft, den Fall so zu bagatellisieren, so zu relativieren, dass es ja um ein Missverständnis ging und die Klientin oder der Klient doch sicherlich was falsch verstanden hat, wo dann der Klient oder die Klientin meistens auch noch zugestimmt haben, weil da [ist] einfach so ein gewisses Mind-Set an der Stelle da gewesen, wo ich sagen würde, die Leute, die das machen, tatsächlich sich für was einsetzen wollen, was verstanden haben, werden zerrieben.“[500] Die Vertreterin der Beschwerdestelle schilderte, dass dieser Ablauf mehrfach in von ihr veranstalteten Fortbildungen so geschehen sei.

Eine andere Rechtsanwältin schildert aus Mandant*innenberichten, „… dass sie sich dort beschwert haben und es gab ein Gespräch. Das ist natürlich auch hilfreich, weil man das aussprechen kann und von einem Betriebsratsmitglied da die Unterstützung erfährt. Also, wenn es dazu kommt mit der Unterstützung und es nicht abgetan wird, dass es eine Ausnahme ist und dass nicht diskriminiert und benachteiligt wurde […]. Dass es ein bisschen im Sande verläuft. Da gibt es vielleicht mal ein Gespräch oder es wird in der Beratung eher darauf hingewiesen auf die Nachteile, die entstehen können, wenn man sich jetzt weiter damit auseinandersetzt. Gerade wenn es keine klaren Fälle sind.“[501]

Dass Beschäftigte ihr Beschwerderecht nach § 13 Abs. 1 AGG wenig nutzen, wird zum Teil auf die Furcht zurückgeführt, gegenüber Vorgesetzten Kritik zu üben. Dies gilt insbesondere für prekäre Arbeitsverhältnisse.[502] Die Angst vor Nachteilen und damit letztlich vor Gefährdung des Arbeitsverhältnisses hält Personen tendenziell davon ab, von ihrem Beschwerderecht Gebrauch zu machen.[503] Dass ein Arbeitsverhältnis durch die Inanspruchnahme des Beschwerderechts nach § 13 Abs. 1 AGG gefährdet sein kann, verdeutlicht eine Entscheidung des Arbeitsgerichts

500 Fokusgruppe Berater*innen Berlin, 15.02.2016, S. 41 = [1:01:30].
501 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Berlin, 01.03.2016, S. 142 = Audio [1:51:14].
502 *Zimmermann*, AuR 2016, S. 226 (226).
503 *Ders.*, ebd., S. 227; *Kobes/Liebscher*, Beschwerdestelle und Beschwerdeverfahren nach § 13 AGG, Expertise i. A. der ADS, Berlin 2010, S. 27.

Kassel vom 11.02.2009.[504] Die Beschwerdeführerin erhielt, nachdem sie das Beschwerdeverfahren nach § 13 AGG einleitete, sowohl eine ordentliche als auch eine außerordentliche fristlose Kündigung.[505]

Die Interviews mit Richter*innen bestätigen, dass das Beschwerderecht nach § 13 Abs. 1 AGG auch in der gerichtlichen Praxis eine sehr geringe Rolle spielt.[506] Einzelne Richter*innen verweisen hier auf das Betriebsverfassungsgesetz, in dem eine ähnliche Beschwerdemöglichkeit in den §§ 84 und 85 BetrVG vorgesehen ist, die „ab und zu, in Einzelfällen" eine Rolle spiele.[507]

Fraglich ist, welcher Handlungs- und Änderungsbedarf sich ergibt. Ein Arbeitgebendenverband vertritt den Standpunkt, dass die Rahmenbedingungen für die Beschwerdestelle in § 13 AGG gesetzlich geregelt und höchstrichterlich geklärt seien; zusätzliche innerbetriebliche Beschwerdestellen werden mithin für überflüssig gehalten.[508] Keinen über die bestehende Regelung hinausgehenden Konkretisierungsbedarf sieht die DIHK: „Ein Arbeitgeber muss schließlich irgendwie von dem Vorwurf, der gegen ihn erhoben wird, erfahren, um entsprechende Maßnahmen zur Aufklärung und ggf. Beseitigung des benachteiligenden Verhaltens/Zustands treffen zu können. Wie er dies organisiert und wen er dabei als Beschwerdestelle benennt, muss ihm überlassen bleiben. Zudem hat ein

504 ArbG Kassel v. 11.02.2009 – 8 Ca 424/08 –, juris Rn. 27 ff.

505 Zu der Entscheidung im Einzelnen und der Frage der Rechtmäßigkeit der Kündigungen wegen Verstoßes gegen das Maßregelungsverbot nach § 16 AGG aufgrund einer ungerechtfertigt eingeleiteten Beschwerde vgl. weiter unten 4.3.1.

506 Interview #9, 27.04.2016, S. 15 = Audio [0:32:20]; Interview #2, 21.03.2016, S. 19 = Audio [0:47:05].

507 Interview #10, 17.05.2016, S. 11 = Audio [0:24:06]; Interview #1, 14.03.2016, S. 13 = Audio [0:40:12]. Dazu ein Vorsitzender Richter eines Landesarbeitsgerichts: „(...) im Betriebsverfassungsgesetz haben wir das geregelt, dass dann ggf. die Zuständigkeit der Einigungsstelle begründet ist. Wir haben also doch jahrzehntelang Erfahrung mit so etwas, einer Einrichtung eines Beschwerderechtes. Ich hatte auch schon mal das zweifelhafte Vergnügen einer solchen Einigungsstelle vorzusitzen. Das ist unerfreulich bis wenig effektiv. Ja, man hat es gemacht. Gesetzgeber hat sich dazu durchgerungen. Ich kann mir vorstellen, wenn ein Arbeitgeber gutwillig ist und ein Arbeitnehmer nicht ein Querulant ist und wirklich ein Problem hat, kann das mal funktionieren. Aber diese beiden Voraussetzungen müssen zusammentreffen und das ist leider nicht immer der Fall. Und deshalb bin ich mir nicht so sicher. Also, ich habe noch keinen Anwendungsfall gehabt. Ich habe auch noch nie was gehört, dass das mal gemacht wurde. Aber aus meiner Erfahrung mit der betriebsverfassungsrechtlichen Vorschrift bin ich da etwas skeptisch.", Interview #1, 14.03.2016, S. 13 = Audio [0:40:12].

508 „Es sollte vorrangig geprüft werden, ob sich bestehende Einrichtungen besser vernetzen können, um zusätzliche Bürokratie durch neue Stellen zu vermeiden.", Schriftliches Interview Verbände Nr. 2, S. 1.

Arbeitnehmer immer die Möglichkeit, auch den Betriebsrat zu informieren."[509] Nach Ansicht des DGB könnte die Arbeit der Beschwerdestellen dadurch gefördert werden, „... dass man den Vortrag der Diskriminierung ernst nimmt und nicht als ‚Schein-Anspruch' weglegt".[510] Die Gewerkschaft ver.di äußert sich wie folgt: „Die Arbeitsweise betrieblicher Beschwerdestellen, das Engagement betrieblicher Interessenvertretungen im Beschwerdeprüfungsverfahren und für vorbeugende Maßnahmen gegen Diskriminierung müssen stärker bekannt gemacht werden".[511]

Änderungsmöglichkeiten wurden sowohl von Rechtsanwält*innen als auch von Vertreter*innen der Beratungsstellen in den Fokusgruppen diskutiert.[512] Eine Rechtsanwältin spricht sich für die Möglichkeit aus, Bußgelder zu verhängen: „Dann müsste eine staatliche Stelle eben auch kontrollieren, ob [es] eine Beschwerdestelle in einem Betrieb gibt oder nicht – oder ob das AGG da ausgehangen ist."[513] Ein anderer Vorschlag lautet, in Klagen auf Entschädigung oder Schadensersatz nach dem AGG die Nichteinrichtung einer Beschwerdestelle als Indiz für eine Diskriminierung zu werten.[514] Dies könne gleichermaßen Druck auf Arbeitgeber*innen ausüben, eine betriebliche Beschwerdestelle einzurichten.[515]

4.2 § 14 AGG (Leistungsverweigerungsrecht)

In § 14 AGG sollte eine Klarstellung erfolgen, die die Beweiserleichterung des § 22 AGG nach dem Vorbild von § 16 Abs. 3 AGG[516] für entsprechend anwendbar erklärt.

Ergreifen Arbeitgebende keine oder offensichtlich ungeeignete Maßnahmen zur Unterbindung einer Belästigung oder sexualisierter Belästigung am Arbeitsplatz, sind die betroffenen Beschäftigten nach § 14 AGG berechtigt, ihre Tätigkeit ohne Verlust des Arbeitsentgelts einzustellen, soweit dies zu ihrem Schutz erforderlich ist. Die europäischen Antidiskri-

509 Schriftliches Interview Verbände Nr. 1, S. 5.
510 Schriftliches Interview Verbände Nr. 4, S. 8.
511 Schriftliches Interview Verbände Nr. 4, S. 8.
512 Dazu im Einzelne Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Berlin, 01.03.2016 und Hannover, 08.03.2016, S. 30 ff. = Audio [2:00:58]; Fokusgruppe Berater*innen Hannover, 15.02.2016, S. 32 f. = Audio [1:52:34].
513 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Berlin, 01.03.2016, S. 31 = Audio [2:00:58].
514 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Berlin, 01.03.2016, S. 31 f. = Audio [2:06:19].
515 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Berlin, 01.03.2016, S. 32. = Audio [2:60:19].
516 § 16 Abs. 3 AGG lautet: „§ 22 gilt entsprechend.".

minierungsrichtlinien enthalten diesbezüglich keine Vorgaben, so dass die Einführung eines Leistungsverweigerungsrechts nicht der Umsetzung europäischen Rechts dient. Wohl aber greift die Vorschrift wortgleich § 4 Abs. 2 BeschSchG a.F. auf und erhält damit das bereits garantierte Schutzniveau aufrecht (Art. 27 Abs. 2 2006/54/EG). In der Praxis wird kaum von diesem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch gemacht.[517] Aus Perspektive von Rechtsanwält*innen ist es zu risikoreich, der Mandantschaft überhaupt dazu zu raten.[518] Von einer Rechtsanwältin wird auf die zu hohen tatbestandlichen Hürden verwiesen.[519] Aus den genannten Gründen wird § 14 Satz 1 AGG als ein in der Praxis „zahnloser Tiger" bezeichnet.[520]

4.2.1 Voraussetzungen des Leistungsverweigerungsrechts

§ 14 AGG greift nur bei tatsächlich feststellbaren (sexualisierten) Belästigungen.[521] Erweist sich im weiteren Verlauf, dass eine solche Belästigung nicht vorlag, war die Inanspruchnahme des Leistungsverweigerungsrechts rechtswidrig.[522] Fehleinschätzungen und Irrtümer von Verhaltensweisen gehen zulasten der Beschäftigten.[523] Dies wiederum hängt eng mit der Darlegungs- und Beweislast zusammen, die Beschäftigte für das Vorliegen der Voraussetzung von § 14 AGG grundsätzlich tragen.[524] Für das Vorliegen der Voraussetzungen des Leistungsverweigerungsrechts trägt die Arbeitnehmerin die Darlegungs- und Beweislast. § 22 AGG ist allein auf das Vorliegen einer Diskriminierung maßgebend.[525] Für von der Diskriminierung betroffene Beschäftigte besteht die Gefahr nachteiliger Reaktionen des Arbeitgebers, z. B. der Ausspruch einer Abmahnung oder

517 Schriftliches Interview Verbände Nr. 1, S. 4, die sich den seltenen Gebrauch des Leistungsverweigerungsrechts damit erklärt, dass Arbeitgeber*innen in der Regel Abhilfe schaffen dürften.

518 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Berlin, 01.03.2016, S. 99 = Audio [24:02]; Mit Verweis darauf, dass es kein spezifische AGG-Problem ist, Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Berlin, 01.03.2016, S. 100 = Audio [27:23].

519 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Berlin, 01.03.2016, S. 100 = Audio [26:05].

520 *Bauer/Krieger*, AGG, § 14 Rn. 15.

521 *Adomeit/Mohr*, AGG, § 14 Rn. 5 und 7; *Bauer/Krieger*, AGG, § 14 Rn. 2; *Eggers-Weyand*, AGG, § 14 Rn. 3; *Kocher*, in: Schiek/Kocher, AGG, § 14 Rn. 8.

522 LAG Köln v. 24.11.2010 – 5 Ta 261/10 –, juris Rn. 16.

523 *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 14 Rn. 9; *Bauer/Krieger*, AGG, § 14 Rn. 14; *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 568; *Suckow*, in: Schleusner/Suckow/Voigt, AGG, § 14 Rn. 27; *Adomeit/Mohr*, AGG § 14 Rn. 19.

524 *Bauer/Krieger*, AGG, § 14 Rn. 15.

525 *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 14 Rn. 21; *Bauer/Krieger*, AGG, § 14 Rn. 15; MüKo-*Thüsing*, § 14 AGG, Rn. 4; *Suckow*, in: Schleusner/Suckow/Voigt, AGG, § 14 Rn. 22.

einer (fristlosen) Kündigung.[526] Das Maßregelungsverbot gemäß § 16 AGG greift hier nicht, da es sich um eine unzulässige Rechtsausübung handelt.[527] Um dieses Risiko zu vermeiden, werden Beschäftigte zum Teil darauf verwiesen, im Vorfeld Klage zu erheben und das Vorliegen einer (sexualisierten Belästigung) auf diesem Wege feststellen zu lassen.[528]

Darüber hinaus erweist sich die Voraussetzung in § 14 Satz 1 AGG, dass „keine oder offensichtlich ungeeignete Maßnahmen" ergriffen wurden, als problematisch. Die Pflicht zur Ergreifung solcher Maßnahmen trifft die Arbeitgeberin bereits aus § 12 AGG.[529] Ihr steht dabei ein Auswahlermessen zu. Eine offensichtliche Ungeeignetheit von Maßnahmen des Arbeitgebers bestimmt sich nach objektiven Maßstäben. Treffen Arbeitgebende eine ungeeignete Maßnahme, die nicht offensichtlich ungeeignet ist, ist die Inanspruchnahme des Leistungsverweigerungsrechts nach § 14 AGG unzulässig.[530] Unzureichend ist daher – anders als bei § 13 AGG –, dass Beschäftige lediglich subjektiv der Meinung sind, die vom Arbeitgebenden ergriffenen oder eingeleiteten Maßnahmen seien zur Gefahrenabwehr nicht ausreichend.[531] Schwierigkeiten bei der Bewertung gehen wiederum zulasten der Beschäftigten, weil sie einerseits das Risiko einer Kündigung in Kauf nehmen, andererseits das objektive Vorliegen des Tatbestandsmerkmales erst am Ende eines gerichtlichen Verfahrens feststeht.

4.2.2 Prozessuale Hürden

Die prozessualen Hürden sind hoch. Wollen Beschäftigte die Rechtmäßigkeit der Ausübung oder das Bestehen eines Leistungsverweigerungsrechts feststellen lassen, muss Klage vor dem zuständigen Arbeitsgericht erhoben werden. An die Bestimmtheit eines Klageantrags werden hinsichtlich der Begründung, der konkreten Dauer und des Ausmaßes der Diskriminierung hohe Anforderungen gestellt.[532] Das Hauptsachever-

526 LAG Köln v. 24.11.2010 – 5 Ta 261/10 – juris Rn. 14; *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 14, Rn. 9; *Eggert-Weyland*, in: Rust/Falke, AGG, § 14 Rn. 20; a. A. *Kocher*, in: Schiek/Kocher, AGG, § 14 Rn. 11.

527 *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, § 14 Rn. 8.

528 *Bauer/Krieger*, AGG, § 14 Rn. 14.

529 Siehe 4.1.

530 *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 14 Rn. 11.

531 *Bauer/Krieger*, AGG, § 14 Rn. 6.

532 BAG v. 23.01.2007 – 9 AZR 557/06 –, juris Rn. 23; Buschmann, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 14 Rn. 13; konkreter dazu *Bauer/Krieger*, AGG, § 14 Rn. 14: „... der Beschäftigte ... kann ... im Vorfeld Klage erheben auf Feststellung, dass er berechtigt ist, seine Arbeitsleistung so lange zurückzuhalten, bis der Arbeitgeber die konkret zu benennende Belästigung oder sexuelle Belästigung unterbunden hat".

fahren scheitert zudem häufig des Zeitablaufs wegen.[533] Schließlich werden einstweilige Feststellungsanträge über das Bestehen und/oder die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts als unzulässig erachtet.[534]

§ 14 AGG dient dem individuellen Schutz von Beschäftigten vor der Gefahr einer (sexuellen) Belästigung. Im Vordergrund steht hier also der Schutzcharakter.[535] Insofern stellt sich die Frage, ob das Leistungsverweigerungsrecht des § 14 AGG unterlaufen und praktisch wirkungslos ist, wenn der Weg über ein einstweiliges Verfügungsverfahren gänzlich versagt wird. Das Landesarbeitsgericht Köln stellt in diesem Zusammenhang fest, dass Beschäftigte durch die Unzulässigkeit eines einstweiligen Verfügungsverfahrens nicht beschwerdelos im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG sind, da die Möglichkeit bestehe, konkrete, in Zukunft drohende Ehrverletzungen oder Diskriminierungen durch eine ausreichend konkretisierte Unterlassungsverfügung im Wege der einstweiligen Verfügung durchzusetzen.[536]

In der Praxis wird jedoch von dem Mittel einer konkreten Unterlassungsverfügung tendenziell durch Arbeitgeber*innen Gebrauch gemacht, um damit gegen die Behauptung von Beschäftigen vorzugehen, diskriminiert worden zu sein.[537] Hier besteht weiterer Forschungsbedarf dahingehend, inwieweit Beschäftigte eine Unterlassungsverfügung einklagen, um die zeitnahe Durchsetzung des Leistungsverweigerungsrechts nach § 14 AGG zu erreichen und inwieweit diskriminierende Unternehmen und Betriebe von der Unterlassungsverfügung Gebrauch machen, wenn Beschäftigte diskriminierendes Verhalten ansprechen und sich auf ihre Rechte nach dem AGG berufen.

Deutlich wird bereits jetzt, dass die hohen Hürden, die mit der Ausübung eines Leistungsverweigerungsrechts verbunden sind, abgebaut werden müssen, indem in § 14 AGG entsprechend § 16 Abs. 3 AGG eine Klarstellung dahingehend erfolgt, dass § 22 AGG entsprechend gilt. Zudem macht die offensichtliche Zurückhaltung bei der Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts einmal mehr deutlich, wie wichtig die Ein-

533 *Buschmann*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 14 Rn. 13.
534 LAG Köln v. 24.11.2010 – 5 Ta 261/10 –, juris Rn.16; *Suckow*, in: Schleusner/Suckow/Voigt, AGG, § 14 Rn. 35.
535 *Buschmann*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 14 Rn. 1.
536 LAG Köln v. 24.11.2010 – 5 Ta 261/10 –, juris Rn. 16.
537 Eine Vertreterin einer Beratungsstelle verweist darauf, dass als Reaktion von Arbeitgeber*innen manchmal gedroht oder wegen Verleumdung und übler Nachrede weitere Schritte eingeleitet werden, Fokusgruppe Berater*innen Berlin, 15.02.2016, S. 34 = [1:60:00].

führung eines Verbandsklagerechts im AGG ist, da die Rechtsdurchsetzung einzelnen Beschäftigten nicht zuzumuten ist.

4.3 § 16 AGG (Maßregelungsverbot)

Hinsichtlich des arbeitsrechtlichen Maßregelungsverbots besteht kein Änderungsbedarf. Mit dieser Regelung verbundene Auslegungsfragen, insbesondere das Problem eines Irrtums über die zulässige Inanspruchnahme von Rechten nach dem AGG, verdeutlichen die Schwierigkeiten bei der Rechtsdurchsetzung. Dies macht die Einführung eines Verbandsklagerechts rechtspolitisch erforderlich.

4.3.1 Zulässige Inanspruchnahme von Rechten und Folgen eines Irrtums

Nach § 16 Abs. 1 AGG dürfen Beschäftigte wegen der Inanspruchnahme von Rechten nach dem AGG oder wegen ihrer Weigerung, eine gegen das AGG verstoßende Anweisung auszuführen, nicht benachteiligt werden. Mit dieser Regelung wurden Art. 9 der RL 2000/43/EG, Art. 11 der RL 2000/78/EG und Art. 24 der RL 2006/54/EG umgesetzt. Als Ausübung von Rechten nach dem AGG kommen insbesondere das Leistungsverweigerungsrecht nach § 14 AGG, die Beschwerde gemäß § 13 AGG sowie die Geltendmachung von Ansprüchen auf Unterlassung, Beseitigung sowie Entschädigung und Schadensersatz nach § 15 AGG in Betracht. Die Frage einer unzulässigen Maßregelung nach § 16 AGG durch die Inanspruchnahme dieser Rechte wurde bisher nur in geringem Umfang gerichtlich verhandelt.[538] Dieser Befund wird durch die Interviews mit Richter*innen gestützt.[539]

Ungeachtet der wenigen Erkenntnisse über die praktische Relevanz der Vorschrift ist sie auslegungsbedürftig. § 16 Abs. 1 AGG entspricht dem Regelungscharakter der § 612a BGB und § 5 TzBfG. § 16 AGG stellt,

538 BAG v. 20.06.2013 – 8 AZR 482/12 –, juris – Rn. 59 zu der Frage, was eine Maßregelung darstellen kann; VG Gießen v. 26.05.2011 – 5 K 401/11.GI –, juris Rn. 18 zur Anwendbarkeit des Maßregelungsverbots im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses; BAG v. 18.09.2007 – 3 AZR 639/06 –, juris Rn. 29 zur Anwendung des Maßregelungsverbots, wenn Arbeitnehmer*innen deshalb benachteiligt werden, weil der Betriebsrat sein Mitbestimmungsrecht in zulässiger Weise ausübt.

539 „(...) ich habe noch keinen Anwendungsfall gehabt und auch von Kollegen noch nichts davon gehört.“, Interview #1, 14.03.2016, S. 8 f. = Audio [0:22:24]; Interview #2, 21.03.2016, S. 12 = Audio [0:25:26]; Interview #9, 27.04.2016, S. 10 = Audio [0:22:30]; Interview #10, 10.05.2016, S. 8 = Audio [0:12:18].

anders das Maßregelungsverbot des § 612a BGB, nicht darauf ab, dass Beschäftigte ihre Rechte „in zulässiger Weise“ in Anspruch nehmen. Das AGG schützt nach herrschender Auffassung nur bestehende und den Beschäftigten tatsächlich zustehende Rechte, die auch in zulässiger Weise ausgeübt werden.[540] In der Kommentarliteratur wird darauf verwiesen, dass es nicht sinnvoll sei, Beschäftigte auch dann zu schützen, wenn sie unzulässig agieren.[541] Diese Auffassung ist nur zutreffend, soweit es sich um Beschäftigte handelt, die in bewusst unzulässiger Weise von ihren Rechten nach dem AGG – und damit in rechtsmissbräuchlicher Weise – Gebrauch machen.

Die Beurteilung fällt anders aus, wenn Beschäftigte irrtümlich und ohne Verschulden vom Bestehen des geltend gemachten, objektiv aber nicht bestehenden Rechts, ausgehen und davon Gebrauch machen. Denn die Frage, ob Beschäftigte von einer gesicherten Rechtsposition ausgehen können, hängt wiederum von der Darlegungs- und Beweislastfrage bzw. den mit der Beweiserleichterung in Zusammenhang stehenden Schwierigkeiten ab.

Vertreten wird, dass die Berufung auf das Maßregelungsverbot voraussetzt, dass die geltend gemachten Rechte tatsächlich bestehen.[542] Es komme demnach auf die objektive Rechtmäßigkeit der Handlung an, so dass Rechts- und Tatsachenirrtümer zulasten der Beschäftigten gehen. Es bestehe auch keine Aufklärungspflicht des Arbeitgebers, wenn der Irrtum offensichtlich sei.[543] Auch im Fall des entschuldbaren Tatsachen- oder Rechtsirrtums wird eine solche Pflicht von Teilen der Literatur verneint. Eine andere Auffassung gibt zu bedenken, dass der durch § 16 Abs. 1 AGG beabsichtigte Schutz faktisch wirkungslos sei, wenn Beschäftigte bei einem Irrtum stets das Sanktionsrisiko tragen müssen.[544] Zudem erfasse der Wortlaut der Richtlinien ausdrücklich „Reaktionen auf eine Beschwerde oder auf die Einleitung eines Verfahrens“, so dass lediglich das Vorliegen einer Beschwerde oder die Einleitung eines Verfahrens und nicht deren Berechtigung und Begründetheit vorausgesetzt

540 *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 16 Rn. 14; *Deinert*, in: HK-AGG, § 16 Rn. 17 f; *Kocher*, in: Schiek/Kocher, AGG, § 16 Rn. 9.

541 *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, § 16 Rn. 4; *Bauer/Krieger*, AGG, § 16 Rn. 2.

542 *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 16 Rn. 15; *Adomeit/Mohr*, AGG, § 16 Rn. 14; *Voigt*, in: Schleusner/Suckow/Voigt, AGG, § 16 Rn. 12; Bauer/Krieger, AGG, § 16 Rn. 2; *Stein*, in: Wendeling-Schröder, AGG, § 16 Rn. 4; a. A. Kocher, in: Schiek/*Kocher*, AGG, § 16 Rn. 8.

543 *Adomeit/Mohr*, AGG, § 16 Rn. 14; a. A. *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 16 Rn. 15; *Bücker*, in: Rust/Falke, AGG, § 16 Rn. 7, der jedoch bei Irrtümern im Rahmen der Fürsorgepflicht von Arbeitgeber*innen, irrenden Arbeitnehmer*innen ein Anhörungsrecht zugestehen will.

544 *Stein*, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 16 Rn. 4.

wird. Beschäftigte tragen nach dieser Ansicht nicht das mit dem Irrtum verbundene Risiko.[545]

Das Arbeitsgericht Kassel hat die Frage offengelassen, ob § 16 Abs. 1 Satz 1 AGG Maßregelungen auf Grundlage des den Beschäftigten zustehenden Beschwerderechts gemäß § 13 AGG auch bei inhaltlich vermeintlich falschen Beschwerden gänzlich verbietet.[546] Das „vermeintlich" bezog sich dabei auf die Bewertung einer bewusst wahrheitswidrigen Tatsachenbehauptung. Eine Arbeitnehmerin beschwerte sich gemäß § 13 AGG über ihren Chefarzt, der die Beschäftigte vor einer anwesenden Patientin und dem Team rassistisch bezeichnet haben soll. Der Chefarzt bestritt die Äußerung und trug Tatsachen vor, die das Gegenteil belegen sollten. Der Beschwerdestellerin wurde daraufhin aufgrund von bewusst falschen Anschuldigungen außerordentlich und fristlos gekündigt. Das Gericht stellte fest, dass eine unzulässige Maßregelung in Form der ausgesprochenen Kündigung vorliege, weil die Arbeitgeberin von einem falschen Inhalt der erhobenen Beschwerde ausging.

Das Beispiel macht deutlich, dass ein diskriminierendes Verhalten häufig schwer nachweisbar und auch die Anwendung der Beweiserleichterung nach § 22 AGG in der Praxis zu Schwierigkeiten führen kann. Das Gericht hat in diesem Fall zugunsten der Gekündigten lediglich aus dem Grund entschieden, dass die Inanspruchnahme des Beschwerderechts nach § 13 AGG keine tatsächliche Rechtsverletzung voraussetzt und die Kündigung gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstößt. Das Gericht hat die Frage offengelassen, ob § 16 Abs. 1 Satz 1 AGG Maßregelungen des Beschäftigten bei inhaltlich vermeintlich falschen Beschwerden gänzlich verbietet. Solche Auslegungen führen zu Rechtsunsicherheit, wenn es um die Beurteilung einer vermeintlichen bzw. unbewussten unwahren Tatsachenbehauptung geht. Denn für einen Verstoß gegen das Maßregelungsverbot ist gegenwärtig entscheidend, ob die Inanspruchnahme von Rechten in zulässiger Weise erfolgte.

545 *Kocher*, in: Schiek/Kocher, AGG, § 16 Rn. 8; dies., AiB 2004, S. 654 (656).
546 ArbG Kassel v. 11.02.2009 – 8 Ca 424/08 –, juris Rn. 26.

4.3.2 Zivilrechtliches Maßregelungsverbot

Der Reformgesetzgeber soll das Maßregelungsverbot auf alle im AGG geregelten Lebensbereiche ausweiten.[547] Er muss es wegen der europarechtlichen Umsetzungsverpflichtung für die Kategorien rassistische Diskriminierung, ethnische Herkunft sowie Geschlecht erweitern.

Bisher enthält das AGG im allgemein-zivilrechtlichen Teil kein Maßregelungsverbot. Dies verstößt gegen europarechtliche Vorgaben.[548] Art. 9 RL 2000/43/EG und Art. 10 RL 2004/113/EG verpflichten die Mitgliedstaaten im Hinblick auf rassistische Diskriminierung, ethnische Herkunft sowie Geschlecht zu Maßnahmen, die vor Benachteiligungen zu schützen, die in Reaktion auf eine Beschwerde oder auf die Einleitung eines Verfahrens zur Durchsetzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung erfolgen.

4.4 § 17 AGG (Sozialpartner, Betriebsräte, kleine Verbandsklage)

4.4.1 § 17 Abs. 1 AGG

§ 17 Abs. 1 AGG sollte dahingehend geändert werden, dass Betriebsräte und Gewerkschaften nicht nur aufgefordert sind, sondern das Recht haben, sich für die Verwirklichung des Gesetzesziels einzusetzen.[549] Nach § 17 Abs. 1 AGG sind Tarifvertragsparteien, Arbeitgeber*innen, Beschäftigte und deren Vertretungen aufgefordert, im Rahmen ihrer Aufgaben und Handlungsmöglichkeiten an der Verwirklichung des in § 1 AGG genannten Ziels mitzuwirken. Mit dieser Regelung wurden Art. 11 Abs. 2 der RL 2000/43/EG, Art. 2 Abs. 5 und Art. 13 Abs. 2 der RL 2000/78/EG sowie Art. 21 RL 2006/54/EG bzw. der RL 2000/78/EG umgesetzt. Die Regelung statuiert Handlungsrechte vor allem für kollektive Parteien. Eine Rechtspflicht zur Handlung besteht nicht. In der Praxis wird von den

547 *Liebscher/Klose*, a. a. O., 2014, S. 15 und 23.

548 *Raasch*, Stellungnahme, Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, A.-Drs. 15(12)440-A, S. 3; Tießler-Marenda, ZAR 2005, S. 100 (105); *Armbrüster*, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 7 Rn. 6.

549 So auch der Antrag der Fraktionen von SPD, Bündnis 90/Die Grünen und der Abgeordneten des Schleswig-Holsteinischen Landtags, LT-Drs. 18/4343, S. 1.

Handlungsrechten in unterschiedlicher Form aber nur selten Gebrauch gemacht.[550]

4.4.2 § 17 Abs. 2 AGG in Verbindung mit § 23 Abs. 3 BetrVG

Der Reformgesetzgeber sollte das Erfordernis eines „groben Verstoßes" streichen, um so die Voraussetzungen für das sogenannte kleine Verbandsklagerecht zu erleichtern.[551]

Zum Schutz der Beschäftigten vor Diskriminierungen geben die Regelungen § 17 Abs. 2 AGG in Verbindung mit § 23 Abs. 3 BetrVG Betriebsräten und Gewerkschaften die Möglichkeit, bei Vorliegen eines groben Verstoßes von Arbeitgeber*innen gegen die Vorschriften des AGG ein Beschlussverfahren vor einem Arbeitsgericht einzuleiten. Das Vorliegen eines groben Verstoßes erfordert, dass die grobe Pflichtverletzung objektiv erheblich und offensichtlich schwerwiegend sein muss.[552] In der Rechtspraxis wird von der kollektiv-rechtlichen Möglichkeit jedoch kaum Gebrauch gemacht.[553] Dieser Befund wird von den interviewten

550 Insgesamt wird der Anwendungsbereich des § 17 Abs. 1 AGG vom DGB in der Praxis als nicht relevant bezeichnet. Schriftliches Interview Verbände Nr. 4, S. 6 f.; Die Einzelgewerkschaft ver.di. berichtet: „In kleineren Branchen im Organisationsbereich der IG Metall bestanden diskriminierende tarifliche Entgeltregelungen, vor allem in Hinblick auf das Alter (z. B. „Jugendlöhne" bzw. Altersabschläge). Diese wurden nach und nach in Tarifverhandlungen beseitigt. Gewerkschaftsseitig erfolgte dies allerdings weniger nach Maßgabe des § 17 Abs. 1 AGG, sondern vielmehr aufgrund von Gewerkschaftstagsbeschlüssen, die bereits vor Inkrafttreten des AGG erfolgten. Ver.di hat beim Bundeskongress 2011 beschlossen, dass alle bestehenden Regelungen, die Beschäftigungsverhältnisse betreffen, dem AGG entsprechend unmissverständlich ausgestaltet sein müssen. Ver.di hat beispielsweise schriftliche Handlungshilfen für Mitglieder der Tarifkommissionen und für Betriebsratsmitglieder, die zahlreichen Seminarangebote für betriebliche Interessenvertretungen, die AGG-Fachtagungen und vor alle die flächendeckende Begleitung der AGG-Anwendung in der betrieblichen Arbeit sowie beim gewerkschaftlichen Rechtsschutz unterstützt.", Schriftliches Interview Verbände Nr. 4, S. 6 f.

551 Schriftliches Interview Verbände Nr. 4, S. 7: „Zu hohe Hürde". „Die Einleitung eines Beschlussverfahrens kann erleichtert werden, indem es nicht eines groben Verstoßes bedarf", FB Beratungsstelle „(...) aber was mir dann wieder nicht einleuchtet ist, warum § 17 Abs. 2 AGG auf grobe Verstöße beschränkt ist.".

552 BAG v. 18.08.2009 – 1 ABR 47/08 –, juris Rn. 36; *Buschmann*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 17, Rn. 21; *Bertelsmann*, in: Rust/Falke, AGG, § 17, Rn. 51.

553 ArbG Berlin v. 27.01.2012 – 28 BV 17992/11 –, juris Rn. 67; Sächsisches LAG v. 17.09.2010 – 3 TaBV 2/10 –, juris Rn. 53; BAG v. 18.08.2009 – 1 ABR 47/08 –, juris Rn. 36; LAG Saarland v. 11.02.2009 – 1 TaBV 73/08 –, juris Rn. 71; LAG Hessen v. 9 TaBV 251/07 – ,juris Rn. 22; Verfahren um den Eingruppierungsstreit von Lagerarbeiter*innen bei der Süderelbe Logistik GmbH durch Beschluss eingestellt, ArbG Hamburg v. 24.08.2007 – 17 BV 2/07 – nicht veröffentlicht.

Richter*innen bestätigt.[554] Der DGB berichtet ebenfalls, dass Betriebsräte und Gewerkschaften selten von der Möglichkeit Gebrauch machen, in diesem Zusammenhang ein Beschlussverfahren einzuleiten.[555] Als mögliche Gründe werden angeführt, dass man sich, ähnlich wie bei Strafanträgen im Rahmen des Betriebsverfassungsgesetzes, nur geringe Erfolgschancen verspricht. Letztlich geben betriebspolitische Erwägungen den Ausschlag;[556] der Betriebsrat müsse das Prozessrisiko abwägen. Die Beteiligten sind tendenziell auf friedliche Einigungen ausgerichtet, als ein weiterer Grund wird eine gewisse Konfliktscheue angeführt. Dies bestätigt auch ein Vorsitzender Richter eines Landesarbeitsgerichts: „Die normalen Betriebsräte rennen ja jetzt nicht sehr schnell zum Gericht, sowieso nicht [...] bei so einem doch sehr zugespitzten Thema, also wo man behauptet: Mein Arbeitgeber diskriminiert, da sind die wahrscheinlich doch sehr zurückhaltend."[557] Schließlich wird auch auf mangelnde Kenntnisse der Betriebsräte verwiesen, die primär das BetrVG kennen.[558]

Als mögliche Ursache wird also mangelndes Wissen konstatiert, insbesondere was eine mögliche Einleitung eines Beschlussverfahren nach § 17 Abs. 2 AGG in Verbindung mit § 23 Abs. 3 BetrVG angeht aber auch bei konkreter Antragstellung eines Verfahrens nach § 17 Abs. 2 AGG in Verbindung mit § 23 Abs. 3 BetrVG[559] angeht. Darüber hinaus erscheint mangelnde Sensibilität dafür, Diskriminierungssachverhalte als solche zu erkennen und zu werten, als eine weitere Ursache für die Zurückhaltung vieler Betriebsräte im Umgang mit diskriminierendem Verhal-

554 Interview #1, 13.03.2016, S. 16 = Audio [0:50:08]; Interview #2, 21.03.2016, S. 23 = Audio [0:59:17]; Interview #9, 27.04.2016, S. 21 = Audio [0:43:34]; Interview #10, 17.06.2016, S. 15 = Audio [0:34:56].

555 Schriftliches Interview Verbände Nr. 4, S. 7.

556 Schriftliches Interview Verbände Nr. 4, S. 7.

557 Interview #9, 27.04.2016, S. 21 = Audio [0:44:38].

558 Schriftliches Interview Verbände Nr. 4, S. 7.

559 Zur konkreten Antragsformulierung im Rahmen eines Beschlussverfahrens nach § 17 Abs. 2 AGG i.V.m. § 23 Abs. 3 AGG, *Bertelsmann*, in: Rust/Falke, AGG § 17 Rn. 62.

ten.[560] Das führt zu der Frage, inwieweit Betriebsräte zu Rechten und Pflichten nach dem AGG geschult werden, welche Inhalte dabei eine Rolle spielen und welchen Umfang die AGG-Schulungsinhalte haben.[561]

Aus alldem ergibt sich gesetzgeberischer Änderungsbedarf. Bereits § 17 Abs. 2 ADG-E sah vor, dass Betriebsrat und eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft lediglich bei einem einfachen Verstoß von Arbeitgebenden durch die Einleitung eines Beschlussverfahrens reagieren können.[562] Die dann mit Inkrafttreten des AGG erfolgte Einführung des „groben Verstoßes" wird zum Teil darauf zurückgeführt, dass eine rechtstechnische Verknüpfung der besonderen Verfahrensmöglichkeiten nach § 17 Abs. 2 AGG mit § 23 Abs. 3 BetrVG erfolgte und so beide Bestimmungen das Verhalten auf grobe Verstöße des Arbeitgebers begrenzen sollen.[563] Die Voraussetzung eines Verstoßes ohne das Erfordernis „grob" steht jedoch

560 Ein Vorsitzender Richter eines Landesarbeitsgerichts, der gleichzeitig Betriebsräte schult, erläutert die zum Teil fehlende Sensibilisierung an einem Beispiel: „Also Beispiel: Heute in dem Seminar, was ich gemacht habe, hatte ich genauso einen Fall gestellt. Da wurde angeknüpft an das erste Beschäftigungsjahr, also der Fall, der auch beim Bundesarbeitsgericht lief, und ich glaube, fast alle Teilnehmer sagten, das sei keine Diskriminierung (...) – im ersten Beschäftigungsjahr könnten ja auch Ältere sein. Ich hatte vorher mit denen durchaus besprochen: Es gibt sowas wie mittelbare Diskriminierung, das Anknüpfen an ein neutrales Merkmal. Und obwohl ich das eine halbe Stunde vorher angesprochen habe, haben – glaube ich – bis auf einen, alle im Grunde reagiert und gesagt: Nein, das sei keine Diskriminierung. Schon ein Phänomen. Also das spricht glaube ich dafür, dass einfach so die Sensibilität für dieses Kriterium nicht so hoch ist." Interview #9, 27.04.2016, S. 8 = Audio [0:16:17]. Ders. an anderer Stelle: „Ob das dann Schwerpunkt ihrer Betriebsratstätigkeit ist oder werden wird, weiß ich nicht. Sie haben eben auch unglaublich viele Probleme am Hals und Diskriminierungsfälle sind nicht ihre drängendsten, glaube ich.", Interview #9, 27.04.2016, S. 28 = Audio [1:02:54]. Der DGB bestätigt, dass Schulungen von Betriebsräten und Gewerkschaften zum AGG noch keinen wesentlichen Stellenwert haben; Schriftliches Interview Verbände Nr. 4, S. 9.

561 Dazu ein Vorsitzender Richter eines Landesarbeitsgerichts: „Das, was wir versuchen, zu vermitteln, ist in der Tat schwierig genug. Es sind Leute, die ja nicht Juristen sind, sondern aus dem praktischen Leben kommen, die Schwierigkeiten haben, Gesetzestexte zu verstehen und zuzuhören usw., also das ist schon für Betriebsräte eine schwierige Sache, dieses Amt qualitativ gut auszufüllen. Die Schulungen allein helfen nicht komplett, mit absoluter Sicherheit nicht, (...) wo ich jetzt diese AGG-Problematik anspreche, nennt sich Arbeitsrecht 3, also sie haben dann meistens schon Teil 1, Teil 2 gemacht zu anderen arbeitsrechtlichen Problemen allerdings und dieser AGG-Teil beschränkt sich im Grunde auf eine Einheit, also sprich eineinhalb Stunden, wenn es hoch kommt. Und da (...) behandelt man mit denen das gesamte AGG oder versucht, alles anzusprechen, versucht, ihnen klar zu machen, dass es nicht nur einen rechtlichen Teil gibt, sondern, dass man auch sich überlegen muss, welche Interessen hat man? Welche Sachen möchte man angehen bei der Betriebsratsarbeit? Wo soll man sich nicht verzetteln möglichst und Ähnliches?", Interview #9, 27.04.2016, S. 28 = Audio [1:01:12].

562 BT-Drs. 15/4538, S. 10.

563 *Hayen*, JbArbR 2007, Bd. 44, S. 23 (54).

nicht in Widerspruch zur Systematik des Betriebsverfassungsrechts. Die Regelung des § 17 Abs. 2 AGG ist an dem umfassenden Schutzgedanken des AGG zu messen und nicht an der Systematik des BetrVG. Es ist daher verfehlt, die Systematik des BetrVG auf das AGG zu übertragen.

4.5 Fristen

Die in §§ 15 Abs. 4 und 21 Abs. 5 AGG geregelten zweimonatigen Anzeigefristen sollten auf sechs Monate verlängert werden. In jedem Fall ist § 15 Abs. 4 Satz 2 Alt. 1 AGG, wonach die Frist mit dem Zugang der Ablehnung beginnt, dahingehend zu korrigieren, dass es auch hier auf den Zeitpunkt der Kenntnis der Benachteiligung ankommt.

Das AGG enthält in § 15 Abs. 4 AGG für das Arbeitsrecht und in § 21 Abs. 5 AGG für das allgemeine Zivilrecht Fristen von je zwei Monaten, in denen Ansprüche geltend gemacht werden müssen. § 61 Abs. 1 ArbGG enthält darüber hinaus eine Ausschlussfrist von drei Monaten für die Erhebung einer Klage auf Schadensersatz und/oder Entschädigung vor dem Arbeitsgericht nach § 15 AGG, die mit der Geltendmachung des Anspruchs zu laufen beginnt. Diese Fristen sind im Grundsatz mit den Vorgaben des EU-Rechts vereinbar. Hinsichtlich des Fristbeginns muss der Reformgesetzgeber § 15 Abs. 4 Satz 2 AGG allerdings korrigieren. Gleichwohl erweisen sich diese Fristen in rechtstatsächlicher Hinsicht als erhebliches Hindernis bei der wirksamen Bekämpfung von Diskriminierungen und müssen daher spürbar verlängert werden.

Die genannten Fristenregelungen sind nicht exakt durch das Recht der EU vorgezeichnet. Sie sind vielmehr Ausdruck konkretisierender Rechtsetzung der Bundesrepublik, die den Rahmen des europäischen Diskriminierungsschutzrechts füllt. Gleichwohl ist der deutsche Gesetzgeber auch hier nicht völlig frei. Er muss sich vielmehr an den Grundsätzen der Effektivität und der Äquivalenz messen lassen:[564] Verfahren, die den Genuss unionsrechtlich determinierter Rechte gewährleisten, dürfen auf Ebene der Mitgliedstaaten zum einen nicht weniger günstig ausgestaltet sein als vergleichbare rein nationale Verfahren. Die Ausübung der durch die Unionsordnung verliehenen Rechte darf zum anderen nicht praktisch unmöglich sein.

564 Hier und im Folgenden EuGH v. 08.07.2010 – C-246/09 – (Bulicke), juris Rn. 25.

Dem werden die Fristenregelungen der §§ 15 Abs. 4 AGG, 61b ArbGG, 21 Abs. 5 AGG weitgehend gerecht. So hat der EuGH auf eine Vorlage des LAG Hamburg entschieden, dass insbesondere die Zwei-Monats-Frist des § 15 Abs. 4 AGG in Verbindung mit der Ausschlussfrist des § 61b Abs. 1 ArbGG den unionsrechtlichen Grundsätzen der Effektivität und der Äquivalenz genügt.[565] Der in § 15 Abs. 4 Satz 2 Alt. 1 AGG geregelte Fristbeginn, wonach etwa bei Bewerbungen die Frist mit dem Zugang der Ablehnung läuft, droht allerdings gegen den Effektivitätsgrundsatz zu verstoßen, wenn die Bewerber*in erst später von den die Diskriminierung begründenden Umständen erfährt. Für diesen Fall verlangt der Gerichtshof eine teleologische, unionsrechtskonforme Auslegung, die sich an der zweiten Tatbestandsalternative des § 15 Abs. 4 Satz 2 AGG orientiert und die Frist auch hier erst zu diesem späteren Zeitpunkt beginnen lässt.[566] Aus Gründen der Transparenz[567] sollte diese EuGH-Rechtsprechung in den Normtext des § 15 Abs. 4 Satz 2 AGG übernommen werden.[568]

Unabhängig von dieser EuGH-Rechtsprechung muss jedoch dringend eine Verlängerung der Fristen der §§ 15 Abs. 4 und 21 Abs. 5 AGG erwogen werden. Die Anzeigefrist von nur zwei Monaten ist untypisch kurz gefasst, wie ein Vergleich mit verwandten Fristbestimmungen zeigt. So kann eine Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts – die mit den Diskriminierungstatbeständen des AGG in inhaltlich engem Zusammenhang steht – über die deliktsrechtlichen Ansprüche des BGB mit einer Regelfrist von drei Jahren (§ 195 BGB) angegriffen werden, Beleidigungsdelikte im Strafrecht unterliegen immerhin einer dreimonatigen Anzeigefrist (§§ 185, 194 Abs. 1 Satz 1 StGB i. V. m. § 77b Abs. 1 Satz 1 StGB).[569] Hier ist es schon wertungsmäßig nicht schlüssig, warum die Sanktionsmechanismen des AGG durch Befristungen so viel stärker beschnitten sind als die Ansprüche des BGB oder gar die Normen des StGB.

565 EuGH v. 08.07.2010 – C-246/09 – (Bulicke), juris Rn. 39.
566 EuGH v. 08.07.2010 – C-246/09 – (Bulicke), juris Rn. 41; dem folgend BAGE 141, 48.
567 Aus einem Richter*innen-Interview: „Und das müsste in diesem Gesetz viel, viel klarer formuliert werden, wann diese Frist beginnt." Interview #2, S. 19.
568 Die Bewertung des § 15 Abs. 4 AGG durch den EuGH lässt sich auch auf die Frist des § 21 Abs. 5 AGG übertragen, da für beide Parallelvorschriften dieselben unionsrechtlichen Rahmenvorgaben gelten, MüKo-*Thüsing*, § 21 AGG, Rn. 71; *Deinert*; in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 21 Rn. 99.
569 Mit dieser Begründung auch die entsprechende Forderung der *Antidiskriminierungsstelle des Landes Schleswig-Holstein*, Tätigkeitsbericht 2013/2014, LT-Drs. 18/2912, S. 11.

Die untypisch kurzen Fristen des AGG bilden auch nach Ansicht vieler der befragten Praktiker*innen ein ganz erhebliches Hindernis, um Diskriminierungen wirksam bekämpfen zu können, wenngleich die Ansichten hier mitunter auch auseinandergingen. So sieht die befragte Handelskammer „kein[en] Änderungsbedarf" bei den Fristen.[570] Der befragte Arbeitgeber*innenverband beklagte zwar allgemein „neue Bürokratie, Rechtsunsicherheit und zusätzliche Kosten für Unternehmen" durch das AGG, hat zu der konkreten Frage nach der Angemessenheit der AGG-Fristen jedoch nicht Stellung genommen.[571]

Vonseiten der befragten Anwält*innen wurde indessen angeführt, dass Betroffene oftmals zunächst gar keine Kenntnis darüber hätten, dass sie sich rechtlich gegen Diskriminierungen zur Wehr setzen könnten.[572] Sodann seien viele Betroffene erfahrungsgemäß zunächst sehr vorsichtig und zurückhaltend darin, das Gegenüber zu konfrontieren oder gar rechtliche Schritte einzuleiten.[573] Dabei könnten wertvolle Wochen verloren gehen, die zur Verfristung führten. Ebenso wurden Fälle berichtet, bei denen potenzielle Anspruchsgegner*innen bewusst „auf Zeit [...] spielen" und mit nur halbherzigen Gesprächsangeboten zunächst die Verfristung abwarteten.[574] Der größere Teil der Fokusgruppe hielt die Zweimonatsregelung für „viel zu kurz".[575] Einzelne Stimmen erachteten die derzeitigen Regelungen jedoch auch für „ausreichend, um Rechtsschutz zu kriegen"[576] – gerade im Vergleich zu den noch kürzeren Fristen im arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzprozess.[577]

Auch die Berater*innen kritisierten ganz überwiegend die Kürze der AGG-Fristen. Die Betroffenen bräuchten nach einer Diskriminierungserfahrung zunächst „eine Weile, um sich zu sortieren", bevor sie eine Beratungsstelle aufsuchten.[578] Die Zweimonatsfrist sei „vollkommen unangemessen", um aus Betroffenensicht zu der schwierigen Entscheidung zu

570 Schriftliches Interview (Nr. 3), S. 4.
571 Schriftliches Interview Arbeitgeber*innenverband (Nr. 2), S. 1; zu den Fragen siehe Anhang.
572 Hier und im Folgenden Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Hannover, 08.03.2016, S. 66 = Audio [1:11:45].
573 So daneben auch Fokusgruppe Berater*innen Hannover, 07.03.2016, S. 44 = Audio [1:16:33].
574 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Hannover, 08.03.2016, S. 66 = Audio [1:13:20].
575 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Berlin, 01.04.2016, S. 63 ff. = Audio [1:56:11].
576 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Hannover, 08.03.2016, S. 65 = Audio [1:07:50].
577 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Hannover, 08.03.2016, S. 65 = Audio [1:07:50].
578 Hier und im Folgenden Fokusgruppe Berater*innen Berlin, 15.02.2016, S. 42 f. = Audio [1:33:15].

kommen, mit der Diskriminierungserfahrung in die Öffentlichkeit zu treten und sich ggf. gegen eine große und einflussreiche Arbeitgeber*in zu wenden.[579] Oftmals wollten die Betroffenen auch gar nicht in erster Linie einen gerichtlichen Rechtsstreit führen, wenn sie sich beraten ließen, sondern hofften auf eine andere Lösung. Wenn jedoch unmittelbar die Verfristung drohe, rücke in den Beratungsgesprächen die Frage der Geltendmachung von Ansprüchen nach dem AGG schneller in den Vordergrund als dies – bei längeren Fristen – der Fall sein müsste.[580] Die überkurzen AGG-Fristen wirkten hier „eskalierend und nicht deeskalierend".[581]

Als „angemessener" bzw. „gut vertretbar" wird auch von einzelnen befragten Richter*innen eine Verlängerung der Fristen auf sechs Monate empfohlen.[582]

4.6 Sanktionierungen nach § 15 Abs. 1 bis 3 sowie § 21 Abs. 1 und 2 AGG

Der AGG-Gesetzgeber hat die Verschuldenserfordernisse in § 15 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 AGG und § 21 Abs. 2 Satz 2 AGG sowie die Beschränkung der Entschädigung auf drei Monatsgehälter in § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG ersatzlos zu streichen. Zur Stärkung der abschreckenden Wirkung der Sanktionen könnten Richtgrößen für die Höhe der Entschädigung hilfreich sein, die der Rechtsprechung die nötige Orientierung bieten.

§ 15 AGG räumt der oder dem Diskriminierten arbeitsrechtliche Ansprüche auf Schadensersatz (Abs. 1) und auf Entschädigung für immaterielle Schäden (Abs. 2) ein. Entsprechende Ansprüche für das allgemeine Zivilrecht finden sich in § 21 Abs. 2 AGG. Obwohl diese Ansprüche ihre nähere Ausgestaltung erst im AGG gefunden haben, gehen sie auch auf europäisches Richtlinienrecht zurück. Das Unionsrecht beschränkt sich allerdings darauf, den Mitgliedstaaten einige wenige Hinweise zu geben. So fordern Art. 15 der RL 2000/43/EG, Art. 17 der RL 2000/78/EG sowie Art. 18 und 25 der RL 2006/54/EG „Sanktionen, [...] die wirksam, verhältnismäßig

579 Fokusgruppe Berater*innen Berlin, 15.02.2016, S. 42 = Audio [1:35:22].
580 Fokusgruppe Berater*innen Berlin, 15.02.2016, S. 43 = Audio [1:39:27].
581 Fokusgruppe Berater*innen Hannover, 07.03.2016, S. 44 = Audio [1:16:08]. Die Einschätzungen der befragten Richter*innen waren indessen uneinheitlich. So wurden die Fristen sowohl als „interessengerecht" bezeichnet, Interview #4, 24.05.2016, S. 2 f. = Audio [0:04:07], als auch in ihrer Atypik als ein Weg kritisiert, „Verfahren zu verhindern", ohne dabei dem „Rechtsfrieden" zu dienen, Interview #7, 02.06.2016, S. 9 f. = Audio [0:35:00].
582 Interview #2, S. 19; Interview #9, S. 15.

und abschreckend sein müssen“. Zudem enthalten die Richtlinien Verschlechterungsverbote, die es den Mitgliedstaaten im Grundsatz verwehren, ein einmal gewährtes Schutzniveau zum Nachteil der diskriminierten Person abzusenken, vgl. Art. 27 Abs. 2 der RL 2006/54/EG, Art. 8 Abs. 2 der RL 2000/78/EG. Diesen Vorgaben werden § 15 Abs. 1 Satz 2 AGG, § 15 Abs. 3 AGG und § 21 Abs. 2 Satz 2 AGG schon in ihren Voraussetzungen nicht gerecht. Aber auch die Rechtsfolge des § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG stößt auf rechtliche Bedenken. Die geforderte „Abschreckungswirkung“ – bei § 15 AGG wie bei § 21 AGG – ist hingegen stark einzelfallabhängig und kann kaum generell beurteilt werden.

4.6.1 Verschuldensabhängigkeit des Schadensersatzes nach § 15 Abs. 1 AGG, § 21 Abs. 2 Satz 2 AGG sowie der Privilegierung des § 15 Abs. 3 AGG

Während der Entschädigungsanspruch des § 15 Abs. 2 AGG grundsätzlich verschuldensunabhängig ausgestaltet ist, fordert § 15 Abs. 1 Satz 2 AGG, dass der materielle Schaden bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot nicht zu ersetzen ist, wenn die Arbeitgeber*in die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Aber auch der Entschädigungsanspruch des § 15 Abs. 2 AGG greift bei arbeitgeber*innenseitiger Anwendung kollektivrechtlicher Vereinbarungen nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, § 15 Abs. 3 AGG. Ein Verschuldenserfordernis enthält schließlich auch § 21 Abs. 2 Satz 2 AGG für das allgemeine Zivilrecht.

Zumindest bei § 15 AGG verstößt dies in zweierlei Hinsicht gegen europäisches Recht. Der erste Einwand ergibt sich aus der Rechtsprechung des EuGH zum Erfordernis der Wirksamkeit von Sanktionen. Der Gerichtshof hat in der Rechtssache *Draehmpaehl* entschieden, dass die zivilrechtliche Haftung für einen Verstoß gegen besondere Diskriminierungsverbote nicht vom Nachweis eines Verschuldens abhängig gemacht werden dürfe, solange das Verschuldenserfordernis nicht ausdrücklich europarechtlich vorgegeben sei.[583] Der Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot müsse vielmehr für sich genommen ausreichen, um die Haftung auszulösen. Da die RL 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2006/54/EG die Sanktionsfolge nicht von einem Verschulden abhängig

583 Hier und im Folgenden EuGH v. 22.04.1997 – C-180/95 – (Draehmpaehl), juris Rn. 18, zur RL 76/207/EWG im Anschluss an EuGH v. 08.11.1990 – C-177/88 – (Dekker), juris Rn. 25.

machen, durfte der AGG-Gesetzgeber ein solches Erfordernis nicht mit § 15 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 AGG einführen.[584]

Allenfalls bei § 21 Abs. 2 Satz 2 AGG kann dies anders bewertet werden. Denn hier flankieren die Sekundäransprüche den in § 21 Abs. 1 AGG enthaltenen Kontrahierungszwang (dazu sogleich), so dass es hier zumindest vertretbar erscheint, auch bei der Verschuldensabhängigkeit des Abs. 2 Satz 2 in Summe noch von einer hinreichend wirksamen Sanktionierung auszugehen.[585] Im Interesse der Einheitlichkeit der im AGG geregelten Anspruchsgrundlagen und damit der systematischen Geschlossenheit des Gesetzes sollte allerdings auch hier das Verschuldenserfordernis im Sinne der *Draehmpaehl*-Entscheidung gestrichen werden.

Dasselbe Ergebnis der Unionsrechtswidrigkeit des § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG ergibt sich zumindest für Benachteiligungen wegen einer Schwerbehinderung und wegen des Geschlechts bei der Begründung von Arbeitsverhältnissen ferner aus den Verschlechterungsverboten der Richtlinien. Denn § 81 Abs. 2 Nr. 2 SGB IX a. F. und § 611a Abs. 2 BGB a. F. sahen bis zu ihrer Ablösung durch § 15 AGG im Jahre 2006 noch eine verschuldensunabhängige Haftung der Arbeitgeber*in auch für materielle Schäden vor.[586] § 15 Abs. 1 Satz 2 AGG führt damit ebenso wie § 15 Abs. 3 AGG zu einer europarechtlich verbotenen Absenkung des Schutzniveaus gegenüber der vormaligen Rechtslage.[587] Da hinsichtlich des klaren Wortlauts des § 15 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 AGG eine europarechtskonforme Aus-

584 *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 15 Rn. 30 und 93; *Kocher*, in: Schiek, AGG, § 15 Rn. 52; *Fuchs*, in: Bamberger/Roth, BeckOK BGB, 38. Edition 2016, AGG § 15 Rz. 8; ErfK-*Schlachter*, AGG, § 15 Rn. 6 und 15; entgegen der ganz herrschenden Literaturmeinung bezweifelt wenig überzeugend etwa *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577 (2581 f.), die Übertragbarkeit der *Draehmpaehl*-Entscheidung, die noch zu § 611a BGB a. F. erging, auf die Regelungen des AGG und insbesondere auf die mittelbare Diskriminierung. Die von ihm argumentierte generelle Unverhältnismäßigkeit einer verschuldensunabhängigen Sanktionierung der mittelbaren Diskriminierung findet zudem keine Stütze in der nationalen und europäischen Rechtsprechung.

585 *Wagner/Potsch*, JZ 2006, S. 1085 (1099).

586 Siehe § 611a BGB in der Fassung des Änderungsgesetzes vom 29.06.1998, BGBl. I S. 1694 und § 81 SGB IX in der Fassung des Änderungsgesetzes vom 24.12.2003, BGBl. I S. 2954.

587 Ebenso *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 15 Rn. 30; MüKo-*Thüsing*, AGG § 15 Rn. 24 und 39; *Roloff*; in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK Arbeitsrecht, 38. Edition 2015, AGG § 15 Rn. 3; *Stoffels*, RdA 2009, S. 204 (209 f.); a. A. und offen gegen den EuGH *Bauer/Krieger*, AGG, § 15 Rn. 3 und 15. Als Argument gegen den EuGH kann eine angebliche Systemwidrigkeit verschuldensunabhängiger Schadensersatzansprüche jedenfalls nicht gehört werden, wie allein der Blick auf § 833 BGB mit seiner über einhundertjährigen Geschichte zeigt.

legung nicht möglich erscheint,[588] ist der AGG-Gesetzgeber gehalten, die Verschuldenserfordernisse ersatzlos zu streichen und damit die Haftung einheitlich verschuldensunabhängig auszugestalten. Jedenfalls gegenüber staatlichen Arbeitgeber*innen ist § 15 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 AG G aufgrund seiner Unionsrechtswidrigkeit ohnehin bereits unanwendbar.[589]

4.6.2 Deckelung der Entschädigung auf drei Monatsgehälter

§ 15 Abs. 2 Satz 2 AGG bestimmt für Fälle einer diskriminierenden Nichteinstellung, dass die Entschädigung der Bewerber*innen drei Monatsgehälter nicht übersteigen darf, wenn er oder sie auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. Die Festlegung einer gesetzlichen Höchstgrenze ist im Grundsatz nicht zu beanstanden. Dagegen muss die konkrete Ausgestaltung des § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG verwundern. Tatbestandlicher Auslöser für die Entschädigungspflicht des § 15 Abs. 2 AGG ist eine Persönlichkeitsrechtsverletzung, weswegen § 15 AGG folgerichtig nicht nur den Ersatz des materiellen, sondern mit Abs. 2 auch den Ersatz des immateriellen Schadens verfügt. Der *immaterielle* Schaden kann indessen nicht vom Ergebnis einer hypothetischen benachteiligungsfreien Auswahlentscheidung abhängen, wie dies der letzte Halbsatz des § 15 Abs. 2 AGG verlangt. Dies ist vielmehr eine Kategorie des *materiellen* Schadens und daher beim Entschädigungsanspruch des Abs. 2 systematisch fehlplatziert.[590] Ferner irritiert die Kopplung der Entschädigungspflicht für eine erlittene Persönlichkeitsrechtsverletzung an die Höhe eines bestimmten Monatsgehalts. Hier wird wieder ein materielles Kriterium zur Bemessungsgrundlage auch des immateriellen Schadens.[591] Eine verbotene Diskriminierung und die hierin liegende Persönlichkeitsrechtsverletzung sind nicht bereits deshalb weniger schmerzhaft, weil sie im Zusammenhang mit der Bewerbung um

588 *Roloff*, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK Arbeitsrecht, 38. Aufl. 2015, AGG § 15 Rn. 3.

589 *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2013, S. 251 f.; *ders.*, MüKo, AGG, § 15 Rn. 39; *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 15 Rz. 93.

590 Überzeugend MüKo-*Thüsing*, AGG, § 15 Rn. 10, der die derzeitige Fassung der Vorschrift auf ein unkritisches „Abschreiben" von § 611a BGB a.F. zurückführt; nicht ausdrücklich zwischen materiellem und immateriellem Schaden unterscheidet EuGH v. 22.04.1997 – C-180/95 – (Draehmpaehl), Rn. 34 f.

591 Vgl. noch die Begründung des ADG-Erstentwurfs, BT-Drs. 15/4538, S. 35; überaus kritisch auch *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 15 Rn. 66 f.; *Walker*, NZA 2009, S. 2 (7); für eine Beibehaltung der Dreimonatsgrenze aus Praktikabilitätsgründen trotz einer Zustimmung zu der Kritik an der Kategorienverschiebung wohl MüKo-*Thüsing*, AGG, § 15 Rn. 10 f.

einen Arbeitsplatz im Niedriglohnsektor auftreten. Andersherum kann aber auch die Diskriminierung einer Führungskraft nicht schon für sich genommen „teurer“ sein als diejenige einer einfachen Arbeiter*in.[592] Die Regelung des § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG erscheint daher in einem Maße sachwidrig, das bereits an die Grenze des Art. 3 Abs. 1 GG heranreichen dürfte. Der AGG-Gesetzgeber ist gehalten, die Vorschrift entweder ganz zu streichen oder aber sachgerechte Kriterien für die Bemessung einer Haftungshöchstgrenze zu entwickeln.

Entsprechendes gilt im Übrigen für die verwaltungsrechtliche Rechtsprechung zu § 15 Abs. 2 AGG, die in Anlehnung an § 198 Abs. 2 Satz 3 GVG, § 97a Abs. 2 Satz 3 BVerfGG einen Betrag von monatlich 100 EUR als Richtgröße für die Sanktionierung einer verbotenen Altersdiskriminierung vorgibt.[593] Denn auch die genannten Vorschriften beziehen sich nicht auf eine Persönlichkeitsrechtsverletzung, sondern sanktionieren – wertungsmäßig kaum vergleichbar – eine überlange Prozessdauer.[594]

4.6.3 Die „abschreckende Wirkung“ der Sanktionen

Art. 15 der RL 2000/43/EG, Art. 17 der RL 2000/78/EG sowie Art. 18 und 25 der RL 2006/54/EG fordern, dass die Sanktionen des § 15 AGG auf Rechtsfolgenseite eine hinreichend abschreckende Wirkung entfalten. Wie die Mitgliedstaaten diese Wirkung im Einzelnen hervorrufen, überlässt das Unionsrecht im Wesentlichen dem nationalen Recht. Insbesondere fordert der EuGH nicht die Möglichkeit des Strafschadensersatzes, sondern lässt im Grundsatz allein die Pflicht zum Ausgleich des tatsächlich entstandenen (materiellen und immateriellen) Schadens genügen.[595] Ebenso wenig fordert der EuGH – zumindest in seiner älteren Rechtsprechung – einen Kontrahierungszwang als einzig hinreichend abschreckende Sanktion.[596] Gleichwohl bleibt es den Mitgliedstaaten unbenommen, einen Kontrahierungszwang als Rechtsfolge vorzusehen. Während dies im Arbeitsrecht nach § 15 Abs. 6 AGG ausdrücklich ausgeschlossen ist,[597] geht die überwiegende Meinung mit guten Gründen von der Möglichkeit eines Kontrahierungszwangs im allgemeinen Zivilrecht aus. Ein solcher wird als Inhalt des Beseitigungs-

592 *Jacobs*, RdA 2009, S. 193 (203 f.).
593 Vgl. BVerwG v. 30.10.2014 – 2 C 6/13 –, juris Rn. 61 ff.
594 *Brors*, jurisPR-ArbR 17/2016, Anm. 2., unter II.; ähnlich auch Richter*inneninterview #6, 31.05.2016, S. 10 f. = Audio [0:18:35].
595 EuGH v. 17.12.2015 – C-407/14 – (Arjona Camacho), Rn. 37.
596 EuGH v. 10.04.1984 – 14/83 – (Colson und Kamann), Leitsatz 1 und Rn. 18 f.
597 Dazu mit Blick auf Art. 8 EMRK zuletzt BAG v. 20.10.2015 – 9 AZR 743/14 –, juris Rn. 12 ff.

anspruchs nach § 21 Abs. 1 Satz 1 AGG gesehen.[598] Das kann insbesondere im Versicherungsrecht[599] – aber auch im Mietrecht[600] – hohe praktische Relevanz haben. Hier kann von einem wirksamen Schutz ggf. nur gesprochen werden, wenn der Zugang zur vertraglichen Leistung selbst ermöglicht wird, statt den Betroffene*n allein auf einen Schadensersatz- oder Entschädigungsanspruch zu verweisen.[601]

Die Richtlinienkonformität von § 15 Abs. 1 und 2 AGG sowie § 21 Abs. 1 und 2 AGG hängt nach alledem maßgeblich von der „Rechtswirklichkeit" ab. Ob die in der Praxis aufgerufenen Entschädigungssummen noch als „wirksam" und „abschreckend" bewertet werden können, muss indessen bezweifelt werden.[602] Die Literatur schätzt die Praxis der Instanzgerichte so ein, dass die Entschädigung der Bewerber*in, die bei diskriminierungsfreier Auswahl eingestellt worden wäre, im „Normalfall" bei ein bis zwei Monatsgehältern liegt.[603] Auch für die Bemessung der Entschädigung im allgemeinen Zivilrecht empfiehlt sie zunächst eine vergleichende Orientierung an dieser arbeitsrechtlichen „Faustregel".[604]

Eine Datenbankrecherche[605] stützt diese Vermutung: im Recherchezeitraum 2011–2015 führt juris 37 zumindest teilerfolgreiche Klagen nach § 15 Abs. 2 AGG und lediglich drei zu § 21 Abs. 2 Satz 3 AGG. Bei den zumindest teilerfolgreichen arbeitsrechtlichen Urteilen wurde durchschnittlich eine Entschädigungssumme von ca. 5.000 Euro zugesprochen.[606] Bei deutlich über der Hälfte dieser Urteile kam es jedoch zu einer Teilabweisung und somit zu einer anteiligen Kostentragung – etwa, weil

598 *Sprafke*, Diskriminierungsschutz durch Kontrahierungszwang, 2013, S. 214 ff. und passim; *Wendtland* in Bamberger/Roth, BeckOK BGB, 39. Edition 2016, AGG § 21 Rz. 13 ff.; *Bauer/Krieger*, AGG, § 21 Rz. 6; MüKo-*Thüsing*, AGG § 21 Rn. 17 ff.; *ders./von Hoff*, NJW 2007, S. 21 ff.; *Wagner/Potsch*, JZ 2006, S. 1085 (1098); skeptisch bis ablehnend dagegen noch *Armbrüster*, NJW 2007, S. 1494 (1496 ff.); *Maier-Reimer*, NJW 2006, S. 2577 (2582).

599 Vgl. Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Berlin, 01.03.2016, S. 87 = Audio [1:04:52].

600 Vgl. Fokusgruppe Berater*innen Berlin, 15.02.2016, S. 48 = Audio [1:47:20].

601 Siehe auch *Heese*, NJW 2012, S. 572 f.

602 Ebenso die *Antidiskriminierungsstelle des Landes Schleswig-Holstein*, Tätigkeitsbericht 2013/2014, LT-Drs. 18/2912, S. 11; für die Unionsrechtskonformität der aktuellen Praxis freilich Richter*inneninterview #3, 04.05.2016, S. 5.

603 *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 15 Rn. 83. Zum Kategorienfehler der Bemessung einer Persönlichkeitsrechtsverletzung anhand des Arbeitseinkommens siehe nochmals oben sowie ibid., Rn. 85.

604 *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 21 Rn. 68.

605 Recherchezeitpunkt: 28.06.2016; Rechercheparameter: Rechtsnorm § 15 Abs. 2 AGG bzw. § 21 Abs. 2 Satz 3 AGG; Zeitraum 2011-2015.

606 Durchschnittsjahreswerte der Entschädigungssummen bei zumindest teilerfolgreichen Klagen – 2011: 13.257,36 EUR (nur ein Urteil); 2012: 3565,58 EUR; 2013: 6184,14 EUR; 2014: 4633,09 EUR; 2015: 4019,68 EUR.

eine zu hohe Entschädigungssumme beantragt worden war. Im Ergebnis fiel die tatsächlich erstrittene Summe nach Abzug der Prozesskosten noch einmal geringer aus.[607] Nur in Einzelfällen, bei denen es über einen längeren Zeitraum zu anhaltenden oder wiederholten Diskriminierungen kam, wurden Schmerzensgelder im fünfstelligen Bereich zuerkannt.[608] Die genannten Größenordnungen für Entschädigungszahlungen wurden auch durch die befragten Richter*innen bestätigt.[609]

Abhilfe könnte hier die Aufnahme einer Tabelle von Euro-Beträgen in das Gesetz schaffen, die der Rechtsprechung die nötige Orientierung bietet, um zu hinreichend abschreckenden Sanktionszahlungen zu gelangen. Dies müsste der Justiz zwar genügend Spielraum für die Berücksichtigung der jeweiligen Umstände des konkreten Einzelfalls lassen. Eine solche Tabelle könnte der Rechtsprechung als Richtschnur dienen, die Persönlichkeitsrechtsverletzungen als solche und nicht wie derzeit etwa das Arbeitseinkommen in den Blick nimmt.[610] Hier kann auch das Vorliegen einer Mehrfachdiskriminierung schmerzensgelderhöhend Berücksichtigung finden, um die Wirksamkeit der Sanktionierung zu garantieren.[611]

4.7 Auskunftsanspruch im Arbeitsrecht

Der Gesetzgeber sollte im Rahmen einer Gesetzesnovelle einen Auskunftsanspruch im arbeitsrechtlichen Teil einführen. Abgelehnte Bewerber*innen haben keinen Anspruch auf Mitteilung der Gründe, die zu der Nichteinstellung bzw. Einstellung eines anderen oder einer anderen

607 Anteilige Kostenteilung in Fällen nach Jahren – 2011: 1/1; 2012: 4/6; 2013: 5/7; 2014: 3/5; 2015: 9/18.

608 Siehe etwa LArbG Mainz v. 05.06.2014 – 2 Sa 394/13 –, juris: 25.000 EUR; LArbG Mainz v. 13.03.2014 – 2 Sa 96/13 –, juris: 20.000 EUR; dazu Brors, jurisPR-ArbR 17/2016, Anm. 2., unter II.

609 Interview #4, 24.05.2016, S. 4 = Audio [0:09:07]; Interview #7, 02.06.2016, S. 7 ff. = Audio [0:27:34]; Interview #8, 10.06.2016, S. 10 = Audio [0:25:48]; Interview #9, 27.04.2016, S. 13 f. = Audio [0:28:10].

610 So auch die Forderung bei *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 15 Rn. 84.

611 Das „Zusammenspiel" mehrerer Diskriminierungskategorien, welches als solches in der Abwägung berücksichtigt werden müsse, betont die Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Berlin, 01.03.2016, S. 104 f. = Audio [1:26:30]. Die richterliche Praxis stütze sich leider viel zu oft auf nur eines von mehreren zugleich verwirklichten Diskriminierungsmerkmalen – üblicherweise das am einfachsten zu beweisende – und verliert damit auf Rechtsfolgenseite einen wichtigen Maßstab für die Bemessung des Schmerzensgeldes aus dem Blick. Fokusgruppe Berater*innen Berlin, 15.02.2016, S. 59 = Audio [0:28:45]. Siehe auch Richter*inneninterview #4, 24.05.2016, S. 7 = Audio [0:18:18], wo diese Praxis offen eingestanden wird. Zur Mehrfachdiskriminierung siehe auch 1.2.7.

Bewerber*in geführt haben.[612] Dies haben der EuGH[613] für das Unionsrecht und das BAG[614] für das nationale Recht entschieden.[615] Der EuGH stellte auf den Vorlagebeschluss des BAG (20. Mai 2010 – 8 AZR 287/08 (A) –) klar, dass die Richtlinien 2000/78/EG und 2000/43/EG keinen Anspruch auf Auskunft darüber vorsehen, ob der oder die Arbeitgeber*in am Ende des Einstellungsverfahrens eine andere Bewerber*in eingestellt hat. Das gilt auch für diejenigen Bewerber*innen, die schlüssig darlegen, dass sie die in einer Stellenausschreibung genannten Voraussetzungen erfüllen.[616]

Rechtspolitisch besteht weiterhin Handlungsbedarf. Diskriminierte Personen haben häufig nur sehr geringe Anhaltspunkte, ob eine Ablehnung aus Gründen erfolgte, die gegen eine der in § 1 AGG genannten Kategorien verstößt. Es entsteht eine Situation der Beweisnot, die kaum anders aufzulösen ist, als über einen Auskunftsanspruch. Diese Erkenntnis folgt auch aus den Fokusgruppengesprächen. Ein Rechtsanwalt erläutert, dass Arbeitgeber*innen mittlerweile standardisierte Ablehnungsschreiben ohne Angaben von Gründen versenden und so jegliche Anknüpfungspunkte vermeiden, die für eine Diskriminierung sprechen könnten. Arbeitsrechtliche Auskunftsansprüche sind nicht nur im Rahmen der Begründung eines Arbeitsverhältnisses notwendig. Ein Rechtsanwalt verweist ausdrücklich auf die Nachweisschwierigkeiten im Bereich der Entgeltgleichheit.[617] Zwar seien entsprechende Verschwiegenheitsverpflichtungen in Arbeitsverträgen unwirksam,[618] jedoch hielten sich die Beschäftigten in den Betrieben dennoch daran.[619]

612 Eine Pflicht zur Mitteilung der Gründe für die Ablehnung einer Bewerbung besteht nach § 81 Abs. 1 S. 9 SGB IX gegenüber Menschen mit Behinderung, LAG Hessen, 7.11.2005 – 7 Sa 473/05 –, juris Rn. 15.

613 EuGH v. 19.04.2012 – C-415/10 – („Meister), juris Rn. 32 ff.; EuGH v. 21.07.2011 – C-104/10 – (Kelly), juris Rn. 26 ff.

614 BAG v. 20.5.2010 – 8 AZR 287/08 –, juris Rn. 24 ff.

615 Vereinzelt wird darauf verwiesen, der EuGH hätte nicht darüber entschieden, ob aus dem nationalen Recht ein eigener Anspruch auf Auskunft besteht, *Bertzbach*, in: Däubler/Bertzbach, § 22 Rn. 29 sowie 28 a.

616 Zur Einschränkung der Rechtsprechung des EuGH und zur Frage, ob eine Verweigerung einer Auskunft durch Arbeitgebende ein Gesichtspunkt sein kann, der im Rahmen des Nachweises von Tatsachen zu berücksichtigen ist EuGH v. 19.04.2012 – C-415/10 – („Meister), juris Rn. 47.

617 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Hannover, 08.03.2016, S. 11 = Audio [10:47].

618 LAG Mecklenburg-Vorpommern v. 21.10.2009 – 2 Sa 183/09 – juris Rn. 21 f.

619 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Hannover, 08.03.2016, S. 11 = Audio [10:47].

4.8 § 22 AGG (Beweiserleichterung)

Der Gesetzgeber sollte zum einen klarstellen, dass sich die Beweiserleichterung des § 22 AGG nicht allein auf die Kausalität zwischen einer Benachteiligung und einem in § 1 AGG genannten Grund bezieht, sondern auch die Darlegung der Benachteiligung selbst umfasst. Zum anderen empfiehlt sich eine Konkretisierung der Anforderung, die an den Indizienbeweis zu stellen sind. Die Parteivernehmung und die Berücksichtigung von Statistiken sollten zulässige und im Einzelfall ausreichende Beweismittel sein. Schließlich würde die Schaffung eines Auskunftsanspruchs die typische Beweisnot abgelehnter Bewerber*innen lindern.

Der Normtext des § 22 AGG weicht sprachlich von den Formulierungen des zugrundeliegenden europäischen Richtlinienrechts ab. Dies führt im Ergebnis jedoch nicht zu einem Umsetzungsdefizit, so dass allein deswegen noch keine Neufassung der Vorschrift erforderlich ist. Da § 22 AGG in der Praxis als eines der wichtigsten Instrumente des AGG gilt, ließe sich über eine Ausweitung der Beweiserleichterung vergleichsweise einfach eine spürbare Verstärkung des Diskriminierungsschutzes erreichen.

4.8.1 Sprachliche Abweichung des § 22 AGG

Die Vorschrift des § 22 AGG ordnet eine beschränkte Beweislastumkehr zugunsten von Benachteiligten an. Da Diskriminierungen oftmals nur durch Tatsachen bewiesen werden können, die in der Sphäre der oder des Diskriminierenden liegen, genügt nach § 22 AGG der Beweis von Indizien, die eine verbotene Benachteiligung vermuten lassen, um die Gegenseite zum vollen Entlastungsbeweis zu zwingen. Damit setzt § 22 AGG die Vorgaben von Art. 8 RL 2000/43/EG, von Art. 10 RL 2000/78/EG, von Art. 10 RL 2004/113/EG sowie von Art. 19 Abs. 1 RL 2006/54/EG um. Die Richtlinien formulieren, dass es eine Beweislastumkehr auslösen müsse, wenn das Diskriminierungsopfer „Tatsachen glaubhaft mache [...], die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen“. Obwohl § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB a. F. noch ganz ähnlich formuliert war,[620] entschied der Gesetzgeber, die Tatbestandselemente des „Tatsachen glaubhaft machen“ durch diejenigen eines „Beweises von Indizien“ zu ersetzen. Hierdurch sollte eine missverständliche systematische

620 Siehe die vormalige Fassung der Norm durch das Arbeitsrechtliche EG-Anpassungsgesetz vom 13.08.1980, BGBl. I S. 1308.

Auslegung des AGG mit Blick auf die „Glaubhaftmachung“ in § 294 Abs. 2 ZPO vermieden werden.[621]

Obwohl § 22 AGG nun den vermeintlich strengeren Indizienbeweis anstelle der bloßen Glaubhaftmachung von Hilfstatsachen verlangt, entspricht dies bei verständiger Auslegung den Richtlinienvorgaben.[622] So lässt der Wortlaut des „*Indizien*beweises“ in § 22 AGG jedenfalls ein Verständnis zu, das in seiner beweiserleichternden Wirkung der „Glaubhaftmachung von [Hilfs-]Tatsachen“ in nichts nachsteht. Da zudem keine der beiden Formulierungsvarianten aus Gründen der Bestimmtheit und der Transparenz eindeutig vorzuziehen sind,[623] kann nicht formal von einem Umsetzungsdefizit des AGG ausgegangen werden.

4.8.2 Schutzverstärkung über eine Ausweitung der Beweiserleichterung

Gerade weil sich die Regelung des § 22 AGG in der Praxis als eines der wichtigsten Instrumente des AGG präsentiert, ließe sich vergleichsweise einfach eine höhere Schutzeffektivität des Gesetzes erzielen.

Die befragten Richter*innen hoben hervor, wie erheblich sich die Beweiserleichterung des § 22 AGG in der Rechtsprechung gerade vor den ordentlichen Gerichten und der Arbeitsgerichtsbarkeit auswirke.[624] Die Vorschrift sei „der wichtigste Paragraf“ des Gesetzes.[625] Er stelle „eine große Hilfe im Rahmen des Diskriminierungsrechts“[626] dar und sei „außerordentlich praxisrelevant“[627]. Auch die befragten Rechtsanwält*innen bewerteten die „hilfreiche“ Vorschrift des § 22 als „die größte

621 Vgl. BT-Drs. 16/2022, S. 13.

622 So auch die ganz h. M.: siehe nur *Bauer/Krieger*, AGG, § 22 Rn. 3; MüKo-*Thüsing*, AGG, § 22 Rz. 2; *Braunroth*, in: Ernst/Braunroth/Franke/Wascher/Lenz, AGG, § 22 Rn. 1; *Stein*, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 22 Rn. 17 ff.; *Falke*, in: Rust/Falke, AGG, § 22 Rn. 28; a. A. Windel, RdA 2007 S. 1 (3).

623 Eine „undurchsichtige Gesetzesbegründung“ zum Tatbestandsmerkmal der „Indizien“ beklagt allerdings *Roloff*, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK Arbeitsrecht, 38. Edition 2015, AGG, § 22 Vor Rn. 1.

624 Wegen des Amtsermittlungsgrundsatzes ist der § 22 AGG im Verwaltungsprozess von geringerer rechtstatsächlicher Bedeutung als im Zivilprozess oder vor den Arbeitsgerichten. Gleichwohl kann er auch vor den Verwaltungsgerichten bei der Beurteilung innerer Motivationen und/oder im Falle eines *non liquet* von Bedeutung sein, dazu Interview #6, 31.05.2016, S. 4 = Audio [0:10:30].

625 Interview #4, 24.05.2016, S. 12 f. = Audio [0:33:25].

626 Interview #9, 27.04.2016, S. 12 = Audio [0:25:25].

627 Interview #10, 17.05.2016, S. 9 f. = Audio [0:18:51].

Stärke“[628] des AGG. Demgegenüber stehen freilich Warnungen eines Arbeitgebendenverbands vor einer weiteren Verschärfung der Beweisregelungen zulasten der Arbeitgeber*innen, „da es ohnehin schon schwierig ist, eine negative Tatsache zu beweisen, also etwas, was gerade nicht stattgefunden hat“.[629]

Das Instrument der Beweiserleichterung eignet sich allerdings, um bestehende Schutzlücken zu schließen. Erstens sollte der Reformgesetzgeber klarstellen – wie dies in Teilen der Literatur schon für die derzeitige Fassung der Vorschrift gefordert wird –,[630] dass sich die Beweiserleichterung des § 22 AGG nicht allein auf die Kausalität einer Benachteiligung für einen (materiellen und immateriellen) Schaden bezieht,[631] sondern auch die Darlegung der Benachteiligung selbst umfasst. Zweitens empfiehlt sich eine Klärung, welche Anforderung an den Indizienbeweis zu stellen sind, um die Beweislastumkehr des § 22 AGG auszulösen. Probleme bestehen hier insbesondere bei Diskriminierungen, die „unter vier Augen“ in Abwesenheit von Zeugen geschehen, so dass vor Gericht oftmals allein die Parteivernehmung (vgl. §§ 447 f. ZPO) als mögliches Beweismittel erscheint.[632]

Gerade bei strukturellen Diskriminierungen klagt die Praxis über nicht unerhebliche Schwierigkeiten, den geforderten Indizienvortrag zu erbringen.[633] Während die Gerichte etwa Testing-Verfahren als Mittel des Indizienbeweises zugelassen haben,[634] zeigen sie sich weitaus zurückhaltender bei der Berücksichtigung von Statistiken.[635] Beide Wege könnte der Reformgesetzgeber als zulässige und im Einzelfall ausreichende Beweismittel der Kläger*in ausreichen lassen, damit die Umkehr des § 22 AGG greift. Der Gesetzgeber könnte ferner § 22 AGG durch die Schaffung

628 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Berlin, 01.03.2016, S. 33 = Audio [1:26:29] und S. 34 = Audio [1:40:46]. Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Hannover, 08.03.2016, S. 34 = Audio [0:13:59].

629 Schriftliches Interview Verbände Nr. 1, S. 5.

630 *Windel*, RdA 2007, S. 1 (2); *Gaier*, in: ders./Wendtland, AGG – eine Einführung in das ZivilR, Rn. 138.

631 So aber BAG v. 18.09.2014 – 8 AZR 753/13 –, juris Rn. 21; MüKo-*Thüsing*, AGG § 22 Rn. 6; siehe auch BT-Drs. 16/1780, S. 47.

632 Vgl. Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Berlin, 01.03.2016, S. 33 f. = Audio [0:53:48].

633 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Hannover, 08.03.2016, S. 34 = Audio [0:13:59].

634 Vgl. etwa LAG Schleswig-Holstein v. 09.04.2014 – 3 Sa 401/13 –, juris, Leitsatz 3 und Rn. 90 ff.; so im Übrigen auch bereits die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 16/1780, S. 47.

635 Skeptisch ob der Reichweite etwa BAG v. 22.07.2010 – 8 AZR 1012/08 –, Rn. 68 ff. und 76 ff., wo Statistiken zwar grundsätzlich zugelassen sind, allerdings kaum allein den erforderlichen Indizienbeweis stützen können; siehe nunmehr aber auch BAG v. 18.09.2014 – 8 AZR 753/13 –, Rn. 41.

eines Auskunftsanspruches stützen, wonach eine Arbeitgeber*in einer abgelehnten Bewerber*in das endgültige Ergebnis ihrer Auswahlentscheidung mitteilen muss, das ggf. Rückschlüsse auf das Vorliegen einer verbotenen Diskriminierung zulässt.[636] § 22 AGG erweist sich somit als überaus geeigneter Anknüpfungspunkt für eine Stärkung des Diskriminierungsschutzes.

4.9 § 23 AGG (Rechte von Antidiskriminierungsverbänden)

Das AGG sollte um eine Prozessstandschaft und ein Verbandsklagerecht für qualifizierte Antidiskriminierungsverbände ergänzt werden. § 23 Abs. 2 AGG erlaubt es Antidiskriminierungsverbänden als Beistand Benachteiligter in gerichtlichen Verhandlungen aufzutreten, § 23 Abs. 3 AGG erlaubt zudem die außergerichtliche und gerichtliche Rechtsberatung. Ein Umsetzungsdefizit im engeren Sinne ist mit Blick auf die vergleichsweise weiten Richtlinienvorgaben zwar nicht zu erkennen. Mit Blick auf die hohen tatsächlichen Hürden beim gerichtlichen Diskriminierungsschutz ist eine Stärkung der Antidiskriminierungsverbände jedoch dringend geboten.

4.9.1 Beschränkung der Befugnisse im Gerichtsverfahren auf die Beistandschaft

Während der Regierungsentwurf zunächst noch die Möglichkeit einer Bevollmächtigung vorsah,[637] beschränkt das AGG in seiner geltenden Fassung die Befugnisse der Antidiskriminierungsverbände vor Gericht auf die Rolle eines Beistands, § 23 Abs. 2 AGG. Die Verbände dürfen nicht die volle Prozessvertretung von Benachteiligten übernehmen. Insbesondere in Verfahren mit Vertretungszwang muss neben den Verbänden immer auch eine Anwält*in auftreten. Die Verbände dürfen auch nicht ohne Weiteres in Prozessstandschaft der Benachteiligten handeln, also die Rechte der Benachteiligten aus dem AGG im eigenen Namen geltend machen (vgl. dagegen etwa § 63 SGB IX). Sie dürfen schließlich nicht – wie dies etwa im Umweltrecht der Fall ist, vgl. § 64 BNatSchG – die Gerichte im Wege einer Verbandsklage anrufen, bei der nicht subjektive

636 So in der Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Hannover, 08.03.2016, S. 11 f. = Audio [0:10:47]. Siehe dazu EuGH v. 19.04.2012 – C-415/10 (Meister) –, juris, Rn. 46 f., wonach das Unionsrecht einen solchen Auskunftsanspruch zwar nicht vorsieht, die verweigerte Auskunft jedoch als (Teil-)Indiz für das Vorliegen einer verbotenen Diskriminierung gewertet werden kann. Zum Ganzen: siehe oben 4.7.

637 BT-Drs. 16/1780, S. 11.

Rechtsverletzungen das Gerichtsverfahren in Gang setzen, sondern bereits aus Gründen des Allgemeininteresses der Rechtsweg eröffnet ist. Der AGG-Gesetzgeber beschränkt sich damit auf eine Minimalumsetzung der Richtlinienvorgaben, die gerade noch ein Umsetzungsdefizit vermeidet.

Art. 7 Abs. 2 der RL 2000/43/EG, Art. 9 Abs. 2 der RL 2000/78/EG, Art. 8 Abs. 3 der RL 2004/113/EG und Art. 17 Abs. 2 der RL 2006/54/EG fordern wortgleich, dass die Mitgliedstaaten sicherstellen müssen, dass Antidiskriminierungsverbände „... sich entweder im Namen der beschwerten Personen oder zu deren Unterstützung und mit deren Einwilligung" an Gerichts- oder Verwaltungsverfahren beteiligen können, die der Durchsetzung des Richtlinienrechts dienen. Das Richtlinienrecht lässt somit die Bevollmächtigung, die Prozessstandschaft und die Verbandsklage zu. Die bloße Beistandschaft der Antidiskriminierungsverbände, wie sie § 23 Abs. 2 AGG vorsieht, ermöglicht jedoch bereits eine Beteiligung am Gerichtsverfahren im Sinne der zweiten Alternative der zitierten Richtlinienbestimmungen und genügt somit formell den europäischen Vorgaben.[638]

4.9.2 Stärkung der Antidiskriminierungsverbände zur Stärkung der Rechtsdurchsetzung

Der Blick in die diskriminierungsrechtliche Praxis bietet jedoch Anlass zur Sorge um die tatsächliche Effektivität des AGG. Anders als dies im Jahr 2006 noch vielfach befürchtet wurde,[639] ist eine „Klagewelle" ausgeblieben.[640] Im Gegenteil: Die Gerichte kommen zu großen Teilen kaum

638 Ebenso die fast einhellige Meinung, siehe etwa *Kremer*, in: Hey/Forst, AGG, § 23 Rn. 10; *Bauer/Krieger*, AGG, § 23 Rn. 2; *Bertzbach*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 23 Rn. 4 f.; *Voigt*, in: Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, § 23 Rn. 1; MüKo-*Thüsing*, AGG § 23 Rn. 2 ff.; Wendeling-Schröder/*Stein*, AGG, § 23 Rn. 3; *Micklitz*, in: Rust/Falke, AGG, § 23 Rn. 7; a.A. *v. Roetteken*, AGG, § 23 Rn. 13 ff., der jedoch die zitierten Richtlinienbestimmungen im Sinne eines „und" statt eines „oder" liest und daraus das Recht der Verbände zur Prozessbevollmächtigung ableitet. Soweit *Bertzbach*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 23 Rn. 5a, dem Abs. 2 eine Beschränkung auf das gerichtliche Verfahren entnimmt, wird dies durch den weiten Anwendungsbereich des Abs. 3 aufgefangen, der richtlinienkonform gar zu einer Vertretung in außergerichtlichen Verfahren ermächtigt, in diesem Sinne *Bauer/Krieger*, AGG, § 23 Rn. 16.

639 Dazu und mit einem guten geschichtlichen Überblick *Schnabel*, Diskriminierungsschutz ohne Grenzen?, 2015, S. 105 ff. m. w. N.

640 Siehe bereits das erste Zwischenfazit der Antidiskriminierungsstelle des Bundes vom 13.08.2007, FD-ArbR 2007, Ausgabe 28 vom 16.08.2007, Nr. 238995.

mit dem AGG in Berührung.[641] Das gilt besonders für das allgemeine Zivilrecht, zu dem die anlässlich dieser Studie befragten Richter*innen einhellig von der überaus geringen praktischen Relevanz des AGG für ihre Rechtsprechungstätigkeit berichteten.[642] Als mögliche Gründe hierfür wurde insbesondere eine vergleichsweise hohe Scheu strukturell benachteiligter Gruppen genannt, die eigenen Rechte auch gerichtlich durchzusetzen, wobei auch ein ausreichendes Wissen über die Möglichkeit von Diskriminierungsschutzklagen angezweifelt wurde.[643] Der Ausbau möglicher rechtlicher Hilfestellungen durch die Antidiskriminierungsverbände kann hier Abhilfe schaffen. Die Zuerkennung einer Prozessstandschaft für Antidiskriminierungsverbände und die Schaffung eines Verbandsklagerechts würden die Hürden senken helfen, damit Diskriminierungsfälle auch tatsächlich vor Gericht kommen.[644]

Angesichts dieser spezifischen Durchsetzungsschwäche des Antidiskriminierungsrechts darf der Gesetzgeber vom Grundsatz des Individualrechtsschutzes abweichen und kollektiven Rechtsschutz etablieren. Während es eine gesetzliche Prozessstandschaft Antidiskriminierungsverbänden erlauben würde, das Recht einer diskriminierten Person im eigenen Namen geltend zu machen, bestünde mit einem Verbandsklagerecht darüber hinaus die Möglichkeit, unabhängig von der individuellen Betroffenheit Einzelner, einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot gerichtlich feststellen zu lassen. Eine Beschränkung auf qualifizierte Antidiskriminierungsverbände soll den verantwortungsbewussten Umgang mit diesen Rechten gewährleisten und einem möglichen Missbrauch begegnen.[645]

---

641 Bei den befragten Richter*innen der Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde fast ausschließlich von Altersdiskriminierungsfällen mit Blick auf Pensionsgrenzen etc. berichtet. Die anderen Diskriminierungskategorien spielen hier nur eine weit untergeordnete Rolle, Interview #6, 31.05.2016, S. 1 f. = Audio [0:00:23]; Interview #8, 10.06.2016, S. 2 = Audio [0:01:59]. Die größte Praxisrelevanz entfaltet das AGG zweifelsohne im Arbeitsrecht, wobei auch hier mitunter von nur zwei Fällen seit 2006 (Interview #1, 14.03.2016, S. 1 = Audio [0:00:35]) berichtet wurde.

642 Interview #4, 24.05.2016, S. 1 f. = Audio [0:00:39]; Interview #5, 10.05.2016, S. 1 = Audio [0:01:06]; Interview #7, 02.06.2016 S. 1 = Audio [0:00:22].

643 Interview # 4, 24.05.2016, S. 2 = Audio [0:01:59]; Interview #7, 02.06.2016 S. 1 f. = Audio [0:01:19].

644 So auch die ganz überwiegende Meinung in den Fokusgruppen: Fokusgruppe Berater*innen Berlin, 15.02.2016, S. 67 = Audio [1:14:57]; Fokusgruppe Berater*innen Hannover, 07.03.2016, S. 68 = Audio [1:56:26]; Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Hannover, 08.03.2016, S. 15 = Audio [0:27:52].

645 Diese Forderung nach einer Beschränkung des Verbandsklagerechts auf „seriöse“ und „selbstlos agierende“ Verbände wird auch von zwei interviewten Richter*innen geteilt. Interview #1, 14.03.2016, S. 14 f. = Audio [0:47:14]; Interview #2, 21.03.2016, S. 22 = Audio [53:53].

4.10 Finanzielle Hilfen

Die Rechtssicherheit für Bürger*innen und Anwält*innen bei der Beantragung von Beratungshilfe und Prozesskostenhilfe in AGG-Fällen kann verbessert werden, indem in der AGG-Fortbildung für Richter*innen und Rechtsanwält*innen die verfassungsrechtlich gebotene eigenständige und maßstabsgerechte Beurteilung der Erforderlichkeit und der Erfolgsaussichten für die Bewilligung und die spezifische Rolle der Beweislasterleichterung des § 22 AGG fokussiert und differenziert behandelt werden.

Rechtsuchende mit geringem Einkommen, die sich eine Beratung und Vertretung im außergerichtlichen Bereich durch Rechtsanwält*innen nicht leisten können, haben die Möglichkeit, Beratungshilfe durch Rechtsbevollmächtigte nach dem Beratungshilfegesetz (BerHG) beim zuständigen Amtsgericht zu beantragen.[646] Für die Kosten einer prozessualen Vertretung durch Rechtsbevollmächtigte und bezüglich anfallender Gerichtskosten können Rechtsuchende mit geringen Finanzressourcen Prozesskostenhilfe (PKH) oder Verfahrenskostenhilfe (in familienrechtlichen Verfahren, VKH) beim Gericht des Hauptsacheverfahrens beantragen.[647]

646 Als Faustregel kann gelten, dass ALG-II-Bezieher*innen und Sozialhilfe-Bezieher*innen ohne zusätzliches Einkommen und ohne nennenswertes Vermögen hinreichend bedürftig und damit beratungs- und prozesskostenhilfeberechtigt ohne Raten(zurück)zahlung sind. Auch die vom Rechtsbevollmächtigten abzurechnenden Gebührensätze sind bei der PKH – wie bei der Beratungshilfe – geringer als die Regelgebühren, d. h. als die normalen Gebühren bei rechtsanwaltlicher Vertretung im gerichtlichen Prozess (vgl. §§ 49 und 13 RVG). Daher rechnen Rechtsanwält*innen in der Regel nur dann über PKH ab, wenn die Kosten der von ihnen vertretenen Partei zur Last fallen. Obsiegt die eigene Mandantschaft, so muss in aller Regel der Gegner zahlen und hierfür kann die höhere Regelgebühr abgerechnet werden.

647 Wird PKH/VKH bewilligt, so werden anfallende Gerichts- und eigene Anwaltskosten der PKH-berechtigten Person vom Staat übernommen bzw. vorgestreckt und eventuell in Raten zurückverlangt. Vier Jahre muss die Person Änderungen in ihren wirtschaftlichen Verhältnissen mitteilen und ggf. mit Abänderung der staatlichen Kostenübernahme rechnen. Allerdings umfasst die PKH nicht das Honorar für den Anwalt der Gegenseite, wenn die bedürftige Partei den Rechtsstreit verliert oder teilweise verliert. Beim Arbeitsgericht gilt – im Gegensatz zu den anderen Gerichtsbarkeiten – der Grundsatz, dass in der ersten Instanz jede Partei ihre Anwalts- oder sonstigen Vertretungskosten selbst trägt. Hier geht eine PKH-berechtigte Person auch dann kein Risiko ein, wenn sie in erster Instanz den Rechtsstreit verliert. Da die meisten AGG-Klagen vor dem Arbeitsgericht erhoben werden, stellt sich die Situation für PKH-Berechtigte vergleichsweise günstig dar. In zweiter und höherer Instanz gilt das nicht mehr.

Teilnehmer*innen der Fokusgruppen von Berater*innen und Anwält*innen haben darauf hingewiesen, dass Menschen, die sich mit rechtlichen Mitteln gegen Diskriminierung wehren wollen, häufiger auf finanzielle Hilfestellungen in Form von Beratungs- oder Prozesskostenhilfe angewiesen sind als andere Kläger*innen.[648] Bei AGG-Klagen können sich zudem allgemeine Hürden und Barrieren dieser Hilfen in einer Weise verstärken, die einem effektiven Rechtsschutz einkommensschwacher oder gänzlich unbemittelter Personen abträglich ist.

Die standardisierten Formulare für Beratungshilfe und Prozesskostenhilfe sind bislang lediglich auf Deutsch erhältlich. Das bedeutet eine Sprachbarriere für fremdsprachige Rechtsuchende. Hier sind Übersetzungsleistungen und weitere erklärende Hilfestellungen von Berater*innen und Rechtsbevollmächtigten gefragt. Sie werden in der Regel nicht entgolten, obwohl sie eine spezifische Fremdsprachenkompetenz der Rechtsbevollmächtigten oder Berater*innen erfordern.

Beratungshilfe wird bewilligt, wenn die rechtsuchende Person die erforderlichen Mittel angesichts ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse nicht aufbringen kann. Zudem darf die Rechtsverfolgung nicht mutwillig sein (§ 1 BerHG). Zunächst wird Beratung gewährt, wenn nötig dann auch Vertretung, z. B. in einem Widerspruchsverfahren gegen eine Behörde. Dabei muss die Vertretung durch eine rechtsbevollmächtigte Person „erforderlich“ sein.[649] Es darf schließlich keine andere zumutbare Möglichkeit der Hilfe zur Verfügung stehen, etwa durch eine Rechtsschutzversicherung oder kostenlose Beratung/Vertretung als Gewerkschaftsmitglied. Dies gilt auch für die PKH. [650]

PKH/VKH kann einer Person in der Rolle der Klagenden, aber auch der Beklagten gewährt werden. Die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung muss „hinreichende Aussicht auf Erfolg bieten“ und darf ebenfalls „nicht mutwillig“ sein (§ 114 ZPO). Während über die Beratungshilfe in der Regel zu Beginn von Beratung und außergerichtlicher Vertretung zu entscheiden ist, wird über PKH/VKH erst im Laufe

648 Fokusgruppe Berater*innen Berlin, 15.2.2016, S. 63 f = Audio [1:25:12]; Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Berlin, 01.03.2016, S. 115 = Audio [36:53].

649 Dies ist der Fall, wenn „... der Rechtsuchende nach der Beratung angesichts des Umfangs, der Schwierigkeit oder der Bedeutung der Rechtsangelegenheit für ihn seine Rechte nicht selbst wahrnehmen kann“ (§ 2 BerHG).

650 Rechtsschutzversicherungen decken nicht die Verfassungsbeschwerde zum BVerfG und kein Verfahren beim EUGH ab, wohl aber kann dies im Rahmen der PKH bewilligt werden.

des gerichtlichen Verfahrens entschieden. Es entscheidet dasselbe Gericht wie in der Hauptsache, oft wird der PKH-Beschluss erst zum Zeitpunkt der materiell-rechtlichen Entscheidungsreife der Klage getroffen.

Gleichwohl ist rechtlich und methodisch zwischen den beiden Entscheidungen zu differenzieren. So muss die PKH/VKH-Entscheidung aus einer Perspektive der Vorabbeurteilung getroffen werden, da bei der PKH-Bewilligung der Maßstab die voraussichtliche Erfolgsaussicht ist und nicht der letztendliche Erfolg. So kann eine „hinreichende Erfolgsaussicht" – bei einer Vorabprüfung der Rechtslage – auch dann bestehen, wenn am Ende die Klage abgewiesen wird. Denn in Bezug auf die hinreichende Erfolgsaussicht der Klage, die zur Bewilligung der PKH bejaht werden muss, soll es nach der geltenden Gesetzeslage nur um eine summarische Beurteilung gehen, die das positive Potenzial der Klage einschätzt, also prüft, ob bei möglichem Beweis der vorgetragenen anspruchsbegründenden Tatsachen ein die Rechtsfolge zusprechendes Urteil infrage kommt.

Das BVerfG hat bereits in mehreren Entscheidungen[651] eine vorverlagerte und allzu strenge Beurteilung der Erfolgsaussichten bei der Bewilligung von PKH als Verletzung der aus Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG abzuleitenden Rechtsschutzgleichheit missbilligt. So dürfe die Prüfung der Erfolgsaussichten nicht dazu dienen, die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung selbst in das summarische Verfahren der Prozesskostenhilfe zu verlagern und dieses an die Stelle des Hauptsacheverfahrens treten zu lassen. Vielmehr sei zu berücksichtigen, dass das Prozesskostenhilfeverfahren den Rechtsschutz, den der Rechtsstaatsgrundsatz erfordert, nicht selbst biete, sondern ihn erst zugänglich mache.[652]

Die Erfahrungen von Rechtsanwält*innen der Fokusgruppen und die Auswertung der in der JURIS-Datenbank veröffentlichten Entscheidungen[653] zeigen jedoch, dass über den PKH-Antrag häufig in gleicher Weise entschieden wird wie über den Klagegegenstand selbst, also aus einer Gesamtsicht nach Prüfung aller relevanten Subsumtionsschritte. Daher

651 BVerfG v. 15.10.2015 – 1 BvR 1790/13 – Rn. 20, 21; BVerfG, v. 9.10.2014 – 1 BvR 83/12 –, Rn. 20; BVerfG, v. 28.01.2013 – 1 BvR 274/12 – Rn. 14.

652 BVerfG v. 9.10.2014 – 1 BvR 83/12 –, Rn. 20. Es handelte sich um einen sozialrechtlichen Rechtsstreit ohne AGG-Bezug.

653 Juris-Recherche (am 25.04.2016): „AGG" und „PKH", ergab 79 Treffer, davon 18 Aufsätze oder Anmerkungen, 1 Doppelnennung, 60 Entscheidungen.

fällt die Entscheidung über die PKH in der Rechtswirklichkeit selten anders aus als die Entscheidung über den Klagegegenstand selbst. Auch bei den befragten Richter*innen, die mehrheitlich in der Berufungs- oder sogar Revisionsinstanz tätig sind, klangen Zweifel an, ob die gedankliche Trennung zwischen der anfänglichen Prüfung der Erfolgsaussicht bei der PKH und der finalen Entscheidung, ob die Klage Erfolg hat, immer beachtet wird.[654]

AGG-spezifisch besteht darüber hinaus die Gefahr, dass die Prüfung sämtlicher Tatbestandsmerkmale (unzulässige Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes) beim Umgang mit der Beweislast vorverlagert wird. Denn zu fragen ist im ersten Schritt – soweit der Gegner eine Diskriminierung bestreitet – ob „Indizien" für eine einschlägige Diskriminierung ausreichend dargelegt wurden und falls erforderlich bewiesen[655] werden können (vgl. § 22 AGG). Dann trägt im zweiten Schritt die „andere Partei die Beweislast dafür", „dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat". Hier kann es zu einer Vorverlagerung von Beweisfragen in den Prüfungsschritt der PKH-Prüfung (der hinreichenden Erfolgsaussicht) kommen, auch weil die genaue Beweislastverteilung trotz des § 22 AGG umstritten ist (siehe oben 4.8.).[656] Dies kann dazu führen, dass bereits bei der Prüfung der Erfolgsaussichten der Klage für die Bewilligung der PKH sämtliche Tatbestandsmerkmale bereits hochdifferenziert – und eben nicht nur summarisch – in die PKH-Entscheidung vorverlagert werden. Eine Erfolgsaussicht ist dagegen bereits dann anzunehmen, wenn der von dem Antragsteller vertretene Rechtsstandpunkt zumindest vertretbar erscheint und in tatsächlicher Hinsicht die Möglichkeit einer Beweisführung besteht.[657] Die Beweiserleichterung durch § 22 AGG in Form der möglichen Beweislastumkehr müsste insofern die Annahme einer hinreichenden Erfolgsaussicht eher begünstigen als erschweren.

654 Interview #2, 21.03.2016, S. 20 = Audio [0:49:10].

655 „Indizien" zu beweisen soll nichts anders bedeuten als die nach alter Rechtslage zu § 611a BGB a. F. (Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts) geltende Formulierung besagte, wonach „Tatsachen glaubhaft" gemacht werden mussten, „die eine Benachteiligung wegen (...) vermuten lassen", vgl. amtliche Begründung, BT-Drs. 16/2022, S. 7. Das wiederum bedeutet die Darlegung von Indizien, d. h. von Vermutungstatsachen, die (im Falle ihres Vorliegens) auf die Kausalität des verpönten Merkmals zur (feststehenden) Benachteiligung schließen lassen.

656 *Bertzbach*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 22 Rn. 15.

657 Vgl. BGH v. 14.12.1993, VI ZR 235/92. Mit Bezug auf das AGG, LArbG Köln v. 02.04.2015 – 11 Ta 374/14 -, juris Rn. 4 f.

4.11 Rechtsmissbrauch vs. effektiver Rechtschutz

Rechtsmissbrauch ist eine Realität und Gerichte müssen darauf reagieren. Neben der rechtlichen Perspektive sollte berücksichtigt werden, dass, gemessen an der Gesamtheit der bundesdeutschen Bevölkerung, lediglich einige wenige Personen durch ihre geführten Klagen zu einer Missbrauchs-Kasuistik beigetragen haben. Gleichwohl hat die Rechtsprechung auf Kosten tatsächlich Betroffener die Maßstäbe zur Feststellung einer Diskriminierung erhöht.[658] Dem sollte auch nach der jüngsten EuGH-Entscheidung[659] entgegengewirkt werden, um den tatsächlich Betroffenen einen umfassenden Schutz durch die Regelungen des AGG zu gewähren.[660] Es gilt, zukünftig einen umfassenden Schutz auch bei der Auslegung der Regelungen des AGG und bei der Bewertung von Indizien, die auf einen Missbrauch schließen lassen, durch alle am Verfahren Beteiligten zu gewährleisten. Hierzu bieten sich Fortbildungen für Richter*innen und Rechtsanwält*innen an, in denen rechtliche Grundlagen, aktuelle Rechtsprechung und Diversity-Aspekte vermittelt werden.

4.11.1 Die Diskussion um Rechtsmissbrauch im Arbeitsrecht

Wenn von Rechtsmissbrauch im Kontext des AGG die Rede ist, ist damit der Vorwurf einer rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme der Schutzvorschriften des AGG verbunden.[661] Er wird im Arbeitsrecht insbesondere im Zusammenhang subjektiv nicht ernsthafter Bewerbungen diskutiert. Fragen des Rechtsmissbrauchs wurden bereits zu § 611a BGB a. F. unter der Fallgruppe des unredlichen Erwerbs einer Rechtsstellung diskutiert.[662] Bereits damals wurden, wie auch während des AGG-Gesetz-

658 I. d. S. auch Schriftliches Interview Verbände Nr. 4, S. 9.
659 EuGH v. 28.07.2016 – C-423/15 – (Kratzer).
660 I. d. S. auch Schriftliches Interview Verbände Nr. 4, S. 9.
661 In diesem Zusammenhang wird ebenso die Bezeichnung des sog. AGG-Hoppings verwendet, Buschmann, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 13 AGG, Rn. 11. In diesem Bericht wird auf die Verwendung des Begriffs bewusst verzichtet. Die häufig verwendete Begriff des sog. „AGG-Hopping" in den Medien sowie der (juristischen) Fachliteratur verstärkt die Annahme, dass eine Person, die ihre Rechte nach dem AGG in Anspruch nimmt, sich zunächst von der Vornahme befreien muss, sie würde AGG-Hopping betreiben. Dies steht einem effektiven Rechtsschutz gegen Diskriminierung entgegen.
662 *Kocher*, in: Schiek/Kocher, AGG, § 15 Rn. 45 m. w. N.

gebungsverfahrens, Befürchtungen laut, das Gesetz werde eine Klagewelle auslösen.[663] In beiden Fällen ist es nicht dazu gekommen.[664]

Dennoch gibt es Personen, die sich ohne Interesse an der Stelle auf diskriminierungsindizierte Stellenausschreibungen bewerben und Entschädigungsklagen wegen Ungleichbehandlung bei einer Stellenausschreibung oder einer Stellenbesetzung erheben.[665]

Das bestätigen die interviewten Richter*innen sowie einzelne Rechtsanwält*innen[666] in den Fokusgruppengesprächen. Ob es sich dabei um eine Vielzahl oder um vereinzelte Fälle handelt, wird je nach örtlicher Zuständigkeit der Arbeitsgerichte unterschiedlich beurteilt. Nach Einschätzung eines Vorsitzenden Richters am LAG gibt es „Leute, die relativ oft auf nicht geschlechtsneutrale oder nicht altersneutrale Ausschreibungen reagiert haben [...], das sind übrigens auch Fälle, die ich öfter hatte".[667] Dies bestätigt auch eine Vorsitzende Richterin am LAG.[668] In einem anderen Fall führt ein und dieselbe Person eine enorme Anzahl an Verfahren, mit der Folge, dass sowohl das

663 *Voggenreiter*, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 8 Rn. 3.

664 *Rolfs*, NZA 2016, S. 586 (586); Interview #9, 27.04.2016, S. 3 = Audio [0:04:16]; „(...) wir hatten ja ursprünglich gedacht, wir werden überrollt mit einer Klagewelle, das war so nicht der Fall."; DGB, Schriftliches Interview v. 28.06.2016, S. 2; vgl. zu § 611 a BGB a. F.

665 Rechtsmissbrauch gibt es auch nach Erfahrung von Verbänden: DGB, Schriftliches Interview, S. 9; Schriftliche Interview Verbände Nr. 2, S. 1; Schriftliches Interview Verbände Nr. 1, S. 6, die es zudem für bedauerlich hält, dass einer RA-Kanzlei, die eine AGG-Hopper-Datenbank aufgebaut hatte, diese Datensammlung untersagt worden ist. Die DIHK plädiert weiterhin für eine entsprechende Datenbank, da eine Namensnennung erforderlich erscheine, da derselbe Bewerber – der bereits Verfahren verloren habe – im nächsten Missbrauchsfall bei einem anderen Gericht sonst ggf. „Glück" haben wird, weil das Gericht die serienmäßige Bewerbung nicht erkennen könnte. Diese Forderung der DIHK ist jedoch insbesondere mit Verweis auf das geltende Datenschutzrecht sowie auf die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte, dass eine Vielzahl von Bewerbungen allein kein Indiz für einen Rechtsmissbrauch ist, abzulehnen.

666 „Ja, also, ab und zu gibt es solche Menschen. Bei mir sind sie, glaube ich, vier Mal angekommen.", Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Hannover, 08.03.2016, S. 107 = Audio [20:25]; dagegen eine Rechtsanwältin: „So eine Erfahrung habe ich nie gemacht, sondern ganz im Gegenteil. Ich musste die Leute aufklären: „Ihnen ist da was passiert, was rechtlich nicht zulässig ist" und dass man was dagegen machen könnte. Die sind dann erstmal überrascht und ganz oft wollen sie überhaupt gar nichts machen", Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Berlin, 01.03.2016, S. 9 = Audio [54:11].

667 Interview #9, 27.04.2016, S. 24 = Audio [0:50:49].

668 Interview #2, 21.03.2016, S. 26 = Audio [1:08:38].

Arbeitsgericht eines Bezirkes als auch das Landesarbeitsgericht mit diesen Diskriminierungsverfahren stark beschäftigt sind.[669]

Dennoch zeichnet sich aus Perspektive der Richter*innen folgende Einschätzung als Konsens ab:[670] „Es gibt Menschen, die leben offensichtlich davon, dass sie versuchen werden, [aus diesen] Bewerbungsverfahren [...] Geld zu schlagen. Das merkt man relativ schnell, man sieht es den Bewerbungen an. [...] Das wäre so ein Hinweis darauf, dass es eben massenhaft Fälle sind, die so auftreten oder dass Bewerbungen ersichtlich unpassend sind. Also, wenn sich 55-Jährige Welt-, Wald- und Wiesenanwälte aus Bayern in Hamburg bei einer großen Wirtschaftskanzlei bewerben, die Englisch [...] verlangt, dann ist man relativ schnell dabei zu überlegen, ob das wirklich ernst gemeint ist. Aber jedes Einzelne dieser Kriterien ist nicht zwingend, es kann auch anders sein. Ich hatte auch mal jemanden, von dem war bekannt, dass er bestimmt 200 Bewerbungen in Deutschland verschickt hatte. Da haben wir gesagt, das ist kein Kriterium für Rechtsmissbrauch, weil ja andererseits verlangt wird, dass sich Menschen halt bewerben. 200 Bewerbungen sind da nicht zu viele, vielleicht. Aber, das ist ja ein klassischer Katalog, da kann man zur Not auch mal einen Kommentar nachlesen, welche Beispiele es dafür gibt."[671]

Der Interviewte nimmt hier Bezug auf Kriterien für den Rechtsmissbrauch, die durch die Rechtsprechung bestimmt wurden. Nach dem vom

669 „Ich bin mal 2007 oder so in meiner Funktion als Pressesprecher interviewt worden, welche Rolle das AGG spielte, und ich habe sinngemäß gesagt: keine große. Es gab nur so vereinzelt Klagen oder es gab mal im Rahmen von anderweitig irgendwie geführten Verfahren über Kündigungen oder Zahlungen oder so dann AGG-Problematiken. Das hat sich allerdings dann so seit dem Jahre 2007 krass geändert. Weil inzwischen eine Dauerklägerin, die uns überzieht mit mehreren 100 Verfahren oder allein beim LAG sind es über 100, und innerhalb dieser Verfahren nimmt sie uns auch sehr in Anspruch, weil sie bei jeder Entscheidung, die getroffen wird, also auch in den Zwischenverfahren PKH oder sonstigen Fragen, nimmt sie jedes Rechtsmittel oder auch nicht bestehende Rechtsmittel in Anspruch, um sich gegen unliebsame Entscheidungen zu wehren. Außerdem lehnt sie uns eine Reihe ununterbrochen ab, sodass wir auch darüber entscheiden müssen. Sodass das im Augenblick, aufgrund dieser einen, nicht repräsentativen Klägerin, außerordentlich belastend ist, was die Rechtsprechung zum AGG angeht. Sie ist auch in der Lage, z. B. das Bundesarbeitsgericht zu beschäftigen. Der 8. zuständige Senat hat wohl zu einem Drittel mit ihr zu tun. Das verfälscht natürlich jeden Eindruck und zwar massiv.", Interview #10, 10.05.2016, S. 1 = Audio [0:02:03].

670 Interview #2, 21.03.2016, S. 26 = Audio [1:08:38]: „Da ging es um einen Anwalt. Der hatte sich beworben in Kanzleien und hat immer nur Anzeigen ausgesucht wo man irgendwas mit dem Alter hinkriegen konnte."; Interview #9, 27.04.2016, S. 24 = Audio [0:50:49].

671 Interview #9, 27.04.2016, S. 24 = Audio [0:50:49].

BAG[672] entwickelten materiellen Bewerberbegriff kommt die Beweiserleichterung nur den Bewerber*innen zugute, die sich subjektiv ernsthaft beworben haben und objektiv für die zu besetzende Stelle in Betracht kommen. Der Grundsatz der Beweiserleichterung wird durch den Bewerberbegriff eingeschränkt. So scheiden sogenannte Scheinbewerbungen aus, da sich die Bewerber*innen den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs entgegenhalten lassen müssen.[673] Die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte[674] hat Indizien ermittelt, die es ermöglichen sollen, eine nicht ernsthafte Bewerbung von einer ernsthaft gemeinten zu unterscheiden.[675] Die Indizien sind jedoch nicht generalisierbar,[676] wie das zitierte Beispiel der Anzahl der Bewerbungen zeigt.

Zudem stehen dieser Rechtsprechung europarechtliche Bedenken entgegen: Das Erfordernis einer ernsthaften Bewerbung ist nicht in den Richtlinien normiert.[677] Das BAG[678] hat mit Beschluss – 8 AZR 848/13 (A) – vom 18. Juni 2015 dem EuGH folgende Fragen vorgelegt:

1. Sind Art. 3 Abs. 1 Buchst. a) der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf und Art. 14 Abs. 1 Buchst. a) der Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung) dahingehend auszulegen, dass auch derjenige „Zugang zur Beschäftigung oder zu abhängiger Erwerbstätigkeit“ sucht, aus dessen Bewerbung hervorgeht, dass nicht eine Einstellung und Beschäftigung, sondern nur der Status

672 BAG v. 24.01.2013, 8 AZR 429/11 –, juris Rn. 61 ff.; BAG v. 13.10.2011, 8 AZR 608/10 –, juris Rn. 54.

673 *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 15 Rn. 53.

674 LAG Berlin-Brandenburg v. 19.02.2015 – 26 Sa 1990/14 –, juris Rn. 51; LAG Hamm v. 25.07.2014 – 10 Sa 503/14 –, juris Rn. 63 ff.; LAG Düsseldorf v. 13.08.2014 – 4 Sa 401/14 –, juris Rn. 41 ff.; LAG Köln v. 20.11.2013 – 5 Sa 317/13 –, juris Rn. 71 ff.

675 *Bauer/Krieger*, AGG, § 6 Rn. 12.

676 So sind vielfache Bewerbungen von einer Person oder die Nennung von utopischen Vergütungsforderungen sowie Mängel der Bewerbungsunterlagen nicht ohne Weiteres ein Indiz für mangelnde Ernsthaftigkeit, *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, § 15 AGG, Rn. 54a; a.A. LAG Baden-Württemberg v. 20.3.2009 – Az. 0 Sa 5/09 –, juris Rn. 39; LAG Schleswig-Holstein v. 29.1.2009 – 4 Sa 246/08 –, juris Rn. 46; *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 11 Rn. 28.

677 *Kummer*, Umsetzungsanforderungen der neuen arbeitsrechtlichen Antidiskriminierungsrichtlinie (RL 2000/78/EG), S. 93.

678 BAG v. 18.6.2015 – 8 AZR 848/13 (A) –, juris Rn. 13 ff.

als Bewerber erreicht werden soll, um Entschädigungsansprüche geltend machen zu können?

2. Falls die erste Frage bejaht wird: Kann eine Situation, in der der Status als Bewerber nicht im Hinblick auf eine Einstellung und Beschäftigung, sondern zwecks Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen erreicht wurde, nach Unionsrecht als Rechtsmissbrauch bewertet werden?

Auf die Frage hin, wie Fälle hinsichtlich Rechtsmissbrauchs zu prüfen sind, bezieht sich ein Vorsitzender Richter eines Landesarbeitsgerichts im Interview auf den Vorlagebeschluss: „[...] Das ist zum einen die Frage, ob das überhaupt eine Kategorie ist, mit der wir uns befassen müssen und dürfen, und wenn ja, wie wir das nun dogmatisch und in Anwendung des Gesetzes tun können. [...]."[679]

Mit Urteil vom 28.07.2016 entschied der EuGH in der Rechtssache C-423/15 (Kratzer), dass Art. 3 Abs. 1 Buchst. a der RL 2000/78 und Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der RL 2006/54 dahin auszulegen sind, „dass eine Situation, in der eine Person mit ihrer Stellenbewerbung nicht die betreffende Stelle erhalten, sondern nur den formalen Status als Bewerber erlangen möchte, und zwar mit dem alleinigen Ziel, eine Entschädigung geltend zu machen, nicht unter den Begriff ‚Zugang zur Beschäftigung oder zu abhängiger Erwerbstätigkeit' im Sinne dieser Bestimmungen fällt und, wenn die nach Unionsrecht erforderlichen Tatbestandsmerkmale vorliegen, als Rechtsmissbrauch bewertet werden kann."

Die Feststellung eines missbräuchlichen Verhaltens verlangt das Vorliegen eines objektiven und eines subjektiven Tatbestandsmerkmals. Der EuGH bezieht sich bei der Feststellung sowohl des objektiven als auch des subjektiven Tatbestandsmerkmals auf die durch ihn entwickelten Grundsätze.[680] Der EuGH konkretisiert daneben das Vorliegen des subjektiven Tatbestandsmerkmals und nennt als Beweis, dass auf die Absicht des Handelnden abgestellt, der rein künstliche Charakter der fraglichen Handlungen berücksichtigt werden kann.[681] In Erfüllung des objektiven Tatbestandsmerkmals müsse durch die nationalen Gerichte festgestellt werden, dass trotz formaler Einhaltung der in den beiden Richtlinien vorgesehenen Bedingungen der Zweck dieser Richtlinien

679 Interview #1, 13.03.2016, S. 18 = Audio [0:57:59].
680 EuGH v. 28.07.2016 – C-423/15 – (Kratzer), Rn. 38 ff.
681 EuGH v. 28.07.2016 – C-423/15 – (Kratzer), Rn. 41.

nicht erreicht wurde, und zudem die Person eine Scheinbewerbung um eine Stelle mit dem wesentlichen Ziel eingerecht hat, nicht diese Stellen anzutreten, sondern sich einen ungerechtfertigten Vorteil zu verschaffen. Die Entscheidung enthält wenig handhabbare Kriterien für eine Missbrauchskontrolle. Bei der Feststellung, ob eine „Scheinbewerbung" vorliegt, werden die nationalen Arbeitsgerichte wohl auf die in der Rechtsprechung entwickelten Indizien weiterhin zurückgreifen und diese weiterzuentwickeln haben.

Aus Perspektive von Vertreter*innen der Beratungsstellen stellt sich die Frage des Rechtsmissbrauchs lediglich in Form eines Vorwurfs, der häufig von der Gegenseite erhoben und als „gezielte Opferumkehr" bezeichnet wird.[682] Einzelne Beratungsstellen kritisieren den Umgang mancher Gerichte mit dem vermuteten Missbrauch. Eine Vertreterin einer Beratungsstelle schildert, dass das Vorliegen einer Diskriminierung oft nicht erkannt werde. Bezogen auf die Glaubwürdigkeit der Klägerin habe ihr das Gericht ein wirtschaftliches Interesse am Ausgang der Klage unterstellt.[683] Hier wird die Idee des AGG, Wiedergutmachung zu leisten, gegen die Klägerin gewendet. In einem anderen Fall wurde einer Klägerin vor Gericht vorgeworfen, dass sie schon mehrere Klagen vor dem Arbeitsgericht geführt habe. Der gegnerische Anwalt äußerte, er habe sich in der AGG-Hopper-Datei informiert,[684] weshalb die Klage rechtsmissbräuchlich sei. Nach Schilderung der Vertreterin der Beratungsstelle stellte die Richterin daraufhin klar: „Die Tatsache, dass diese Person mehrmals geklagt hat, kann ja auch einfach nur bedeuten, dass sie mehrfach, häufig diskriminiert wird und nicht mehr."[685]

4.11.2 Die Diskussion um Rechtsmissbrauch im Zivilrecht

Rechtmissbrauch wird im Zivilrecht im Zusammengang mit Testing-Verfahren diskutiert. Dabei handelt es sich um ein anerkanntes In-

682 Fokusgruppe Berater*innen Berlin, 15.02.2016, S. 63 = [24:00] sowie S. 63 = [25:57].
683 Fokusgruppe Berater*innen Berlin, 15.02.2016, S. 84 = [17:00].
684 Bei dem sog. AGG-Archiv handelt es sich um ein Datenarchiv von einem Stuttgarter Anwaltsbüro zwecks Identifizierung angeblicher AGG-Hopper. Dieses wurde nach Beanstandung des Innenministeriums Baden-Württemberg als Aufsichtsbehörde wegen Verstoßes gegen das BDSG geschlossen, *Buschmann*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 13 Rn.11.
685 Fokusgruppe Berater*innen Berlin, 15.02.2016, S. 63 = Audio [24:00].

strument der Aufdeckung von Diskriminierung.[686] Bei einem Testing-Verfahren wird das Verhalten einer Person daraufhin überprüft, ob sie sich (mindestens) zwei Personen gegenüber unterschiedlich verhält, die sich in einem Diskriminierungsmerkmal unterscheiden, jedoch ansonsten ähnlich sind.[687] Testing-Verfahren können abhängig (reaktiv) oder unabhängig (initiativ) von einem vorangegangenen Ausgangsfall durchgeführt werden.[688] Sie können sich auf einen konkreten Einzelfall beziehen oder darauf ausgelegt sein, das Ausmaß diskriminierenden Verhaltens in einer Region oder Branche empirisch und sozialwissenschaftlich zu untersuchen.[689] In Diskriminierungsverfahren werden Testing-Verfahren zum Teil im Rahmen des § 22 AGG als Mittel des Indizienbeweises vorgebracht. Nach Schilderung eines Vertreters einer Beratungsstelle, die Testing-Verfahren in Diskriminierungsverfahren als Mittel des Indizienbeweises einführt, wurde in diesem Zusammenhang im Gerichtssaal der Vorwurf erhoben, sich unlauter Geld zu erwirtschaften.[690] Obwohl die Gesetzesbegründung Testing ausdrücklich zulässt und sogar definiert,[691] gelten Testing-Verfahren als unlauter und methodisch unsauber.[692] Die im Rahmen der Evaluation interviewten Richter*innen aus der Zivilgerichtsbarkeit berichten dagegen nicht von Missbrauchsfällen im Zivilrecht.[693]

4.11.3 Die Diskussion um Rechtsmissbrauch im Beamtenrecht

Die beiden aus der Verwaltungsgerichtsbarkeit interviewten Richter sind unterschiedlicher Auffassung. Während ein Interviewter von Einzel-

686 BT-Drs. 16/1780, S. 47; Fokusgruppe Berater*innen Berlin, 15.02.2016, S. 84 = Audio [09:00]: „(...) bei den Disko-Testings ging es nicht in erster Linie darum, zu klagen, sondern erst einmal darum, die Situation in der eigenen Stadt beschreiben zu können und Diskriminierung sichtbar zu machen und sozusagen strukturell etwas zu verändern (...).“.

687 *Klose/Kühn*, Die Anwendbarkeit von Testing-Verfahren im Rahmen der Beweislast, § 22 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2010, S. 8; vgl. auch die Definition bei BT-Drs. 16/1780, S. 47.

688 *Dies*., ebd., S. 8 f.

689 *Dies*., ebd., S. 9.

690 „AGG-Hopping-Diskussion wurde in dem Verfahren vor Gericht aufgewärmt.“, Fokusgruppe Berater*innen Berlin, 15.02.2016, S. 684 = Audio [09:00].

691 BT-Drs. 16/1780, S. 47.

692 Fokusgruppe Berater*innen Berlin, 15.02.2016, S. 84 = Audio [13:11] zu einem Gerichtsverfahren im Zusammenhang mit rassistischer Einlasskontrolle unter Anwendung von Testing-Verfahren; ein Verband kritisierte im arbeitsrechtlichen Zusammenhang, je mehr Testings durchgeführt würden, desto größer sei die Belastung auch für rechtstreue Unternehmen, sich mit zusätzlichen „Fake“-Bewerber*innen auseinandersetzen zu müssen, Schriftliches Interview Verbände Nr. 1, S. 5.

693 Interview #7, 02.06.2016, S. 12 = Audio [0:47:07]; Interview #4, 24.05.2016, S. 11 = Audio [0:27:14]: „Also die Gefahr sehe ich nicht. Also von so etwas habe ich jetzt noch nie gehört.“.

fällen spricht,[694] erklärte ein anderer, in der Praxis spielten solche Fälle keine Rolle: „Da wir so wenige Fälle haben, ich würde sagen: tendenziell nein. Die echten AGG-Verfahren, diese Entschädigungsverfahren, da hatten wir am Anfang auch so ein bisschen Sorge, dass sich Leute eben bewerben, auch in beamtenrechtlichen Verfahren, aber auch beamtenrechtliche Stellenausschreibungen, die [...] von vornherein ungeeignet sind oder gelegentlich [...] am Anfang, als die Sensibilität noch nicht da war, hatte man [...] im Beamtenrecht so Ausschreibungen, [...] wo dann junge Tatkräftige [...] gesucht werden. Wo dann von vornherein eigentlich klar war, also mit 50 braucht man sich da nicht mehr zu bewerben. Da dachten wir: Naja, also gerade bei so kleineren Behörden, da kommen womöglich irgendwelche Leute auf die Idee, sich da zu bewerben und danach halt die Entschädigungsklagen zu erheben."[695]

5. Antidiskriminierungsstelle

Aufgrund der Richtlinienkonformität besteht kein zwingender Handlungsbedarf dahingehend, Struktur, Mandat, Aufgabenbeschreibung und Befugnisse der ADS zu verändern. Aus rechtstatsächlicher Sicht und nach einem Vergleich mit anderen EU-Staaten wird gleichwohl deutlich, dass eine Stärkung der ADS für eine effektivere Beratung und Unterstützung der Betroffenen von Diskriminierung notwendig ist.

5.1 Errichtung

Die Einrichtung der ADS als Stelle zur Förderung der diskriminierungsfreien Gleichbehandlung im sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich des AGG entspricht den Vorgaben der einschlägigen EU-Richtlinien. Bezüglich der Kategorien Behinderung, Religion und Weltanschauung, sexuelle Orientierung und Lebensalter geht sie über diese hinaus.

Angesichts fortbestehender Lücken im horizontalen AGG-kompetenten Beratungsangebot und in der Annahme, dass Beratungsanfragen mit weiterer Öffentlichkeitsarbeit und wachsendem Bekanntheitsgrad des AGG zunehmen werden, sollten für eine effektive Aufgabenerfüllung, gemes-

694 Interview #8, 10.06.2016, S. 13 = Audio [0:35:51]; Interview #6, 31.05.2016, S. 8 = Audio [0:24:22].
695 Interview #6, 31.05.2016, S. 8 = Audio [0:24:22].

sen an den europarechtlichen Vorgaben und angelehnt an das erfolgreiche österreichische Modell, Regionalstellen der ADS eingerichtet werden.

5.1.1 Vorgaben der Richtlinien

Die EU-Antidiskriminierungsrichtlinien verpflichten die Mitgliedstaaten, eine oder mehrere Stellen (im Folgenden: staatliche Gleichbehandlungsstellen, equality bodies oder spezialisierte Stellen) zu benennen, deren Aufgabe es ist, die Verwirklichung des Grundsatzes der diskriminierungsfreien Gleichbehandlung aller Personen zu fördern (Art. 13 RL 2000/43/EG) und darüber hinaus zu analysieren, zu beobachten und zu unterstützen (Art. 12 2004/113/EG; Art. 20 RL 2006/54/EG). Die Rahmenrichtlinie Beschäftigung RL 2000/78/EG enthält eine solche Verpflichtung nicht.

5.1.2 Stellen in Deutschland

Der deutsche Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, eine zentrale Stelle zur Förderung der diskriminierungsfreien Gleichbehandlung einzurichten. Im thematischen Zusammenhang mit Diskriminierung arbeiten zudem verschiedene Beauftragte der Bundesregierung: der oder die Beauftragte für die Belange behinderter Menschen, der oder die Beauftragte für Migration, Flüchtlinge und Integration sowie der oder die Beauftragte für Aussiedlerfragen und nationale Minderheiten.

Strukturen für Beratung, Unterstützung und Analyse auf landes- und regionaler Ebene sind hinsichtlich Organisationsstruktur, Finanzierungsgeber und Finanzierungsumfang, personeller Ressourcenausstattung, Stellenwert des Themenfeldes Antidiskriminierung innerhalb der Aufgabenbeschreibung sowie Zuständigkeit für eine oder mehrere Diskriminierungskategorien sehr unterschiedlich entwickelt.[696] Dort, wo Antidiskriminierungsstellen der Länder und kommunale Antidiskriminierungsstellen bestehen, bieten diese, von Ausnahmen abgesehen,

696 Vgl. *Fritzsche*, Antidiskriminierungsberatung in Deutschland – Bestandsaufnahme und Analyse aktueller Strukturbedingungen, Berlin 2013, S. 26 ff.; Die Beratungsstellensuche der Antidiskriminierungsstelle des Bundes listet 199 nichtstaatliche und 56 staatliche Angebote auf, bei den als staatlich ausgewiesenen Stellen handelt es sich aber zum Teil um Vereine oder an Universitäten eingerichtete Stellen, vgl. http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SiteGlobals/Forms/Suche/Beratungsstellensuche/Beratungsstellensuche_formular.html?nn=6574858&resourceId=7666350&input_=6574858&pageLocale=de&searchEngineQueryString=Beratung&city_zipcode=&ambit_distance=&ambit_distance.GROUP=1&submit=Senden [17.7.2016].

Beratung meist nur in sehr eingeschränktem Rahmen an.[697] Mittels der „Offensive diskriminierungsfreie Gesellschaft“ möchte die ADS sowohl Koalitionen mit Bundesländern und Kommunen voranbringen als auch regionale Netzwerke von Beratungsstellen unterstützen.[698] Zahlreiche unabhängige nichtstaatliche Beratungsstellen beraten nach einheitlichen Qualitätsstandards, viele sind im Antidiskriminierungsverband Deutschland (advd) zusammengeschlossen.

Eine Studie aus dem Jahr 2013 weist bezüglich des Stellenwertes der Beratung eine starke Heterogenität aus: Die Beratungsarbeit nimmt bei den untersuchten Stellen zwischen fünf und 75 Prozent im Verhältnis zu anderen Aufgaben der Antidiskriminierungsarbeit ein.[699] Auch eine Sichtung der in der Beratungsstellensuche der ADS veröffentlichten staatlichen und nichtstaatlichen Stellen zeigt, dass viele der als Beratungsstellen ausgewiesenen Stellen tatsächlich keine Einzelfallberatung anbieten bzw. lediglich angeben, diese aufbauen zu wollen.[700] Auch zehn Jahre nach Inkrafttreten des AGG fehlt es danach an horizontal arbeitenden Beratungsangeboten für alle Diskriminierungsgründe.[701] Diese Einschätzung wird von den Berater*innen in den Fokusgruppengesprächen bestätigt.[702]

---

697 Staatliche Landesstellen, die selbst oder durch Träger horizontale Beratung anbieten, bestehen z. B. in Berlin, Hessen, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein. Eine regionale Beratung bietet z. B. das Netzwerk Tübingen-Reutlingen an. Kommunale Stellen, die über einen horizontalen Beratungsansatz verfügen, das heißt, bereits Beratung anbieten, Beratung anbieten wollen oder vermitteln, gibt es unter anderem in Nürnberg, Heidelberg, Suhl, Erfurt und Weimar.

698 Seit 2011 sind zehn Bundesländer und zahlreiche Kommunen der Koalition beigetreten und haben Absichtserklärungen unterzeichnet. Einzusehen unter: http://www.antidiskriminierungsstelle.de/DE/ThemenUndForschung/Projekte/Koalition_gegen_diskriminierung/Absichtserklaerungen/absichtserklaerungen_node.html [17.7.2016].

699 *Fritzsche*, Antidiskriminierungsberatung in Deutschland, S. 29.

700 Das ergab eine stichprobenartige Überprüfung der tatsächlichen Angebote auf der Internet-Eigenpräsentation der ausgewiesenen Stellen, die in der Beratungsstellendatenbank der ADS als Einzelfallberatungsstellen mit Antidiskriminierungsrelevanz ausgewiesen werden, z. B.: http://savesociety.org [17.7.2016]; http://www.antidiskriminierungsforum.eu/ [17.7.2016]; Sozial- und Gleichstellungsbüro der Stadtverwaltung Suhl; http://www.thueringen.de/th7/antidiskriminierung/ [17.7.2016]; inab - Ausbildungs- und Beschäftigungsgesellschaft des bfw mbh; Antidiskriminierungsstelle Karlsruhe c/o Menschenrechtszentrum Karlsruhe e. V.; http://www.oer-erkenschwick.de/ [17.7.2016].

701 Vgl. die Treffer unter http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SiteGlobals/Forms/Suche/Beratungsstellensuche/Beratungsstellensuche_formular.html?nn=6569046&cl2Categories_Diskriminierungsmerkmale=alle_merkmale&submit=Senden&searchEngineQueryString=Stelle [17.7.2016].

702 Fokusgruppe Berater*innen Hannover 07.03.2016, S. 4 = Audio [1:05:05].

Ein weiteres Ergebnis der Bestandsaufnahme und Analyse aktueller Strukturbedingungen ist, dass Antidiskriminierungsarbeit immer noch weitestgehend unter prekären Bedingungen geleistet wird und dabei stark vom politischen Willen der jeweiligen (Landes)Regierung abhängt.[703] Seitens der nichtstaatlichen Beratungsstellen wurde es in den Fokusgruppen als notwendig und hilfreich erachtet, staatliche Antidiskriminierungsstellen auf Landesebene einzurichten, wo diese noch nicht bestehen.[704] Eine Alternative dazu wäre die Einrichtung von ADS-Regionalbüros. Eine Studie im Auftrag der Europäischen Kommission kommt zu dem Ergebnis, dass „eine lokale oder regionale Präsenz der Antidiskriminierungsstelle Garant war für Qualität und Wirksamkeit ihrer Arbeit [...]"[705]. Auch ECRI empfiehlt, dass die Stelle einfach zugänglich für Gruppen sein soll, deren Rechte sie schützen soll.[706]

Die Antidiskriminierungsstellen in einigen EU-Staaten verfügen über solche regionalen Strukturen.[707] So besteht die österreichische Gleichbehandlungsanwaltschaft aus einer Zentrale und vier regionalen Büros. Die *Equality and Human Rights Commission* in Großbritannien unterhält Büros in London, Manchester, Cardiff, Glasgow und Edinburgh sowie zehn weitere Büros in England und Wales. Beide EU-Staaten sind bezogen auf Fläche und Bevölkerungsanzahl kleiner als Deutschland. Der Einrichtung regionaler Bundesstellen steht auch die föderale Struktur der Bundesrepublik nicht entgegen, zahlreiche Bundesämter verfügen über regionale Außenstellen.[708]

5.2 Ansiedlung und Unabhängigkeit der Antidiskriminierungsstelle

Zur Stärkung der Unabhängigkeit und demokratischen Legitimation sollte die ADS angelehnt an das Modell der Bundesbeauftragten für Datenschutz in eine eigenständige oberste Bundesbehörde umgewandelt

703 *Fritzsche*, Antidiskriminierungsberatung in Deutschland, 2013, S.54 f.
704 Fokusgruppe Berater*innen Hannover 07.03.2016, S. 4 = Audio [2:29:22].
705 *Ammer/Crowley/Liegl/Holzleithner/Wladasch/&Yesilkagit*: Study on Equality Bodies set up under Directives 2000/43/EC, 2004/113/EC and 2006/54/EC, European Commission (Hrsg.), 2010, S. 8.
706 ECRI General Policy Recommendation No.2 on Specialised bodies to combat racism, xenophobia, anti-Semitism and intolerance at national level, Strasburg, 1997, S. 6, Principle 6 1.
707 Siehe Auflistung: http://www.equineteurope.org/-Member-organisations– [17.7.2016].
708 Zum Beispiel Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Luftfahrt-Bundesamt, Kraftfahrt-Bundesamt; Bundesamt für Kartographie und Geodäsie.

werden. Zur Stärkung der Unabhängigkeit und Legitimation der Leitung sollte die Leitungsstelle öffentlich ausgeschrieben werden.

Die einschlägigen Richtlinien betonen die Unabhängigkeit der Aufgabenwahrnehmung, ohne jedoch die Anforderungen an die Unabhängigkeit zu präzisieren.[709] Die ECRI-Empfehlung Nr. 2, der auch die Pariser Prinzipien der UN[710] zugrunde liegen, enthält weiterführende Anhaltspunkte für die Unabhängigkeit: Die Sicherung unabhängigen Handelns (institutionelle Unabhängigkeit von staatlicher und politischer Einflussnahme), die Fähigkeit zu unabhängigem Handeln (funktionelle Unabhängigkeit) und Unabhängigkeit im Sinne von Neutralität.[711] Eine Studie des Equinet-Netzwerkes, der in der EU ansässigen öffentlichen Antidiskriminierungsstellen (*specialized bodies*, i. F. spezialisierte Stellen) nennt als zentrale Voraussetzung für die Unabhängigkeit, dass sich Stellen auch mit politisch unpopulären Sachverhalten auseinandersetzen, gerade auch bei Diskriminierungsvorkommnissen im staatlichen Sektor.[712] Voraussetzung ist, dass diese den Zuständigkeitsbereich der specialized bodies betreffen. Hier wurden Schwierigkeiten antizipiert, wenn die Stelle in einem Ministerium angesiedelt ist.[713] Eine direkte Verantwortlichkeit dem Parlament gegenüber wurde als positiver bewertet.[714] Die ADS wurde gemäß § 25 AGG beim Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) errichtet. Die Anbindung an das Ministerium ist aufgrund der Vorgaben zur Unabhängigkeit der Aufgabenwahrnehmung rein organisatorischer Natur.[715] Sie ist inhaltlich weisungsfrei.[716] Sie untersteht nicht der Fachaufsicht, jedoch der Rechtsauf-

709 Art. 13 Abs. 2 RL 2000/43/EG; Art. 8a Abs. 2 RL 2002/73/EG; Art. 12 Abs. 2 RL 2004/113/EG.

710 Die Kernelemente der Pariser Prinzipien sind die Unabhängigkeit, ein breites Mandat, das alle Menschenrechte umfasst, die Aufgabe, Menschenrechte zu fördern und zu schützen, eine gesetzliche oder verfassungsrechtliche Grundlage, eine Infrastruktur und eine Finanzierung, die ein wirksames Funktionieren erlaubt. UN Generalversammlung A/RES/48/134, 20.12.1993, http://www.info.gov.hk/info/eoc/annex6_e.pdf [17.7.2016].

711 ECRI General Policy Recommendation No. 2 on Specialised bodies to combat racism, xenophobia, anti-Semitism and intolerance at national level, 1997, Kapitel D, Prinzip 5.

712 *Equinet* (Hrsg.): The bigger picture: equality bodies as part of the national institutional architecture for equality, 2014, S. 16.

713 Equinet, ebd. S. 16. Der Kommissar für Menschenrechte des Europarates nennt als „Schlüsselfaktoren für die Sicherung der Unabhängigkeit" der Stelle, „die rechtliche Struktur der Stelle, die Rechenschaftspflichten und das Verfahren für die Ernennung der Vorstandsmitglieder und leitenden Angestellten", Europarat, Kommissar für Menschenrechte, Stellungnahme über nationale Strukturen zur Förderung der Gleichstellung, CommDH(2011)2, S.16.

714 Equinet, ebd., S. 16.

715 Vgl. *Ernst*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 25, Rn 4; *Ernst/Franke/Braunroth/Wascher*, AGG, § 25 Rn. 1.

716 *Laskowski*, in: Kocher/Schiek, AGG, § 25 Rn 3.

sicht des BMFSFJ. § 25 Abs. 2 AGG garantiert die für die Erfüllung ihrer Aufgaben notwendige Personal- und Sachmittelausstattung der ADS. Die Ausstattung verfolgt zwei Ziele: Erstens die Arbeitsfähigkeit der unabhängigen Stelle und zweitens ihre Unabhängigkeit zu gewährleisten.[717] Letztere garantiert, bezogen auf die Mittel, § 25 Abs. 2 Satz 2 AGG. Danach sind die Mittel in einem eigenen Kapitel des Einzelplans des BMFSFJ auszuweisen[718] und können dadurch unabhängig und eigenverantwortlich verwaltet werden.[719]

Die Unabhängigkeit ist auch in den Vorschriften zur Rechtsstellung der Leitung der ADS in § 26 AGG und zur Aufgabenstellung in § 27 AGG verankert. Nach § 26 Abs. 1 S. 1 AGG ernennt der/die Bundesminister*in für Familie, Senioren, Frauen und Jugend auf Vorschlag der Bundesregierung eine Person zur Leitung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes. Die maßgebliche Personalentscheidung wird also von der Bundesregierung getroffen.[720] Die Leitung steht in einem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis zum Bund (§ 26 Abs. 1 S. 2 AGG). Sie ist in Ausübung ihres Amtes unabhängig und lediglich dem Gesetz unterworfen (§ 26 Abs. 2 S. 3 AGG). Die Ausgestaltung des öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnisses zum Bund ist weder im Gesetzestext noch in der Gesetzesbegründung näher erläutert. Vereinzelt wird auf eine Kollision der notwendigen fachlichen und persönlichen Unabhängigkeit mit der beamtenrechtlichen Amtsführungs- und Gehorsamspflicht von Bundesbeamt*innen gem. § 55 Abs. 2 BBG hingewiesen.[721] Hierauf reagiert jedoch § 26 Abs. 4 AGG, der die Ausgestaltung des Verhältnisses als vertragliches Verhältnis und damit öffentlich-rechtliches Amtsverhältnis eigener Art festlegt. Bezogen auf die bei der ADS unterhalb der Leitungsebene Beschäftigten bleibt das Problem jedoch bestehen. Die Umsetzung entspricht jedenfalls den Richtlinienvorgaben, die nicht explizit verlangen, dass die Stellen als solche unabhängig sind, sondern dass die Beschäftigten unabhängig arbeiten können, um die für eine effektive Aufgabenerfüllung notwenige Distanz zu den jeweiligen politischen Mehrheiten zu schaffen.[722] Im Rahmen der Fokusgruppengespräche wird die strukturelle Anbindung an das BMFSFJ zum Teil problematisiert und eine stärkere Unabhängig-

717 Zur Ausstattung im Einzelnen siehe unten 5.9.
718 Eine vergleichbar starke unabhängige Stellung bezogen auf den Haushalt hat auch die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, die in einem eigenen Einzelplan des Bundeshaushalts ausgewiesen wird.
719 Vgl. *Ernst*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 25 Rn 8.
720 OVG Berlin-Brandenburg v. 15.12.2009 – OVG 6 S 47.09 –, juris, Rn 6.
721 *Laskowski*, in: Schiek/Kocher, AGG, § 26 Rn 3.
722 *Hühn*, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichstellungsrecht, § 9, Rn. 15.

keit der Stelle gewünscht.[723] Bedenken werden geäußert bezüglich der „Eingliederung ins Bundesfamilienministerium“ und der „politischen Einsetzung der Spitze, was ja in der Geschichte der Stelle auch zu unnötigen Umwegen geführt“ habe.[724]

Antidiskriminierungsstellen in anderen EU-Staaten sind entweder auch an ein Ministerium – zumeist die Familien- oder Sozialministerien – angegliedert oder gänzlich unabhängig von ministeriellen Strukturen. Neben der strukturellen Anbindung unterscheiden sich die Stellen auch in dem Verfahren zur Besetzung der Leitungsstelle. Nur zum Teil wird sie wie in Deutschland durch Regierungsmitglieder benannt. Unterschieden werden können *single headed equality bodies*, die durch eine Leitung repräsentiert werden, *collegiate headed bodies*, die durch ein Gremium geleitet werden und kombinierte Modelle, bei denen ein oder eine Direktor*in von einem Leitungsgremium unterstützt wird.

Die *Equality and Human Rights Commission* in Großbritannien mit einem *collegiate headed body* ist im EU-Vergleich ein Beispiel für eine besonders unabhängige Stelle. Sie wurde mit dem *Equality Act 2006 als non-departmental public body* eingerichtet und ist keinem Ministerium zugeordnet.[725] Die zehn bis 15 Kommissionsmitglieder werden laut *Schedule 1, Part 1 Equality Act* 2006[726] über ein öffentliches Ausschreibungsverfahren nach den für die Stelle notwendigen Kompetenzen ausgewählt und dann durch den oder die zuständige Minister*in nominiert.[727]

Der deutsche Gesetzgeber hat sich für einen *single headed body* entschieden. Er bewegt sich damit im Einklang mit den europarechtlichen Vorgaben und den bisherigen haushalterischen Rahmenbedingungen. Ein

723 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Berlin 01.03.2016, S. 2 = Audio [2:03:06]: “Ich wünschte mir mehr Unabhängigkeit der Stelle, also weil sie ja sehr politisch eingebunden ist.”.

724 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Berlin, 01.03.2016, S. 2 = Audio [2:03:06].

725 Die Kommission ist als Status A Human Rights Institution beim internationalen Dachverband der Nationalen Menschenrechtsinstitutionen akkreditiert, diesen Status nach Pariser Prinzipien hat in Deutschland das Deutsche Institut für Menschenrechte inne.

726 http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/3/pdfs/ukpga_20060003_en.pdf [17.7.2016].

727 House of Commons, Women and Equalities Committee; Appointment of the Chair of the Equality and Human Rights Commission, Third Report of Session 2015–16, S. 5, http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201516/cmselect/cmwomeq/599/599.pdf [17.7.2016]. https://www.parliament.uk/documents/upload/ehrc-appointments.pdf [17.7.2016]. Das Auswahlverfahren ist im Kodex für die Benennung aller öffentlichen Kommissionen festgeschrieben. http://publicappointmentscommissioner.independent.gov.uk/wp-content/uploads/2012/02/Code-of-Practice-for-Ministerial-Appointments-to-Public-Bodies.pdf [17.7.2016].

die Unabhängigkeit und öffentliche Bekanntheit der Leitung steigerndes Modell, das die Ausschreibung der Stelle und die Erstellung eines auf den Posten zugeschnittenen Anforderungsprofils vorsieht, wäre jedoch auch für die *single headed* Leitung der ADS denkbar.[728]

Eine weitere Möglichkeit, die Unabhängigkeit der ADS zu stärken, ist die stärkere Orientierung an den Regelungen der/des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI). Diese/r wird laut § 22 Abs. 1 BDSG auf Vorschlag der Bundesregierung vom Deutschen Bundestag für eine Amtszeit von fünf Jahren gewählt, eine einmalige Wiederwahl ist möglich. Die Parlamentswahl der Leitung würde das Amt in seiner Unabhängigkeit gegenüber der Bundesregierung durch die direkte demokratische Legitimation stärken.[729] Seit 2016 ist zur Umsetzung einer Entscheidung des EuGH[730] die Stellung des Beauftragten dahingehend weiter gestärkt worden, dass sie nun gemäß § 22 Abs. 5 BDSG einer obersten Bundesbehörde entspricht, die nicht mehr der Rechtsaufsicht der Bundesregierung und der Dienstaufsicht des BMI untersteht.[731] Eine Umwandlung der ADS in eine von ministeriellen Strukturen völlig unabhängige oberste Bundesbehörde würde die Stelle auf das Niveau der Anforderungen der Pariser Prinzipien der UN heben.

5.3 Mandat und Aufgaben

Mit der Mandatserteilung für alle in § 1 AGG genannten Diskriminierungsgründe ist der Gesetzgeber über die Richtlinienvorgaben hinausgegangen. Unklarheiten bezogen auf die Zuständigkeit der ADS für über den sachlichen Anwendungsbereich des AGG hinausgehende Diskriminierungen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes sollte mit einer gesetzgeberischen Klarstellung in § 27 Abs. 2 begegnet werden. Und zwar dergestalt, dass eine solche Einschränkung nicht intendiert ist. Damit würden auch Bedenken dahingehend ausgeräumt werden, ob die ADS ihrem Unterstützungsauftrag bezogen auf den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinien nachkommt. Nach Art. 13 RL 43/2000/EG muss auch für den Bereich Bildung und Sozialschutz eine zuständige Stelle

728 Nach derzeitiger Rechtslage ist weder eine Ausschreibung noch die Erstellung eines Anforderungsprofil verpflichtend, dies offen lassend, Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg v. 15.12.2009 – OVG 6 S 47.09 –, juris, Rn 5.

729 So auch *Hühn*, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichstellungsrecht, § 9, Rn. 17.

730 EuGH v. 09.03.2010, Rs. C-518/07, Slg. 2010, I-1885.

731 Zweites Gesetz zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes – Stärkung der Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht im Bund durch Errichtung einer obersten Bundesbehörde, BGBl. 2015 I S.162.

benannt werden, nach Art. 12 RL 2004/113/EG auch für Fälle sexueller Belästigung im Waren- und Dienstleistungsverkehr.

5.3.1 Vorgaben der Richtlinien

Die einschlägigen Richtlinien sehen jeweils drei identische Mindestzuständigkeiten vor: Erstens von Diskriminierung Betroffene auf unabhängige Weise dabei zu unterstützen, ihrer Beschwerde wegen Diskriminierung nachzugehen, zweitens unabhängige Untersuchungen zum Thema der Diskriminierung durchzuführen und drittens damit zusammenhängend unabhängige Berichte zu veröffentlichen und Empfehlungen vorzulegen. Art. 20 RL 2006/54/EG fügt als Aufgabenbeschreibung den Austausch verfügbarer Informationen auf geeigneter Ebene mit entsprechenden europäischen Einrichtungen hinzu. Nach Art. 12 RL 2000/43/EG, Art. 14 RL 2000/78/EG, Art. 11 RL 2004/113/EG und Art. 22 RL 2006/54/EG fördern die Mitgliedstaaten den Dialog mit geeigneten Nichtregierungsorganisationen (NGO), die an den vom Anwendungsbereich der Richtlinien erfassten Diskriminierungskategorien ein rechtmäßiges Interesse haben und sich an der Bekämpfung von Diskriminierung beteiligen.

5.3.2 Umfang des Mandates

Im EU-Vergleich besitzt die überwiegende Zahl der nationalen Stellen das Mandat, alle im jeweiligen nationalen Gesetz genannten Gründe abzudecken.[732] Frankreich ist einen anderen Weg gegangen und legt das Mandat der spezialisierten Stelle (vormals HALDE, jetzt *Défenseur des Droits*) fest, auf „... jegliche Gründe, die durch nationale oder europäische Gesetzgebung und internationale Konventionen geschützt sind".[733] Einige Stellen haben einen sehr umfangreichen, über die EU-Richtlinien

732 Zudem besteht die Tendenz, das Mandat der Antidiskriminierungsstellen auf zusätzliche Diskriminierungskategorien auszuweiten, vgl. Europäische Kommission 2011 (Hrsg.): Developing Anti-discrimination Law in Europe, Comparative Analysis, S. 126 ff.

733 Art. 4 para. 3 Institutional Act creating the Defender of Rights (HALDE), vgl. auch Europäische Kommission 2013 (Hrsg.): Developing Anti-discrimination Law in Europe, Comparative Analysis, S. 116.

hinausgehenden Katalog.[734] Die Europäische Kommission sieht bei Stellen, die sehr viele Gründe abdecken, die Herausforderung, für alle diese Gründe die gleichen Standards des Diskriminierungsschutzes zu garantieren.[735] Vor diesem Hintergrund ist die Beschränkung der Zuständigkeit der ADS auf die in § 1 AGG normierten Diskriminierungskategorien zu begrüßen.

Das Mandat der ADS erstreckt sich gem. § 27 Abs. 1 AGG auf Anfragen aller Personen, die der Ansicht sind, wegen einer in § 1 AGG genannten Diskriminierungskategorie benachteiligt worden zu sein.[736] Neben der Unterstützung von Betroffenen bei der Durchsetzung ihrer Rechte gehört es zu den Aufgaben der ADS, nach § 27 Abs. 3 AGG Maßnahmen zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zusammenhang mit den Kategorien des § 1 AGG sowie wissenschaftliche Untersuchungen zu solchen Diskriminierungskonstellationen durchzuführen. Auch die in § 27 Abs. 4 AGG normierte Rechenschaftspflicht ist auf Diskriminierungen im Zusammenhang mit § 1 AGG beschränkt. Eine Erweiterung der in § 1 AGG genannten Gründe würde damit auch das Mandat der ADS automatisch erweitern.

§ 27 AGG verweist ausdrücklich auf § 1 AGG, aber nicht auf § 2 AGG. Es stellt sich die Frage, ob sich die Anrufungsbefugnis auch auf über den sachlichen Anwendungsbereich des § 2 AGG hinausgehende Diskriminierungskonstellationen erstreckt, die im Zusammenhang mit einem Merkmal nach § 1 AGG stehen. Der Wortlaut der Vorschrift beschränkt die Aufgaben ausdrücklich nicht auf den Diskriminierungsschutz nach dem AGG, er erweitert sie aber auch nicht ausdrücklich. In der Gesetzesbegründung heißt es, „die Inanspruchnahme der Antidiskriminierungsstelle des Bundes ist voraussetzungsfrei und insbesondere nicht davon

734 § 4 des Gesetzes zum Schutz vor Diskriminierungen in Bulgarien listet zum Beispiel die Diskriminierungskategorien „Rasse", ethnische Zugehörigkeit oder Hautfarbe, Geschlecht, Sprache, Religion, politische oder andere Weltanschauung, nationale oder soziale Herkunft, Besitz, Gewerkschaftsmitgliedschaft, Bildungsstand, sozialer Status, Ehe- oder Familienstand, Alter, Gesundheitszustand, Behinderung, genetische Bedingungen, Geschlechtsidentität oder Geschlechtsbewusstsein und sexuelle Orientierung auf. State Gazette, Nr. 86/30/09/2003, zitiert nach: http://www.stopvaw.org/sites/3f6d15f4-c12d-4515-8544-26b7a3a5a41e/uploads/anti-discrimination_law_en.pdf [17.7.2016].

735 Ebd.

736 Nach überwiegender Auffassung in der Literatur besteht die Anrufungsberechtigung unabhängig davon, ob der geschilderte Sachverhalt nach rechtlicher Prüfung tatsächlich ein gesetzliches Benachteiligungsverbot berührt, *Ernst*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 27 Rn 1; *v. Roetteken*, AGG, § 278 Rn 34; Ernst/Franke/Braunroth/Wascher, AGG, § 27 Rn. 1; kritisch *Adomeit/Mohr*, AGG, §§ 25–30 Rn 8.

abhängig, ob die (vermeintliche) Benachteiligung einen Lebenssachverhalt betrifft, in dem Ungleichbehandlungen auch gesetzlich untersagt sind."[737] Hieraus geht ein eindeutig weites Verständnis der sachlichen Zuständigkeit hervor. Auch der Wortlaut der Richtlinien, auf die die Gesetzesbegründung hinweist, steht dem nicht entgegen. Diese formulieren eher offen eine Zuständigkeit nationaler Stellen zur „Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung",[738] wobei die Diskriminierungsverbote der Richtlinien, wie aus der Präambel hervorgeht, nur einer von mehreren Bestandteilen zur Verwirklichung des Grundsatzes sind. Eine Beschränkung des Mandates der ADS auf den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinien würde zudem dazu führen, dass die Teile des AGG, in denen es über die Richtlinien hinausweist, nicht vom Mandat erfasst sind. Das kann vom Gesetzgeber so nicht gewollt sein.

Letztlich muss zwischen einzelnen Aufgaben unterschieden werden. Im Bereich Forschung und Öffentlichkeitsarbeit spricht nichts gegen ein weites Verständnis des Mandates, nicht zuletzt weil Forschung auch darauf zielt, Diskriminierungsrealitäten und damit zusammenhängende Bedarfe zur Weiterentwicklung des Rechts zu ermitteln. Die ADS ist dem bereits in zahlreichen Studien und Veranstaltungen nachgekommen, zum Beispiel beim Thema Benachteiligung im Bereich öffentlicher Bildung, die nicht vom Anwendungsbereich des AGG und von den Richtlinien nur bezüglich rassistischer Diskriminierung umfasst ist, oder bezogen auf die Regulierung von *hate crime*, die über den Anwendungsbereich des AGG hinausgeht. Auch die Veröffentlichung eines Handbuches „Rechtlicher Diskriminierungsschutz",[739] das gezielt über den Anwendungsbereich des AGG hinausgeht, ist insofern von der gesetzgeberischen Vorgabe gedeckt und gewollt.

Im Bereich der Unterstützung Betroffener gibt die Gesetzesbegründung klar vor, dass zu allen Anliegen im Kontext von Diskriminierung nach § 1 AGG beraten werden muss. Auch eine Person, die sich von ihrem Professor sexuell belästigt fühlt oder eine Frau, der aufgrund ihres Kopftuchs eine Wohnung, die der Einschränkung des § 19 Abs. 5 AGG unterliegt, verweigert wird, ist insofern anrufungsberechtigt. Dies trifft auch zu, wenn diese Diskriminierungskonstellationen nicht vom sachlichen Teil des AGG umfasst sind. Nichtstaatliche Beratungsstellen berichten

737 BT-Drs. 16/1780, S. 50.
738 Für alle: Art. 13 Abs. 1 RL 43/2000/EG.
739 Antidiskriminierungsstelle des Bundes (Hrsg.), Handbuch Rechtlicher Diskriminierungsschutz, 2014, Vorwort, S. 5.

in den Fokusgruppen, dass an die AGG weitergeleitete Beratungsanfragen abgelehnt würden, wenn es sich nicht oder nicht auf den ersten Blick um einen AGG-Fall handelte. Auch andere Gesetze über das AGG hinaus würden nicht in die Beratung einfließen.[740]

Bezogen auf die Herbeiführung einer gütlichen Einigung kann ein derart weites Mandat nicht ohne weiteres angenommen werden, da hierbei gerade auch die konkreten Diskriminierungsverbote und Ansprüche des AGG in den besonderen Teilen des Gesetzes eine Rolle spielen, die wiederum an § 2 AGG rückgebunden sind. Vor dem Hintergrund der Verpflichtung zur Umsetzung der Richtlinienvorgaben ergibt sich im Wege der richtlinienkonformen Auslegung des AGG jedenfalls ein Mandat für alle in § 27 AGG genannten Aufgaben für solche Diskriminierungskonstellationen, die von den Richtlinien geregelt sind, z. B. die sexuelle Belästigung im Waren- und Dienstleistungsverkehr, aber auch rassistische Diskriminierungen im Bildungsbereich.

Vor dem Hintergrund bestehender Unklarheiten bei der ADS selbst, bei Beratungsstellen und im Sinne der Betroffenen, die als rechtliche Laien den nicht widerspruchsfreien und hierarchisierten Diskriminierungsschutz des AGG nicht ohne weiteres durchdringen können, scheint hier eine Klarstellung des Mandats durch den Gesetzgeber erforderlich.

5.4 Beratung, Verweisberatung und gütliche Einigung

Das Mandat der ADS in § 27 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 AGG sollte über die allgemeinen Informationen hinaus um die gezielte und einzelfallbezogene Beratung erweitert werden. Dieses umfassende qualifizierte Beratungsangebot sollte durch die Einrichtung von Regionalstellen, ausgerichtet am Beispiel Österreichs, auch in der Fläche angeboten werden. Die Erweiterung des Beratungsmandates verleiht der ADS eine stärker auf die effektive Rechtsdurchsetzung zugeschnittene unterstützende Stellung, aus der sich in einem zweiten Schritt Rechte im gerichtlichen Verfahren ableiten lassen.

740 Fokusgruppe Berater*innen Hannover, 07.03.2016, S. 3 = Audio [1:23:40]: „[...] wenn diese Beratungsanfrage nicht unbedingt ein AGG-Fall ist oder nicht auf den ersten Blick ein AGG-Fall ist, dann lehnt die Antidiskriminierungsstelle einen Fall aus diesem Grund schon alleine ab. Also übers AGG hinaus oder AGG und andere Gesetze, da kommt dann nichts.“.

§ 27 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1-3 AGG konkretisiert Mandat und Aufgaben der ADS dahingehend, dass sie Personen, die sich an die ADS wenden, über Ansprüche und rechtliche Vorgehensmöglichkeiten im Rahmen gesetzlicher Regelungen zum Diskriminierungsschutz informieren kann (Nr.1.). Hinzu kommt die Vermittlung der Beratung durch andere Stellen, also Verweisberatung (Nr.2) und schließlich das Anstreben einer gütlichen Beilegung zwischen den Beteiligten (Nr.3). Die nicht abschließende Aufzählung ermöglicht eine weitergehende Ausgestaltung der Unterstützungsfunktion in der Praxis.[741] § 27 Abs. 2 Satz 1 AGG unterstreicht, dass jede Form der Unterstützung in unabhängiger Weise zu geschehen hat.

5.4.1 Beratung und Verweisberatung

Laut Gesetzesbegründung sollen von Diskriminierung betroffene Personen „... ein niedrigschwelliges Beratungsangebot zur Klärung ihrer Situation und zu den Möglichkeiten des rechtlichen Vorgehens erhalten".[742] Ein Mandat zur formalen Rechtsberatung im Einzelfall, die einer anwaltlichen Beratung entspricht, ergibt sich aus § 27 Abs. 2 Satz 2 AGG nicht. Nach dem Wortlaut der Vorschrift und der Kommentarliteratur zählen zur Beratung nur die allgemeine Information[743] sowie Informationen über geltende Rechtsvorschriften, die darin verankerten individuellen Rechte und grundsätzliche Handlungsmöglichkeiten.[744] Stimmen in der Literatur weisen jedoch darauf hin, dass eine darüber hinausgehende individuelle Rechtsberatung jedenfalls nicht ausgeschlossen ist.[745] Dem gibt auch § 8 Abs. 1 Nr. 2 Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) einen Rahmen, der Rechtsberatung gemessen an den jeweiligen Zuständigkeiten und Aufgaben zulässt. Die Gesetzesbegründung sieht jedoch für die rechtliche Information nach § 27 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 AGG nur eine allgemeine und umfassende Beratung über rechtliche Ansprüche und Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung vor. Eine gezielte und einzelfallbezogene Beratung über die allgemeinen Informationen hinaus ist erst durch die Stelle vorgesehen, an die nach § 27 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 verwiesen wurde.[746] Damit ist eine Art der im Einzelfall beratenden Begleitung angesprochen, wie sie nichtstaatliche Antidiskriminierungsstellen durchführen, die ebenfalls

741 *Ernst*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 27, Rn 4; MüKo-*Thüsing*, § 27 AGG, Rn. 54.
742 BT-Drs. 16/1780, S. 26.
743 *Adomeit/Mohr*, AGG, §§ 25–30 Rn 12; MüKo-*Thüsing*, § 27 AGG, Rn. 4; Ernst; in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 27 Rn 5 m. w. N.
744 BT-Drs. 16/1780, S. 50; *Hühn*, in Rudolf/Mahlmann, Gleichstellungsrecht, S. 27, Rn. 30.
745 V. Roetteken, AGG, § 27, Rn 51.
746 BT-Drs. 16/1780, S. 50.

den Rahmen des RDG beachten, Betroffene aber intensiver begleiten. Im Rahmen des bestehenden Rechts wäre eine solche langfristige persönliche Beratung im gesamten Prozess der Rechtsdurchsetzung durch die ADS nicht möglich. Eine Begleitung von Fällen vor Gericht ist der ADS jedenfalls nicht erlaubt. Zur Erweiterung des Mandats wäre deshalb eine gesetzgeberische Regelung notwendig.

In den Fokusgruppengesprächen mit den Berater*innen gibt es kritische Einschätzungen bezogen auf die Beratung und Verweisberatung.[747] Eine echte Beratung, so wird bedauert, „... findet eigentlich nicht statt."[748] Angesichts dessen, dass eine Verbesserung dieser Situation auch von politischen Entscheidungen auf Landes- und Kommunalebene abhängig ist, auf die der Bundesgesetzgeber keinen Einfluss hat, ist eine Stärkung des Mandats der ADS bei der Beratung geboten. Bezüglich der Zusammenarbeit auf Beratungsebene wird in den Fokusgruppengesprächen zugleich auch sehr deutlich der Bedarf nach einer kompetenten zentralen Stelle geäußert.[749]

Bezogen auf die in § 27 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 AGG zugewiesene Aufgabe der Verweisberatung, die eine Aufgabenverteilung zwischen ADS und anderen Stellen vornimmt, wurde von Anfang an bezweifelt, ob die deutsche Umsetzung der Richtlinien ausreichend ist. Aufgrund der unzulänglichen Rahmenbedingungen bezogen auf qualifizierte und horizontale Antidiskriminierungsberatung könne in der Fläche nicht davon ausgegangen werden, „... dass ein bundesweites und gesichertes Netz von kompetenten Ansprechpartnern auf Landes- bzw. kommunaler Ebene existiert".[750] Der Gesetzgeber, dem insofern eine Einschätzungsprärogative zusteht,[751] ging davon aus, dass die ADS in Verbindung mit anderen Antidiskriminierungsstellen ein wirksames Unterstützungsangebot für Betroffene bildet. Sollte sich nachträglich herausstellen, dass das AGG

747 Eine Person kritisierte „... dass es abgehandelt wurde, weil es eine Anfrage gab, aber nicht tatsächlich auch ein Bedürfnis, in die Sache einzusteigen und zu schauen, was können wir tun, gibt's da eine Möglichkeit oder auch einen Auftrag, etwas zu ändern an der Situation.", Fokusgruppe Berater*innen Hannover, 07.03.2016, S. 23 = Audio [1:15:05]. Eine andere Person kritisierte „... dass die Rückmeldungen nicht so waren, dass es in irgendeiner Art und Weise positive Auswirkungen auf die Bedürfnisse der Klientin hatte.", Fokusgruppe Berater*innen Hannover, 07.03.16, S. 23 = Audio [1:15:05].

748 Fokusgruppe Berater*innen, Hannover, 07.03.16, S. 3 = Audio [1:19:52].

749 So äußert eine Beratungsstelle ausdrücklich, sie fände es „... sehr hilfreich, wenn es irgendeine Stelle geben, ob jetzt ADS oder Institut für Menschenrechte, wer auch immer, die einem eine rechtliche Einschätzung und fallbezogenen Einzelfragen geben könnten.", Fokusgruppe Berater*innen, Hannover, 07.03.16, S. 41 = Audio [2:34:33].

750 *Hühn*, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichstellungsrecht, § 9, Rn. 30.

751 Grds. zum Beurteilungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers BVerfGE 50, 290, 335.

nur mangelhaft geeignet ist, den Zweck der wirksamen Unterstützung zu erreichen, kann der Gesetzgeber gegebenenfalls verpflichtet sein, hier nachzubessern.[752] Angesichts der immer noch mangelhaften Beratungsinfrastruktur und der Beschränkung des Mandats der ADS auf informative Beratung bestehen starke Zweifel an der diesbezüglichen Richtlinienkonformität des AGG. Dem sollte mit einer Stärkung der Kompetenzen der ADS und der Ausweitung des Beratungsangebotes im AGG (Regionalstellen) bei gleichzeitiger Allokation entsprechender Ressourcen begegnet werden.

5.4.2 Herbeiführung einer gütlichen Einigung

Die explizite Aufgabe, eine gütliche Einigung anzustreben, so wird eingewendet, greife in gewisser Weise in die Stellung der ADS als unabhängige Stelle ein, da in bestimmten Fällen Musterprozesse im Interesse der von Diskriminierung Betroffenen liegen könnten.[753] Eine andere Auffassung bringt dagegen vor, dass die Entscheidung, ob eine gütliche Einigung angestrebt wird und wie weit der Versuch einer solchen betrieben wird, nicht im Ermessen der ADS liegt, sondern von Bereitschaft und Interessen der Beteiligten insgesamt abhängig ist.[754] Der ADS komme insoweit lediglich eine neutrale moderierende Rolle zu, weshalb der Auftrag, auf eine gütliche Einigung hinzuwirken, jedenfalls keinen Eingriff in die Unabhängigkeit der ADS darstelle.[755] Vielmehr gehe es um Unparteilichkeit, die einer einseitigen Interessenvertretung entgegensteht[756] und den Ansatz, die ADS nicht als parteiische Interessenvertretung einzurichten.[757]

Es stellt sich aber die Frage, inwieweit die gütliche Einigung im Zusammenhang mit einer nur informativen Beratung der Betroffenen eine effektive Unterstützung bewirkt. Angesichts strukturell ungleicher Lagen, zum Beispiel durch Informationshierarchien und die unterschiedlichen finanziellen Möglichkeiten von Unterstützung suchenden Personen, der ADS und für die Diskriminierung Verantwortlichen, ist es fraglich, inwieweit eine rein informative Beratung der Betroffenen die Bereitschaft und Interessen der Beteiligten zu einer gütlichen Einigung wirklich neutral beurteilen kann. Es erscheint zumindest möglich, dass Betroffe-

752 *Hühn*, in Rudolf/Mahlmann, Gleichstellungsrecht, § 9, Rn. 30, vgl. auch BVerfGE 50,290, 335.
753 *Raasch*, ZESAR 5–6/2005, S. 209 (216).
754 Ernst, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 27 Rn 8.
755 *Dies*., ebd.; so auch Bauer/Göpfert, §§ 25–30, Rn. 13; MüKo-*Thüsing*, § 27 AGG, Rn. 6a.
756 Ernst, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 27 Rn. 8; *Cormack/Niessen*, EZAR 1/2005, S. 25 (28).
757 Für viele *Hühn*, in Rudolf/Mahlmann, Gleichstellungsrecht, § 9, Rn. 23.

ne sich mangels Alternativen (z. B. einer Klagebefugnis der ADS) in eine gütliche Einigung gedrängt sehen.

In den Fokusgruppengesprächen wird von Beratungsstellen mehrfach geäußert, dass der Schlichtungsansatz der ADS nur bedingt den Bedürfnissen und Interessen der eigenen Klient*innen entspricht. Insbesondere im Fall von sexueller Belästigung am Arbeitsplatz wurde darauf hingewiesen, dass eine von der ADS angestrebte gütliche Einigung nicht gewünscht und auch nicht geeignet sei, die Klient*innen in deren Sinne zu unterstützen.[758]

Auch andere spezialisierte Stellen, die nicht als Kommission strukturiert sind, kennen das Instrument der gütlichen Einigung bzw. Schlichtung. Die belgische spezialisierte Stelle UNIA[759] strebt zunächst eine außergerichtliche Einigung an. Erweist sich dieser Weg als nicht gangbar, verfügt UNIA jedoch über die Möglichkeit, den gerichtlichen Weg zu beschreiten.[760] Neben dem Mandat, Schlichtungs- und Vermittlungsaufgaben zu übernehmen, verfügt UNIA auch über die Befugnis, Klagen zu führen. In Fällen, bei denen eine natürliche Person oder ein Verband Kläger ist, benötigt UNIA für die Klageunterstützung die Zustimmung der klagenden Partei. Im Umkehrschluss bedeutet dies in Fällen ohne direkt Betroffene, dass der Klageweg von UNIA im Wege einer altruistischen Klage beschritten werden darf, wie dies die Vorläuferinstitution, das *Centre pour la Egalité des Chances*, im Fall Feryn[761] tat.

Die österreichische Gleichbehandlungsanwaltschaft verfügt über die Aufgabe und Befugnis, Betroffene von Diskriminierung zu beraten und diese, über die Befugnis der ADS hinausgehend, bei Vergleichsgesprächen und Verhandlungen im Vorfeld eines gerichtlichen Verfahrens zu begleiten. Zusätzlich kann sie nach § 5 Abs. 6 GBK/GAW-Gesetz[762] – ebenso wie betroffene Individuen – ein Verfahren bei der ebenfalls durch das GBK/GAW-Gesetz etablierten, österreichischen Gleichbehandlungskommission einleiten. Sie kann dort zudem diskriminierende Stellen- und Wohnungsinserate zur Anzeige bringen.[763] Bei einem Auffassungsunterschied zwischen Gleichbe-

758 Fokusgruppe Berater*innen, Hannover, 07.03.16, S. 4 = Audio [1:15:05].
759 Siehe: http://unia.be/en/jurisprudence-alternatives [17.7.2016].
760 Antidiskriminierungsgesetz Belgien, Kapitel VI – Abschließende Vorkehrungen, Art. 31.
761 EuGH v. 10.07.2008, Rs. C-54/07 (Feryn).
762 Bundesgesetz über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft, BGBl. I Nr. 107/2013.
763 Ebd. Eine solche Gleichbehandlungskommission kennt das deutsche Recht nicht.

handlungsanwaltschaft und Gleichbehandlungskommission hinsichtlich des Vorliegens einer Diskriminierung kann die Anwaltschaft gemäß § 4 Abs. 5 iVm § 12 Abs. 4 und 5 GBK/GAW-Gesetz Feststellungsklage erheben. Im Rahmen der individuellen Rechtsdurchsetzung kann sie nicht tätig werden. Selbst nach einer Feststellungsklage der Gleichbehandlungsanwaltschaft müssten Betroffene ihre Ansprüche selbst gerichtlich geltend machen.[764]

Der französische *Défenseur des Droits*[765] kann laut Art. 26 des französischen Antidiskriminierungsgesetzes eine Mediation anbieten und auf der Grundlage des Art. 28 eine finanzielle Kompensation vorschlagen – bis maximal 3.000 Euro bei natürlichen und bis zu 15.000 Euro bei juristischen Personen. Nach Art. 27 kann er Klagen vor Gericht unterstützen, ein eigenständiges Klagerecht steht ihm jedoch nicht zu. Der schwedische Ombudsman[766] kann, wie im österreichischen Fall, mit investigativen Kompetenzen Fälle untersuchen und – liegt eine Diskriminierung vor – zunächst eine vorgerichtliche Einigung anstreben. Wenn dies nicht gelingt, unterstützt das Büro des Ombudsmans auch gerichtliche Klagen.

In allen diesen Fällen wird die Kompetenz zur Schlichtung bzw. gütlichen Einigung durch eine weitere kumulative Befugnis ergänzt. Zugleich besteht auch eine Befugnis zur Einzelfallberatung, die über die eher informativen Befugnisse der ADS (siehe unten 4.2) hinausgeht.

5.5 Weiterleitung und Zusammenarbeit mit den Bundesbeauftragten

Zur Einschätzung, ob in rechtstatsächlicher Hinsicht eine Neuregulierung bzw. Nachjustierung der rechtlichen Regelungen zur Zusammenarbeit mit den Bundesbeauftragten notwendig bzw. sinnvoll ist, sollte eine unabhängige Evaluation der Zusammenarbeit von ADS und Beauftragten erfolgen. Um Unklarheiten bei Zuständigkeiten zu vermeiden, sollte in § 27 Abs. 5 AGG klargestellt werden, ob sich die Soll-Bestimmung zur

764 Anwaltschaft für Gleichbehandlung, Bericht II des Gleichbehandlungsberichts für die Privatwirtschaft 2010 und 2011, Wien 2012, S. 34.

765 Siehe: https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023781167&categorieLien=id [17.7.2016].

766 Section 2 Act concerning the Equality Ombudsman, SFS 2008:568 2008, http://www.do.se/other-languages/english-engelska/act-concerning-the-equality-ombudsman/ [17.7.2016].

Zusammenarbeit auch auf Einzelfallberatungen erstreckt und dass die Federführung bei mehrdimensionalen Diskriminierungen bei der ADS verbleibt.[767]

Die Weiterleitungspflicht in § 27 Abs. 2 Satz 3 AGG wird vereinzelt als Eingriff in die Unabhängigkeit der ADS betrachtet. Zudem, so die Kritik, verfügten nicht alle Beauftragten über eine der ADS vergleichbare Unabhängigkeit.[768] Auch wenn die Voraussetzung für die Weiterleitung gemäß § 27 Abs. 2 Satz 3 AGG in jedem Falle das erklärte Einverständnis der Personen ist, die sich an die ADS gewendet haben, besitzen nicht alle Bundesbeauftragten die Strukturen und das Mandat, direkte niedrigschwellige Beratungen in Fällen von Diskriminierung durchzuführen. Insofern ist die Vorschrift dahingehend weit auszulegen, dass andere Bundesbeauftragte nur dann einbezogen werden, wenn über die antidiskriminierungsrechtliche Expertise der ADS hinaus tatsächlich eine effektivere Einzelfallunterstützung gewährleistet werden kann. Dies könnte zum Beispiel der Fall sein, wenn spezifische sozialrechtliche oder behindertenrechtliche Fragen betroffen sind.[769]

Für mehrdimensionale Diskriminierungskonstellationen formuliert § 27 Abs. 5 AGG eine Soll-Regelung zur Zusammenarbeit der ADS mit den Beauftragten, ohne konkret zu benennen, wie diese in der Praxis auszugestalten ist, ob sie Beratung mit einschließt oder sich nur auf gemeinsame Berichte, Untersuchungen und Empfehlungen bezieht.

5.6 Gesetzliche Befugnisse zur Erfüllung der Aufgaben

Vor dem Hintergrund, dass ein bundesweites und gesichertes Netz von kompetenten Ansprechpartner*innen auf Landes- bzw. kommunaler Ebene noch nicht existiert und dessen Schaffung von politischen Entscheidungen abhängt, die sich der Reichweite des Bundesgesetzgebers entziehen, ist eine Stärkung der Befugnisse der ADS erforderlich.

In rechtstatsächlicher Hinsicht zeichnet sich klar ab, dass die bestehenden Befugnisse der ADS zur Unterstützung im Bereich der Rechtsmobilisierung und Rechtsdurchsetzung nicht ausreichen. Um diese Funktion

767 I. d. S. auch *Hühn*, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichstellungsrecht, § 9, Rn. 31 m. w. N.
768 *V. Roetteken*, AGG, § 27 Rn 24, 72f; Hühn, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichstellungsrecht, § 9, Rn. 21.
769 I. d. S. auch Hühn, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichstellungsrecht, § 9, Rn. 22.

zu stärken, bieten sich verschiedene alternative oder kumulative Möglichkeiten an.[770]

Zur Klarstellung sollte die in § 28 Abs. 2 AGG geregelte Pflicht aller öffentlichen Stellen im Bereich des Bundes, die ADS zu unterstützen und ihr Auskünfte zu erteilen, um ein explizites Recht auf Akteneinsicht ergänzt werden, das die Bestimmungen zum Schutz personenbezogener Daten unberührt lässt. Angelehnt an die Gleichbehandlungsanwaltschaft in Österreich wird darüber hinaus eine Ausweitung des bestehenden Auskunfts- und Akteneinsichtsrechts der ADS empfohlen. Ein solches weites Auskunfts- und Akteneinsichtsrecht entspräche auch der ECRI-Empfehlung Nr. 2, wonach spezialisierte Stellen ein „... angemessenes Mandat haben sollten, um Beweismittel einzuholen [...].“[771]

Gegenüber öffentlichen Stellen des Bundes sollte die ADS mit einem Beanstandungsrecht ausgestattet werden, wenn sie zum Beispiel durch Betroffene oder Beratungsstellen Kenntnis von Verstößen gegen das AGG erhält.

In Fällen öffentlichen Interesses, wenn also keine von konkreten Benachteiligungen Betroffene bekannt sind, sollte der ADS ein altruistisches Klagerecht[772] eingeräumt werden, mit dem die Feststellung eines Verstoßes gegen das AGG vorgenommen werden kann. Das Feststellungsurteil soll in späteren individuellen Klagen Indizwirkung haben.

In gerichtlichen Individualverfahren nach dem AGG soll die ADS die Befugnis erhalten, Betroffene von Diskriminierung durch Vorlage eigener Begutachtungen und Stellungnahmen (*amicus curie*) in konkreten Fallkonstellationen zu unterstützen.

770 Die Darstellung bezieht sich vorliegend ausschließlich auf Bereich Unterstützung von Betroffenen, da sich weder aus der rechtswissenschaftlichen Analyse noch aus der rechtstatsächlichen Untersuchung Anhaltspunkt für Reformbedarf bezüglich der anderen Aufgaben ergeben hat.

771 ECRI General Policy Recommendation No. 2 on Specialised bodies to combat racism, xenophobia, anti-Semitism and intolerance at national level, 1997, S. 6.

772 Sowohl in den Interviews als auch in den Fokusgruppen sprachen die Befragten von „Verbandsklagerecht“, ohne zwischen einem Verbandsklagerecht von Verbänden und einem altruistischen Klagerecht von staatlichen Stellen zu differenzieren. Im Text wird diese Differenzierung jeweils vorgenommen.

5.6.1 Befugnisse im EU-Vergleich

Im europäischen Vergleich lassen sich zwei Formen von nationalen Antidiskriminierungsstellen identifizieren.[773] Unterstützend tätige Gleichbehandlungsstellen verfügen wie die ADS über das Mandat zu Forschung, Öffentlichkeitsarbeit und rechtsberatender Unterstützung.[774] Sie können lediglich für eine Schlichtung zwischen den Parteien sorgen, zum Teil können sie auch Gesetzesvorschläge und die Reform bestehender Rechtsvorschriften überprüfen und kommentieren.[775] Die zweite Form verfügt demgegenüber über das quasigerichtliche Mandat, Fälle von Diskriminierung selbst zu beurteilen, ggf. Sanktionen zu verhängen oder eigene Klagen vor den ordentlichen Gerichten anzustreben.[776]

Einige Einrichtungen können eigene juristische Einschätzungen abgeben, die jedoch rechtlich nicht bindend sind. Der gerichtliche Weg steht den Betroffenen dann weiterhin offen. Die Stellen beispielsweise in Frankreich, Irland, Litauen, Österreich, Schweden, Ungarn, Bulgarien, Rumänien und Zypern können von Amts wegen Beschwerden wegen Diskriminierung untersuchen und meist auch die Einhaltung ihrer Entscheidung durch alle beteiligten Personen erzwingen.[777] Wenige Stellen, wie die in den Niederlanden, in Nordirland und Großbritannien können darüber hinaus Empfehlungen zur Ausgestaltung diskriminierungsfreier Politiken aussprechen oder proaktive Maßnahmen anordnen und über deren Einhaltung wachen.[778]

In mehreren Ländern besteht eine Mischform der Stelle, die sowohl eine Schiedsfunktion ausführt als auch für Gleichbehandlung wirbt und Öffentlichkeitsarbeit betreibt[779] (vgl. dazu Belgien, Österreich und

773 Vgl. *Ammer/Crowley/Liegl B/Holzleithner/Wladasch/* Yesilkagit, Study on Equality Bodies set up under Directives 2000/43/EC, 2004/113/EC and 2006/54/EC, Human European Consultancy & Ludwig Boltzmann Institut fur Menschenrechte (BIM), European Commission (Hrsg.), 2010, S. 63 ff.

774 *Equinet* (Hrsg.): The bigger picture: equality bodies as part of the national institutional architecture for equality, 2014, S. 5.

775 *Benecke*, Rechtsvergleich der europäischen Systeme zum Antidiskriminierungsrecht, 2010, 62.

776 Dreizehn Antidiskriminierungsstellen verfügen über ein quasi-gerichtliches Mandat, neun können rechtlich bindende Sanktionen verhängen.

777 *Dies*., ebd., S. 62.

778 Siehe auch 1.3.3.

779 *Equinet*, (Hrsg.): The bigger picture: equality bodies as part of the national institutional architecture for equality, 2014, S. 14.

Schweden). Eine Befragung durch „Equinet“ hat ergeben, dass Stellen, die Betroffene bei Klagen vor ordentlichen Gerichten unterstützen, bewusst Fälle nach dem Potenzial auswählten, die Interpretation des Antidiskriminierungsgesetzes voranzutreiben.[780]

5.6.2 Bestehende Befugnisse und Möglichkeiten der Erweiterung

Die ADS verfügt als Schlichtungs- und Unterstützungsstelle der ersten Art nicht über Sanktions- oder Klagebefugnisse. Sie kann gemäß § 28 Abs. 1 AGG im Rahmen von angestrebten gütlichen Einigungen im Sinne von § 27 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 AGG Beteiligte von Diskriminierungsvorkommnissen um Stellungnahmen ersuchen, wenn die Anrufungsberechtigten dazu ihr Einverständnis erteilen.

§ 28 Abs. 2 AGG erteilt der ADS ein eingeschränktes Auskunftsrecht. Danach sind Bundesbehörden und öffentliche Stellen des Bundes zur Aufgabenunterstützung verpflichtet, insbesondere zur Erteilung der erforderlichen Auskünfte bei Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften zum Schutz personenbezogener Daten. Ihr Vorbild hat die Regelung in § 15 Abs. 3 BGG. Daraus ergibt sich nach einer Literaturauffassung auch ein Recht zur eigenständigen Akteneinsicht gegenüber allen Bundesbehörden und sonstigen öffentlichen Stellen des Bundes.[781] Klargestellt werden sollte, dass davon Anfragen an die Sozialversicherung umfasst sind und Auskunft über die tatsächliche Entlohnung konkreter Vergleichspersonen verlangt werden kann.[782] Die österreichische Gleichbehandlungsanwaltschaft hat gem. § 5 Abs. 4, 5, 7 GBK/GAW-Gesetz das Recht, schriftliche Stellungnahmen anzufordern und weitere Auskünfte von Arbeitgeber*innen, Betriebsrat, von Beschäftigten des betroffenen Betriebes oder von sonstigen Verantwortlichen bzw. weiteren Auskunftspersonen einzuholen. Diese sind gesetzlich verpflichtet, die für die Durchführung der Aufgaben erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Dies gilt ebenso für die Träger der Sozialversicherung.

Die Gleichbehandlungsanwaltschaft ist verpflichtet, über die im Rahmen der Auskunftserteilung bezogenen Daten Verschwiegenheit zu wahren. Als Ausnahme dürfen im Rahmen der Auskunftserteilung be-

780 *Equinet*, (Hrsg.), ebd., S. 19.
781 Ernst, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 28 Rn. 3.
782 Ein solches Recht räumt § 4 Abs. 2 a GBK/GAW-Gesetz der Österreichischen Gleichbehandlungsanwaltschaft ein.

kannt gewordenen Daten in anonymisierter Form an die von der vermuteten Diskriminierung betroffene Person weitergeben werden, wenn diese damit ein Verfahren weiter verfolgen kann.

Durch die Regelung, dass die österreichische Gleichbehandlungsanwaltschaft die Daten lediglich anonymisiert weitergeben darf, bleibt ungeklärt, wie die Betroffenen diese Daten z. B. für ein Gerichtsverfahren einsetzen können.[783] In eine ähnliche Richtung geht die Einschätzung der in den Fokusgruppen befragten Expert*innen bezüglich der Rechte der ADS, Auskünfte und Stellungnahmen einzuholen. Eine Beraterin äußert, Wunsch der Betroffenen sei es, dass die ADS Fälle sexueller Belästigung in einem konkreten Unternehmen dokumentiert und sammelt, „... und dass man dann zusammen dagegen vorgehen kann" oder dass „... nachgefragt wird, bei einem großen Unternehmen, wie sieht es denn aus mit einer internen Beschwerdestelle, gibt es die überhaupt?"[784] Viele Rechtsanwält*innen würden ein erweitertes Auskunftsrecht der Stelle begrüßen – einige jedoch mit der Einschränkung, dass die Auskünfte nicht an Dritte weitergegeben werden dürften, da dies systemfremd sei.[785] Andere verweisen auf Probleme, die aus unvollständiger oder anonymisierter Datenweitergabe resultieren. Wenn der betroffenen Person nur die Quintessenz einer Stellungnahme mitgeteilt und ihr dann der Weg zum Anwalt empfohlen würde, sei das für die Person, die nächste Beratungsstelle oder den Anwalt „ein total unnötiger Weg",[786] weil zum Beispiel ein „Arbeitgeber natürlich nicht dazu bereit sei, verschiedenen Stellen Auskunft zu diesem Vorfall zu geben und damit auch die Beweiskraft für die beschwerdeführende Person sehr eingeschränkt sein" könne.[787] Dieses Vorgehen würde zudem wertvolle Zeit kosten, die gerade wegen der Zweimonatsfrist häufig nicht zur Verfügung stünde.[788]

Der Mehrheit der befragten Richter*innen waren die Befugnisse der ADS nicht oder nur wenig bekannt bzw. spielten in der gerichtlichen oder außergerichtlichen Arbeit keine Rolle. Von den Befragten, die die ADS und deren Befugnisse kannten, wurden sie widersprüchlich eingeschätzt, einerseits als „ausreichend angemessen"[789] andererseits als „relativ

783 Anwaltschaft für Gleichbehandlung, Bericht II des Gleichbehandlungsberichts für die Privatwirtschaft 2010 und 2011, Wien 2012, S. 31.
784 Fokusgruppe Berater*innen, Hannover, 07.03.16, S. 3 = Audio [1:19:52].
785 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen, Hannover, 08.03.16, S. 4 = Audio [1:54:41].
786 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen, Berlin, 01.03.2016, S. 3 = Audio [2:04:43].
787 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen, Berlin, 01.03.16, S. 2-3 = Audio [2:03:06].
788 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen, Berlin, 01.03.16, S. 2-3 = Audio [2:03:06].
789 Schriftliches Interview #3, 04.05.2016, S. 5.

schwach".[790] Die Öffentlichkeits- und Informationsarbeit wurde als Möglichkeit des Austauschs wahrgenommen und wertgeschätzt, die Arbeit im Rahmen der Rechtsdurchsetzung als nicht wahrnehmbar eingeschätzt.[791]

Derselbe Befragte äußerte sich positiv hinsichtlich eines altruistischen Klagerechts der ADS,[792] gerade vor dem Hintergrund, dass mangelnde finanzielle Ressourcen die individuelle Rechtsdurchsetzung der von Diskriminierung Betroffenen erschweren.[793] Mit Blick auf positive Erfahrungen mit der Entscheidung Feryn in Belgien sprach er sich für eine gesetzliche Verankerung einer solchen Befugnis aus.[794] Eine andere Person aus der Gruppe der interviewten Richter*innen sprach sich vor dem Hintergrund schwieriger Klagen im Kontext mittelbarer Diskriminierung für ein altruistisches Klagerecht der ADS aus.[795] Zugleich verwies die Person auf die Bedeutung der Unabhängigkeit und sprach sich für eine entsprechende Personalausstattung und eine eigene Abteilung für die Führung solcher Verfahren aus.[796]

Von anwaltlicher Seite wurde angeregt, ein Recht zur Unterstützung von Klagen oder ein eigenes Klagerecht der Stelle einzuführen.[797] Zu-

790 Interview #9, 27.04.2016, S. 20 = Audio [0:40:59].

791 Interview #9, 27.04.2016, S. 20 = Audio [0:40:59]: „Ich hatte in meinen Verfahren – glaube ich –, keinen einzigen Fall, wo nur angedeutet wurde, dass die ADS im Hintergrund irgendwie mal tätig geworden sei. Ja, sie macht Aufklärungsarbeit, macht Tagungen, da kann man hin und sich mit Experten austauschen, das finde ich sinnvoll, aber eine sehr starke Stellung ist das mit Sicherheit ja nicht.".

792 Interview #9, 27.04.2016, S. 20 = Audio [0:42:06]: "[...] also wenn man über Verbandsklagemöglichkeiten nachdenkt, wäre das mit Sicherheit eine Stelle, die gut diese Rechte in Anspruch nehmen könnte.".

793 Interview #9, 27.04.2016, S. 20 = Audio [0:42:31]: "[...] das könnten insbesondere Leute sein, die natürlich aus eigenem Vermögen usw. diese Rechtsstreitigkeiten scheuen. Also, da wäre es mit Sicherheit sehr hilfreich, weil dann diese Verbandsklagemöglichkeit besteht.".

794 Interview #9, 27.04.2016, S. 19 = Audio [0:39:10]: „[...] wenn da eine Stelle ist, die halbwegs vernünftig personell und finanziell ausgestattet ist und sich um mindestens mal so Musterverfahren auch so ein bisschen bemüht, könnte das was bewegen. Wenn man meint, man hat da größeren Bedarf, dann sollte man eine entsprechende gesetzliche Regelung schaffen. Wenn sie nicht genutzt wird, dann wird sie eben nicht genutzt. Wenn sie genutzt wird, dann wäre es vielleicht mit Sicherheit auch ganz gut, weil dann noch mehr Fälle klarer vielleicht doch vor die Gerichte gebracht werden."

795 Interview #2, 21.03.2016, S. 23 = Audio [0:57:23]: „Und ich denke, wenn man so, wenn man an strukturelle Sachen ran will, wenn es um Statistiken geht oder irgendwie so, dann könnte ein Verbandsklagerecht professionell vorbereiteter klagen. Und das hätte aus meiner Sicht eine ganz, ganz positive Auswirkung.".

796 Interview #2, 21.03.2016, S. 22 = Audio [0:55:51]: RiInt 2, S. 22 „Also das hätte ja schon was, wenn Menschen sich irgendwo hinwenden könnten. Da müssten aber genügend Personalkapazitäten sein, die das einer Vorprüfung unterziehen. Man müsste es auch wieder trennen. Man müsste es auch von dem eher politischeren Teil dann wieder trennen. Es müsste so eine eigene Abteilung sein, die dann auch selber Verfahren durchführt.".

797 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Hannover 08.03.2016, S. 3 = Audio [1:51:03].

dem wurde vorgeschlagen, die Stelle bei besonders grundsätzlichen Fällen mit der Möglichkeit einer Prozessstandschaft auszustatten oder ihr die Möglichkeit zuzugestehen, Musterklagen zu führen, wenn sich Beschwerdefälle häufen und als Muster abbilden.[798] Andererseits wurde es als systemfremd eingestuft, wenn „... sozusagen regierungsnahe Institutionen plötzlich aktiv beteiligt würden in Klageverfahren."[799] Andere unterstrichen die Vermittlungsfunktion der ADS und sehen diese infrage gestellt, wenn sie ein Klageunterstützungsrecht erhielte.[800]

Die Möglichkeit eines Rechts auf Prozessstandschaft erscheint angesichts der derzeitigen formalen ministerialen Anbindung, der Ausrichtung als unparteiischer Stelle und der gesetzlichen Aufgabe, gütliche Einigungen herbeizuführen, als systemwidrig. Nicht systemwidrig wäre dagegen ein gesetzlich festgeschriebenes Klagerecht in Fällen, in denen – wie im Fall Feryn – (zunächst) keine konkrete Person betroffen oder bekannt ist. Sollte es später gleichwohl zu individuellen Klagen kommen, kann das entsprechende Feststellungsurteil dann als Indiz herangezogen werden.

Ebenfalls denkbar wäre ein kleines Verbandsklagerecht der ADS, mit dem Verstöße gegen das AGG – im Einverständnis mit unmittelbar Betroffenen – geltend macht werden, ohne individuelle Rechtsansprüche durchzusetzen. Ziel wäre hier vielmehr die Feststellung der grundsätzlichen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens bzw. einer Regelung. Eine solche Kompetenz räumt § 17 Abs. 2 AGG in Verbindung mit § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVerfG dem Betriebsrat ein sowie z. B. § 20 LGG Berlin den Frauenbeauftragten. Letztere können das Verwaltungsgericht anrufen, um geltend zu machen, dass eine Dienststelle Rechte aus dem LGG verletzt hat. Angesichts der parteiischen Stellung der Frauenbeauftragten und des Betriebsrates erscheint eine Übertragung auf die stärker auf unparteiische Beratung und Vermittlung ausgerichtete ADS aber nicht unproblematisch. Eine Möglichkeit wäre hier, die parteiische Stellung der ADS gesetzlich zu stärken, zum Beispiel angelehnt an die Stellung der Gleichbehandlungsanwaltschaft in Österreich. Eine andere Möglichkeit bestünde in der Verpflichtung, zuvor eine außergerichtliche Streitbeilegung zu betreiben. So sieht auch das Gesetz zur Weiterentwicklung des Behindertengleichstellungsrechts in § 16 BGG ein niedrigschwelliges kostenfreies Schlichtungsverfahren für Streitfälle nach dem BGG vor, das über eine bei der Bundesbeauftragten für Behinderung einzurichtende Schlich-

798 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Hannover, 08.03.16, S. 3–4 = Audio [1:51:03].
799 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Hannover, 08.03.16, S. 3–4 = Audio [1:51:03].
800 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Hannover 08.03.2016, S. 5 = Audio [1:54:00].

tungsstelle erfolgt. Es soll den Verbänden als Vorverfahren vor Verbandsklagen dienen, aber auch Einzelpersonen zur Verfügung stehen.[801]

Der ADS sollte darüber hinaus bei grundsätzlichen Klagen die Möglichkeit eröffnet werden, in einem gerichtlichen Verfahren zu unterstützen, zum Beispiel durch die Vorlage eigener Begutachtungen und Stellungnahmen (*amicus curie*) in konkreten Fallkonstellationen.

Eine Befugnis zur Beanstandung gegenüber Bundesbehörden würde sich an § 25 BDSG anlehnen. Mit der Beanstandung können Vorschläge zur Beseitigung der Mängel und zur Verbesserung der Umsetzung der Diskriminierungsverbote verbunden sein. Die Stellungnahme der Beschuldigten sollte dann auch eine Darstellung der Maßnahmen aufführen, die aufgrund der Beanstandung getroffen wurden.[802]

Befugnisse zum Aussprechen von Sanktionen erscheinen angesichts der derzeitigen Aufgaben und Struktur der ADS hingegen systemwidrig. Auch der mit der vergleichsweise größten Unabhängigkeit und Befugnisweite ausgestattete Datenschutzbeauftragte verfügt nicht über eine Sanktionsmöglichkeit, die über Kontroll- und Beanstandungsrechte hinausgeht.

Unproblematisch und rechtspolitisch sinnvoll wäre die Einräumung eines Beteiligungsrechts hinsichtlich der Abschätzung diskriminierender Folgen in Anlehnung an § 15 Abs. 2 BGG bei allen Gesetzes-, Verordnungs- und sonstigen wichtigen Vorhaben.[803] Der ADS sollte hier das Recht zur Stellungnahme eingeräumt werden. Um Doppelzuständigkeiten zu vermeiden, wäre eine Regelung der Zusammenarbeit mit den Bundesbeauftragten zu treffen.

5.7 Zusammenarbeit mit Nichtregierungsorganisationen

Die Kooperationen mit bestehenden Beratungseinrichtungen im Bereich des Diskriminierungsschutzes muss weiter verbessert werden. Der durch die Rechtswissenschaft schon früh unterbreitete Vorschlag, nicht zentral-

801 BT-Drs. 18/7824.

802 Vgl. in diesem Sinne auch den Antrag zum Beschluss eines Berliner Landesantidiskriminierungsgesetzes, AGH Berlin, Drs. 17/2574, S. 29 f.

803 Zur Wahrnehmung der Aufgabe nach Absatz 1 beteiligen die Bundesministerien die beauftragte Person bei allen Gesetzes-, Verordnungs- und sonstigen wichtigen Vorhaben, soweit sie Fragen der Integration von behinderten Menschen behandeln oder berühren.

staatliche, sondern das gesamte Hoheitsgebiet des Bundes umfassende lokale Stellen einzurichten,[804] sollte angesichts der immer noch nicht flächendeckenden qualifizierten Antidiskriminierungsberatung aufgenommen werden. Mit einem ähnlichen Modell wurden in Österreich und Großbritannien gute Erfahrungen gemacht. Die Aufgaben der ADS können entsprechend um die Gewährleistung, Weiterentwicklung und Steuerung einer bedarfsgerechten, effizienten und niedrigschwelligen Selbsthilfe- und Beratungsinfrastruktur im Bereich Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung ergänzt werden. Dazu sind entsprechende Haushaltsmittel vorzusehen.

Ohne die zahlreichen lokal und regional tätigen nichtstaatlichen Beratungsstellen mit ihrem niedrigschwelligen Beratungsangebot, ihren Kenntnissen, Erfahrungen und dem gewonnen Vertrauen wird auch in Zukunft eine wirksame Antidiskriminierungsarbeit nicht zu leisten sein. Da eine finanzielle Absicherung solcher Angebote bisher nicht zufriedenstellend auf Länder- und Kommunalebene erreicht werden konnte, sollte dringend über eine stärkere Förderung unabhängiger Beratungsstellen mit Mitteln des Bundes nachgedacht werden.

§ 29 AGG regelt, dass die ADS bei ihrer Tätigkeit NGOs sowie Einrichtungen, die auf europäischer, Bundes-, Länder- oder regionaler Ebene zum Diskriminierungsschutz im Sinne von § 1 AGG tätig werden, in geeigneter Form einbeziehen soll. Die Art und Weise der Einbeziehung wird nicht näher konkretisiert.[805] Die Gesetzesbegründung zu § 29 AGG formuliert offen „... die Möglichkeit zur Kooperation und Vernetzung", erwähnt aber explizit die „... Kooperation mit NGOs und deren Beratungsstellen auf regionaler Ebene [...] auch bei der Einzelfallberatung."[806] Die Kommentarliteratur leitet daraus einen „... umfassenden Auftrag zur Vernetzung der verschiedenen Akteure auf allen Ebenen"[807] ab. Mit der Regelung im engen Zusammenhang stehen die Aufgaben aus § 27 Abs. 2 Nr. 1 und 2 AGG, weil sowohl die eigene Beratung als auch die Verweisberatung „... eine genaue Kenntnis der Strukturen und Angebote zum Schutz vor Benachteiligung"[808] voraussetzt. Eine im Auftrag der EU-Kommission erstellte Studie empfiehlt, dass die staatlichen Gleichbehandlungsstellen „... die Leitung zum Aufbau von Netzwerken

804 Rust, NZA 2003, S. 72 (77); *Hühn*, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichstellungsrecht, § 9, Rn. 40 m. w. N. in Fn. 101.
805 Kritisch zur fehlenden Definition der Einbeziehung MüKo-*Thüsing*, AGG, § 29 Rn. 5 f.; kritisch zur Umsetzung der Richtlinienvorgaben v. Roetteken, AGG, § 29 Rn. 6ff.
806 Drs. 16/1780, S. 52.
807 Für viele *Ernst*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 3. Aufl. 2013, § 29 Rn. 2.
808 *Dies.* ebd.

und die Förderung der Zusammenarbeit [...] übernehmen sollten."[809] Diese Aufgabe nimmt die ADS verstärkt durch das Förderprogramm „Netzwerke gegen Diskriminierung" wahr, mit dem regionale, unabhängige und nichtstaatliche Beratungsnetzwerke gestärkt werden sollen.

Nach Einschätzung von Beratungsstellen werden die Möglichkeiten der Kooperation im Bereich Beratung noch nicht ausreichend ausgeschöpft. In anderen Bereichen wird die Kooperation positiv, zum Teil als „hervorragend" beschrieben.[810] Auch die Anwält*innen machen positive Erfahrungen in Kooperation mit der ADS.[811] Zahlreiche nichtstaatliche Beratungsstellen äußerten den Wunsch, dass die Zusammenarbeit vonseiten der ADS im Bereich Antidiskriminierung weiter vertieft werden sollte. Die Kontaktaufnahme mit der ADS beschreiben sie als verbesserungsfähig.[812] Insgesamt wird das Bedürfnis bzw. der Anspruch der unabhängigen Beratungsstellen deutlich, im Bereich der Beratung stärker als Partner auf Augenhöhe und mit eigener Expertise ernst genommen zu werden.[813] Es existiert der Wunsch, den Modus der Zusammenarbeit bezogen auf die Beratung transparenter zu gestalten und klarer zu regeln.[814] Die Vorschläge sind entspre-

809 *Ammer/Crowley/Liegl/Holzleithner/Wladasch/& Yesilkagit*, Study on Equality Bodies set up under Directives 2000/43/EC, 2004/113/EC and 2006/54/EC, European Commission (Hrsg.), 2010, S. 9.

810 Fokusgruppe Berater*innen, Hannover, 07.03.16, S. 2 = Audio [1:09:23]. Auch bezogen auf die Konzeptionierung und Erarbeitung von thematisch fokussierten Studien sehen einige Berater*innen Chancen, zukünftig längerfristiger und noch stärker in die Entwicklung einbezogen zu werden, auch weil Forschungsfragen und -ergebnisse dann stärker in die laufende Beratungsarbeit vor Ort hätten eingebunden werden können, Fokusgruppe Berater*innen Hannover, 07.03.16, S. 3-4 = Audio [2:28:05].

811 Fokusgruppe Rechtsanwält*innen Hannover 08.03.2016, S. 3 = Audio [1:50:44]: „Ich habe die auch direkt schon angeschrieben und auch mit einem konkreten Fall, und das hat wunderbar geklappt und die haben sogar Fragen gestellt.".

812 Fokusgruppe Berater*innen, Hannover, 07.03.16, S. 3 = Audio [1:23:40]: „... dass man als Beratungsstelle, die sich in einem Fall an die ADS wendet quasi als Beratungsnehmer behandelt wird", oder Fokusgruppe Berater*innen, Hannover, 07.03.16, S. 16 = Audio [1:11:23]: „... dass wirklich auch keine Kooperation von Beratungsstelle zu Beratungsstelle stattfindet", „... wir werden offensichtlich nicht anders behandelt als – ja wir sind eben die Anfrage 2753, die nach 52 abgearbeitet wird, und irgendwann kriegt man ein Jahr später vielleicht ne Antwort, oder auch nicht. Also das ist sehr frustrierend.".

813 Fokusgruppe Berater*innen, Hannover, 07.03.16, S. 4 = Audio [2:36:50]: „Es steht also doch schon in § 29 drin, sie müssen es dann einfach etwas ernster nehmen. Also jedenfalls im Bereich Beratung.".

814 Fokusgruppe Berater*innen, Hannover, 07.03.16, S. 2 = Audio [1.09.23]: „... dass es möglich sein muss, wenn man eine ausgewiesene Antidiskriminierungsstelle ist, dass man weiß a) wie sie arbeiten, was ihre Standards sind und wie es ganz konkret im Fall dann aussieht, wenn man mit kooperiert. Das ist bis heute nicht beantwortet." An gleicher Stelle wird die Beratung beschrieben als „... riesengroßes schwarzes Loch. Wir wissen nicht wie sie arbeiten, wer da arbeitet.".

chend darauf gerichtet, „die ADS zu verpflichten, mit der Zivilgesellschaft zusammenzuarbeiten“[815] und diese noch stärker zu unterstützen.[816]

Angesichts des in Deutschland nach wie vor lückenhaften Angebotes auf Länderebene scheint ein noch stärkeres Engagement der ADS für ein besseres qualifiziertes Beratungsangebot in der Fläche dringend geboten. Die Beratungsstellen weisen auf dieses Problem hin und schlagen einen zusätzlichen Länderbeirat vor, der eine schnellere und bessere Kommunikation der ADS mit den Bundesländern ermöglichen soll.[817]

5.8 Ausstattung und Größe

Die Größe der staatlichen Gleichbehandlungsstelle muss am Umfang ihres Mandats, an den Bedarfen und nach der Größe der Wohnbevölkerung bemessen werden. Eine Aufgabenerweiterung muss sich gegebenenfalls im Haushalt der Stelle niederschlagen. Eine bessere Ausstattung mit Sachmitteln und Personalressourcen scheint vor dem Hintergrund der effektiven Umsetzung der Richtlinien dringend erforderlich, vor allem mit Blick auf die Unterstützung von Betroffenen durch Beratung. Die Ausstattung liegt im EU-Vergleich bislang deutlich unter dem Durchschnitt.

Die jährlichen Ausgaben für *equality bodies*, die sich mit der Erfassung, Umsetzung und Einhaltung von Antidiskriminierungspolitik beschäftigen, sind in Deutschland im Vergleich zu anderen EU-Staaten unverhältnismäßig niedrig – absolut wie auch auf die Gesamtbevölkerung umgelegt.[818] Für Deutschland – mit über 80 Mio. Einwohner*innen der bevölkerungsreichste EU-Mitgliedsstaat – ist die finanzielle und personelle Ausstattung der ADS

815 Fokusgruppe Berater*innen, Hannover, 07.03.16, S. 2 = Audio [2:21:08].

816 Fokusgrppe Berater*innen, Hannover, 07.03.16, S. 3 = Audio [2:21:08]: „... wenn man das dann schon geschafft hat, ein Antidiskriminierungsverband zu sein, dann soll das die ADS auch unterstützen“

817 Fokusgrppe Berater*innen Hannover, 07.03.2016, S. 4 = Audio [2:30:23]: „Die ADS hat ja immer wieder versucht, die Bundesländer auch mit einzubeziehen. Das gelingt nur mäßig, das zieht sich dann auch. Und dass man dann nicht nur einen Beirat dann hat, sondern dass die ADS irgendein Gremium hat, einen Länderbeirat, der die ADS unterstützt, also durch Vertreter*innen von den Ländern. Dass es da regelmäßig Konsultationen gibt, was die ADS macht. Das ist für die immer Planet Berlin, also definitiv, also Raumschiff Berlin sagt man da.“

818 www.mipex.eu.

zu gering.[819] Die Notwendigkeit einer besseren Ausstattung mit Personal- und Sachmitteln wurde auch in internationalen Berichten vorgetragen.

Die ausreichende finanzielle Ausstattung der spezialisierten Stelle ist nach der ECRI-Empfehlung Nr. 2 ein wichtiger Aspekt der institutionellen Absicherung der Unabhängigkeit der Stelle.[820] Probleme resultieren laut Equinet auch daraus, dass die Antidiskriminierungsstellen nicht über ausreichende Mittel verfügen, um auf die Bedarfe der von Diskriminierung Betroffenen adäquat einzugehen.[821] Die Antidiskriminierungsstelle müsse „... auch bei angespannter Haushaltslage und bestehenden Sparzwängen [...] effektiv arbeiten können."[822] Antidiskriminierungsstellen in der EU variieren in Größe, Ausstattung und Volumen des Haushalts, die Ausstattung und Größe der Stelle korrespondiert dabei nicht zwingend mit der Bevölkerungszahl.

In der Begründung des AGG wurden die Kosten für Errichtung und Aufgabenwahrnehmung auf 5,6 Mio. Euro geschätzt.[823] Bereits seinerzeit wurden Zweifel daran laut, ob es sich dabei um eine adäquate Mittelausstattung handle.[824] Laut Equinet verfügte die ADS 2013 über einen jährlichen Haushalt von 2,5 Mio. Euro.[825] Im Jahr 2015 stand der ADS ein Budget von 3,7 Mio. Euro zur Verfügung.[826] Im EU-Durchschnitt ist die Ausstattung der ADS damit im unteren Feld angesiedelt.[827]

819 Vgl. qualitative Bewertung des Migrant Integration Policy Index 2015, laut dem die deutsche Antidiskriminierungspolitik deutliche Schwächen im Vergleich zu anderen europäischen Staaten aufweist. Auch ein Vergleich mit den USA und Kanada fällt entsprechend aus, vgl. dazu Klose/Liebscher, Antidiskriminierungspolitik in der Einwanderungsgesellschaft, 2015, S. 100ff.

820 ECRI-Empfehlung Nr. 2, Kapitel A, Prinzip 5.1.

821 Vgl. *Equinet*: The bigger picture: equality bodies as part of the national institutional architecture for equality, 2014, S. 20.

822 *Hühn*, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichstellungsrecht, § 9, Rn. 14.

823 BT-Drs. 16/1780, S. 3.

824 Hühn, ebd., § 9, Rn. 14.

825 Siehe: http://www.equineteurope.org [17.7.2016].

826 www.bundeshaushalt-info.de/startseite/#/2015/soll/ausgaben/einzelplan/1715.html [17.7.2016].

827 Großbritanniens Kernbudget 2013: 24,5 Mio. Euro zuzüglich projektbezogener Mittel 11 Mio. Euro; Northern Ireland, zuständig für etwas mehr als 1,8 Mio. Einwohner*innen, Budget 2013/2014: jährlich 8,8 Mio. Euro; Schweden zuständig für 9,6 Mio. Einwohner*innen, Jahresbudget: 3 Mio. Euro; Frankreich Jahreshaushalt 2013: 11 Mio. Euro, Niederlande 6,2 Mio. Euro, in Ungarn über 4 Mio.; Zypern 2 Mio. Euro. Setzt man Größe der Wohnbevölkerung und den Haushalt der Stelle ins Verhältnis z.B. zu den Niederlanden, entspräche das einem Jahresbudget der ADS von etwa 20 Mio. Euro. Im Falle Ungarns wären es 32 Mio. Euro, im Vergleich zur Stelle in Zypern 40 Mio. Euro und im Fall Großbritanniens 42 Mio. Euro.

C) Literatur

Ahmed, Sara: Declarations of Whiteness: The Non-Performativity of Anti-Racism http://www.borderlands.net.au/vol3no2_2004/ahmed_declarations.htm (Aufruf: 18.07.2016).

Aichele, Valentin: Die UN-Behindertenrechtskonvention in der gerichtlichen Praxis. In: AnwBl. 10, 2011, 727–730.

Ammer, Margit/ *Crowley*, N./ *Liegl*, B./ *Holzleithner*, E./ *Wladasch*, K./ *Yesilkagit*, K.: Study on Equality Bodies set up under Directives 2000/43/EC, 2004/113/EC and 2006/54/EC https://www.google.de/url?sa=t&rct=-j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjBuqrguPzNAhUJNhoKHbGgBh8QFggoMAA&url=http%3A%2F%2Fec.europa.eu%2Fsocial%2FBlobServlet%3FdocId%3D6454%26langId%3Den&usg=AFQjCNHR9_Fh8vZIZyFY5FzUuyGF9HGH0g (Aufruf: 18.07.2016).

Annuß, Georg: Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht. In: BB 30, 2006, 1629–1636.

Antidiskriminierungsstelle des Bundes: Bericht der unabhängigen Expert_innenkommission der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Gleiche Rechte – gegen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Handlungsempfehlungen_Kommission_Geschlecht.pdf?__blob=publicationFile&v=5 (Aufruf: 18.07.2016).

Antidiskriminierungsstelle des Bundes: Diskriminierung im Bildungsbereich und im Arbeitsleben http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/BT_Bericht/Gemeinsamer_Bericht_zweiter_2013.pdf;jsessionid=213437F3FE71F793541BF0FA3D75E8A1.2_cid340?__blob=publicationFile&v=3 (Aufruf: 18.07.2016).

Antidiskriminierungsstelle des Bundes: Fragen und Antworten zu Religion und Weltanschauung http://www.antidiskriminierungsstelle.de/DE/ThemenUndForschung/Religion_Weltanschauung/Themenjahr_2016/FAQ/FAQ_node.html;jsessionid=EF3EF1A25729C2D9B37FF8E11FFDAC57.2_cid332 (Aufruf: 21.04.2016).

Antidiskriminierungsstelle des Bundes (Hrsg.), Handbuch Rechtlicher Diskriminierungsschutz, Berlin 2014.

Antidiskriminierungsstelle des Landes Schleswig-Holstein: Tätigkeitsbericht 2013/2014 https://www.landtag.ltsh.de/export/sites/landtagsh/beauftragte/ad/daten/TB-ADS-02-04.pdf (Aufruf: 10.07.2016).

Armbrüster, Christian: Kontrahierungszwang im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz? In: NJW 2007, 1494–1498.

Bader, Johannes: Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, Berlin 2012.

Baer, Susanne/ *Ketteler*, Maria: Rechtsfragen aus der Beratungsarbeit gegen Diskriminierung http://docplayer.org/16967118-Dezember-2009-prof-dr-susanne-baer-maria-ketteler-lehrstuhl-fuer-oeffentliches-recht-und-geschlechterstudien-juristische-fakultaet-hu-berlin.html (Aufruf: 18.07.2016).

Baer, Susanne: „Ende der Privatautonomie" oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung? In: ZRP 35, 2002, 290–294.

Baer, Susanne: Würde oder Gleichheit. Baden-Baden 1995.

Baer, Susanne/ *Bittner*, Melanie/ *Göttsche*, Anna-Lena: Mehrdimensionale Diskriminierung – Begriffe. Theorien und juristische Analyse. Berlin 2010.

Baer, Susanne: Dignity, Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle Of Constitutionalism. In: University of Toronto Law Journal, 59:4, 2009, 417–468.

Barskanmaz, Cengiz: Rasse – Unwort des Antidiskriminierungsrechts. In: KJ 4, 2011, 382–289.

Bauer, Christoph: Diskriminierung und Belästigung von Arbeitnehmern durch Kollegen und Dritte. Würzburg 2013.

Bauer, Jobst-Hubertus/ *Krieger*, Steffen: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar. 4. Auflage. München 2015.

Bauer, Jobst-Hubertus/ *Göpfert*, Burkard/ *Krieger*, Steffen (Hrsg.): Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar. 3. Auflage. München 2011.

Bauer, Jobst-Hubertus: Europäische Antidiskriminierungsrichtlinien und ihr Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht. In: NJW, 2001, 2672–2677.

Bauer, Michael / *Platzeck*, Arik: „Gläserne Wände". Bericht zur Benachteiligung nichtreligiöser Menschen in Deutschland. Hrsg. Humanistischer Verband Deutschlands, Berlin 2015.

Bayreuther, Frank: Altersgrenzen, Kündigungsschutz nach Erreichen der Altersgrenze und die Befristung von „Altersrentnern". In: NJW, 2012, 2758–2765.

Bayreuther, Frank: Drittbezogene und hypothetische Diskriminierungen. In: NZA 2008, 986–990.

de Beauregard, Paul Melot/ *Baur*, Maximilian: Loyalitätspflichten des Arbeitnehmers. IN: NZA-RR 2014, 625–630.

Beckmann, Magnus Gabriel: Das Betriebsrentenrecht im Lichte des AGG und seiner Diskriminierungsmerkmale. Frankfurt am Main 2014. Europäische Hochschulschriften Reihe II, Band 5669.

Belling, Detlev W.: Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinie im Hinblick auf das kirchliche Arbeitsrecht. In: NZA 16, 2004, 885–889.

Benecke, Martina: Rechtsvergleich der europäischen Systeme zum Antidiskriminierungsrecht http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Expertisen/Expertise_Rechtsvergleich_europ_Systeme_zum_AntidiskrRecht.pdf?__blob=publicationFile (Aufruf: 18.07.2016).

Benecke, Martina: AGG und Kündigungsschutz – das BAG und die diskriminierende Kündigung. In: AuR 1, 2016, 9–14.

Bielefeldt, Heiner: Zum Innovationspotenzial der UN-Behindertenrechtskonvention http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/Publikationen/Essay/essay_zum_innovationspotenzial_der_un_behindertenrechtskonvention_auflage3.pdf (Aufruf: 18.07.2016).

Bielefeldt, Heiner/ *Follmer-Otto*, Petra, Diskriminierungsschutz in der politischen Diskussion http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/Publikationen/Policy_Paper/policy_paper_5_diskriminierungsschutz_in_der_politischen_diskussion.pdf (Aufruf: 18.07.2016).

Braunroth, Anna/ *Franke*, Bernhard: Gelöste und offene Fragen beim Diskriminierungsschutz in der europäischen und deutschen Rechtsprechung. In: NJ, 2014, 187–194.

Brors, Christiane: Berechtigtes Informationsinteresse und Diskriminierungsverbot – Welche Fragen darf der Arbeitgeber bei Einstellung eines behinderten Bewerbers stellen? DB, 2003, 1734–1736.

Brors, Christiane: Wann ist eine Altersdiskriminierung nach der Rechtsprechung des EuGH gerechtfertigt? In: RdA, 2012, 346–353.

Brors, Christiane: Entschädigung (Höhe und Durchsetzbarkeit) als angemessene Sanktion einer Altersdiskriminierung. Anmerkung zu VG Frankfurt vom 13.11.2015 9 K 2555/13.F. jurisPR-ArbR 17, 2016, Anm. 2.

Brors, Christiane/ *Schüren*, Peter: Neue gesetzliche Rahmenbedingungen für den Fremdpersonaleinsatz. In: NZA 11, 2014, 569–573.

Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin): Zum Thema „Versicherungsaufsicht“ http://www.bafin.de/DE/DieBaFin/Aufgaben-Geschichte/Versicherungsaufsicht/versicherungsaufsicht_node.html (Aufruf: 01.05.2016).

Bündnis 90/Die Grünen: Abschlussbericht der Kommission „Weltanschauungen, Religionsgemeinschaften und Staat“ https://www.gruene.de/fileadmin/user_upload/Dokumente/160317_Abschlussbericht_Religionskommission_Gruene.pdf (Aufruf; 10.07.2016).

Burg, Indra: Positive Maßnahmen zwischen Unternehmerfreiheit und Gleichbehandlung 2009, Berlin. Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Bd. 275.

v. Campenhausen, Axel: § 157. Religionsfreiheit. In: Isensee, Josef und Kirchhof, Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 3. Auflage. Heidelberg 2009, 597–662. Band VII.

v. Campenhausen, Axel: Art.137 WRV. In: v. Mangoldt, Hermann/ Klein, Friedrich/ Starck, Christian (Hrsg.): Kommentar zum GG, Bd. 3, 6. Auflage. München 2010.

Canaris, Claus-Wilhem: Grundrechte und Privatrecht. AcP 184, 1984, 201–236.

Cisch, Theodor/ *Böhm*, Verena: Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und die betriebliche Altersversorgung in Deutschland. BB, 2007, 602–610.

Cormack, Janet/ *Niessen*, Jan: Die Unabhängigkeit von Gleichbehandlungsstellen. Europäische Zeitschrift für Antidiskriminierungsrecht 1, 2005, 25–32.

Cottier, Michelle/ *Estermann*, Josef/ *Wrase*, Michael (Hrsg.): Wie wirkt Recht? Baden-Baden 2010.

Cremer, Hendrik: „... und welcher Rasse gehören Sie an?" Policy Paper No. 10/ Deutsches Institut für Menschenrechte. Berlin 2008.

Cremer, Hendrik: Ein Grundgesetz ohne „Rasse". Policy Paper No. 16/ Deutsches Institut für Menschenrechte. Berlin 2010.

Crenshaw, Kimberlé: Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine Feminist Theory and Antiracist Politics. In: Weisberg, D. K. (Hrsg.): Feminist Legal Theory: Foundations. Philadelphia 1993, 383–395.

CRPD: Abschließende Bemerkungen über den ersten Staatenbericht Deutschlands http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/PDF-Dateien/UN-Dokumente/CRPD_Abschliessende_Bemerkungen_ueber_den_ersten_Staatenbericht_Deutschlands_ENTWURF.pdf (Aufruf: 18.07.2016).

Czermak, Gerhard: Weltanschauung in Grundgesetz und Verfassungswirklichkeit. Aschaffenburg 2015.

Däubler, Wolfgang/ *Bertzbach*, Martin (Hrsg.): Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar. 3. Auflage. Baden-Baden 2013.

Decker/ Kies/ Brähler (Hrsg.): Die enthemmte Mitte. Autoritäre und rechtsextreme Einstellung in Deutschland. Gießen 2016.

Dehner, Walter: Nachbarrecht. Gesamtdarstellung des privaten und öffentlichen Nachbarrechts des Bundes und der Länder (mit Ausnahme des Landes Bayern). Loseblattwerk, 60. Aktualisierung. Köln Dezember 2015.

Deiseroth, Dieter: Altersdiskriminierung durch Höchstaltersgrenzen von 70 Jahren für Prüfsachverständige. In: jurisPR-BVerwG 12/2015 Anm. 2.

Derleder, Peter: Vertragsanbahnung und Vertragsabschluss über Mietwohnungen und die Diskriminierungsverbote des AGG. In: NZM, 2007, 625–633.

Dern, Susanne/ *Inowlocki*, Lena/ Oberlies, Dagmar: Mehrdimensionale Diskriminierung – Eine empirische Untersuchung anhand von autobiographisch-narrativen Interviews. Teilexpertise. Erstellt im Auftrag der ADS. Berlin Oktober 2010.

Deutsche Bischofskonferenz: Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse http://www.dbk.de/fileadmin/redaktion/diverse_downloads/VDD/Grundordnung_GO-30-04-2015_final.pdf (Aufruf: 20.04.2016).

Deutsche Bischofskonferenz: Änderung des Kirchlichen Arbeitsrechts. Bischöfe beschließen Novelle der „Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse“. Pressemeldung vom 5.5.2015, Nr. 072 http://www.dbk.de/presse/details/?presseid=2795&cHash=d9ed8cf1a2f0497859dc7e01ea255122 (Aufruf: 19.04.2016)

Deutscher Bundestag: Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 28.06.2006, u. a. zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung http://lorenz.userweb.mwn.de/material/1602022.pdf (Aufruf: 18.07.2016).

Deutscher Ethikrat: Intersexualität. Stellungnahme http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/stellungnahme-intersexualitaet.pdf (Aufruf: 18.07.2016).

Diller, Martin: Einstellungsdiskriminierung durch Dritte. In: NZA, 2007, 649–653.

Dütz, Wilhelm: Rechtsschutz für kirchliche Bedienstete im individuellen Arbeitsrecht, insbesondere Kündigungsschutzverfahren. In: NZA 2006, 65–71.

Egenberger, Vera: Diskriminierungsschutz weiterentwickeln – Argumente für eine Novellierung des Allgemeine Gleichbehandlungsgesetzes http://library.fes.de/pdf-files/wiso/12022.pdf (Aufruf: 18.07.2016).

Elsuni, Sarah: Mehrdimensionale Diskriminierung im Fokus der Rechtsforschung, In: Philipp, Simone u. a. (Hrsg.): Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung. Soziale Realitäten und Rechtspraxis. Baden-Baden 2014, 161–178.

Elsuni, Sarah/ *Klose*, Alexander/ *Liebscher*, Doris: Alter in bester Verfassung? Verankerung des Diskriminierungsmerkmals Lebensalter in der Verfassung von Berlin. Senatsverwaltung für Integration, Arbeit und Soziales (Hrsg). Berlin 2013. Schriften der Landesstelle für Gleichbehandlung – gegen Diskriminierung, Bd. 18.

Equality & Rights Alliance, A New Public Sector Equality & Human Rights Duty, http://www.eracampaign.org/uploads/A%20New%20Public%20Sector%20Duty%20March%202015.pdf (Aufruf: 17.7.2016).

Equinet – European Network of Equality Bodies (Hrsg.): The bigger picture: equality bodies as part of the national institutional architecture for equality, Brüssel 2014.

Erfurter Kommentar (Hrsg. Müller-Glöge u. a.): Kommentar im Arbeitsrecht. 16. Auflage. München 2016.

Ernst, Hildegund/ *Franke*, Bernhard/ *Braunroth*, Anna/ *Wascher*, Angelika: AGG. Kommentar. 2. Aufl. Baden-Baden 2013.

Europäische Kommission: Gemeinsamer Bericht über die Anwendung der Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft („Richtlinie zur Rassengleichheit“) und der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung

eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf („Gleichbehandlungsrichtlinie für den Bereich Beschäftigung“) http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/com_2014_2_de.pdf (Aufruf: 18.07.2016).

Europäische Kommission:Religion und Weltanschauung in der Beschäftigung – das EU-Recht http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=de&pubId=38&furtherPubs=yes (Aufruf: 10.07.2016).

Europäische Kommission: Developing Anti-discrimination Law in Europe, Comparative Analysis http://www.dgschool.it/repository/reggioemilia/Comparitive%20EN%202011.pdf (Aufruf: 18.07.2016).

Europäische Kommission: Developing Anti-discrimination Law in Europe, Comparative Analysis http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/comparative_analysis_2013_en.pdf (Aufruf: 18.07.2016).

Europäische Kommission 2014 (Hrsg.): Developing Antidiscrimination Law in Europe, Comparative Analysis http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/comparative_analysis_2014.pdf (Aufruf: 18.07.2016).

Europarat – Kommissar für Menschenrechte: Stellungnahme über nationale Strukturen zur Förderung der Gleichstellung. CommDH(2011)2. Straßburg 2011 https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2362357&SecMode=1&DocId=2060776&Usage=2 (Abruf: 18.07.2016).

European Commission against Racism and Intolerance: ECRI General Policy Recommendation No.2 on Specialised bodies to combat racism, xenophobia, anti-Semitism and intolerance at national level. Strasburg 1997.

Evangelische Kirche in Deutschland: Richtlinie des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland nach Art. 9 Buchst. b Grundordnung über die Anforderungen der privatrechtlichen beruflichen Mitarbeit in der Evangelischen Kirche in Deutschland und des Diakonischen Werkes https://www.ekd.de/EKD-Texte/loyalitaetsrichtlinie.html (Aufruf: 10.07.2016).

Fachhochschule Nordwestschweiz/ Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften: Mehrfachdiskriminierung http://www.mehrfachdiskriminierung.ch/definition (Aufruf: 18.12.2015).

Fanon, Frantz: Die Verdammten dieser Erde. Frankfurt am Main 1961.

Feltes, Thomas/ *List*, Katrin: Gender-based Violence, Stalking and Crime. Länderbericht Deutschland. EU-Projekt 2009–2011 http://vmrz0183.vm.ruhr-uni-bochum.de/gendercrime/pdf/gendercrime_country_report_germany_german.pdf (Aufruf: 18.07.2016).

Feministischer Juristinnentag: Fachstellungnahmen im Rahmen des 40. und des 39. Feministischen Juristinnentags zur „christlichen Dienstgemeinschaft" http://www.feministischer-juristinnentag.de/resolutionen.html (Aufruf: 06.06.2016).

Flick, Uwe: Qualitative Sozialforschung: Eine Einführung. Vollständig überarbeitete und erweiterte Neuausgabe der Erstausgabe von 1995. Reinbek bei Hamburg 2007.

Follmar-Otto, Petra: Schule als Ort religiöser und weltanschaulicher Freiheit und Vielfalt http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/Publikationen/aktuell/aktuell_7_2015_Schule_als_Ort_religioeser_und_weltanschaulicher_Freiheit_und_Vielfalt.pdf (Aufruf: 10.07.2016).

Francken, Johannes Peter: Neuregelung der Darlegungs- und Beweislast in Verfahren nach §§ 9, 10 AÜG. In: NZA 2014, 1064 ff.

Franke, Bernhard / *Merx*, Andreas: Positive Maßnahmen – Handlungsmöglichkeiten nach § 5 AGG, AuR 2007, 235–239.

Franzen, Jannik / *Sauer*, Arn: Diskriminierung von Trans*Personen, insbesondere im Arbeitsleben, Studie im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Berlin 2010.

Friedl, André: Der Kontrahierungszwang im Wohnraummietrecht bei unzulässigen Benachteiligungen – Eine Analyse der § 19 ff. AGG. Tübingen 2015. Nomos Universitätsschriften, Bd. 851.

Fritzsche, Heike: Antidiskriminierungsberatung in Deutschland – Bestandsaufnahme und Analyse aktueller Strukturbedingungen, Berlin 2013 http://www.adb-sachsen.de/antidiskriminierungsberatung-in-deutschland-bestandsaufnahme.html?file=tl_files/adb/pdf/Masterarbeit%20Heike%20Fritzsche%202013.pdf (Aufruf: 18.07.2016).

Fuhlrott, Michael/ *Wesemann*, Philipp: Der Begriff der Behinderung im AGG. ArbRAktuell 2014, 307–309.

Gaier, Reinhard/ *Wendtland*, Holger: AGG – eine Einführung in das Zivilrecht. München 2006.

Gekeler, Corinna: Loyal dienen. Diskriminierendes Arbeitsrecht bei Caritas, Diakonie und Co., Aschaffenburg 2013.

Glaser, Barney G./ *Strauss*, Anselm L.: Grounded Theory. Strategien qualitativer Forschung. 2. korrigierte Auflage. Bern 2005.

Greiner, Stefan: Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung. Abgrenzungsfragen und aktuelle Rechtspolitik. In: NZA, 2013, 697–703.

Günther, Sara: Arbeitsrechtlicher Antidiskriminierungsschutz und Diversity Management, AGG-Pflicht und Chance zugleich. Frankfurt am Main 2011.

Hall, Stuart: Rassismus und kulturelle Identität. Ausgewählte Schriften. Hamburg 1994.

Hammer, Ulrich: Kündigung und Kündigungsschutz in kirchlichen Einrichtungen. Anmerkungen zur Entscheidung des BVerfG vom 22.10.2014. In: ZTR 10, 2015, 551–561.

Hanau, Peter/ *Thüsing*, Gregor: Arbeitsrechtliche Konsequenzen beim Betriebsübergang kirchlicher Einrichtungen. In: KuR, 2000, 165–178.

Hayen, Ralf-Peter: Die Bedeutung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes für die Interessenvertretung – Potentiale und Defizite des AGG für die Durchsetzung der Gleichbehandlung im Betrieb durch Betriebsräte und Gewerkschaften. JbArbR 44, 2007, 23–59.

Heese, Michael: Offene Preisdiskriminierung und zivilrechtliches Benachteiligungsverbot, NJW, 2012, 572–577.

Heinrichs, Thomas: Der Staat als Messdiener der Kirchen http://www.diesseits.de/menschen/kommentar/1416783600/staat-messdiener-kirchen, (Aufruf; 10.07.2016).

Henrard, Kristin: Gleiche Rechte oder Sonderrechte? Der Minderheitenschutz und das Diskriminierungsverbot. Europäische Kommission (Hrsg.). Luxemburg 2007.

Herrmann, Christoph: Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, Berlin 2003.

Hesse, Michael: Offene Preisdiskriminierung und zivilrechtliches Benachteiligungsverbot. In: NJW, 2012, 572-577.

Hey, Thomas/ *Forst*, Gerrit: Kommentar zum AGG. 2. Auflage. Frankfurt am Main 2015.

Gágyor, Ildikó/ *Hilbert*, Nadine/ *Chenot*, Jean-François/ *Marx*, Gabriella/ *Ortner*, Tuulia/ *Simmenroth-Nayda*, Anne/ *Scherer*, Martin/ *Wedeken*, Sven/ *Himmel*, Wolfgang: Wie häufig und belastend sind negative Erfahrungen im Medizinstudium? Ergebnisse einer Onlinebefragung von Medizinstudierenden. GMS Zeitschrift für medizinische Ausbildung 29:4, 2012, 1–12.

Hoffjan, Andreas/ *Braman*, Annehild: Empirische Erhebung der Gesetzesfolgekosten aus dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz. Lehrstuhl für Unternehmensrechnung und Controlling, Universität Dortmund 2007, im Auftrag der „Initiative Neue Soziale Marktwirtschaft."

Holzbecher, Monika/ *Braszeit*, Anne/ *Müller*, Ursula/ *Plogstedt*, Sibylle: Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz. Stuttgart, Berlin, Köln 1990. Schriftenreihe des Bundesministeriums für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit, Bd. 260.

Huke, Rainer/ *Schütt*, Kristina: Die Bedeutung des AGG für die Unternehmen: Wie können Bürokratie und Haftungsrisiken begrenzt werden?, In: Jahrbuch des Arbeitsrechts, 2007, 61–72.

Industrielle Beziehungen. Zeitschrift für Arbeit, Organisation und Management. Heft 2 /2016.

Internationales Arbeitsamt Genf: Gleichheit bei der Arbeit: Die andauernde Herausforderung – Gesamtbericht im Rahmen der Folgemaßnahmen zur Erklärung der IAO über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_154783.pdf (Aufruf: 18.07.2016).

Jacobs, Matthias: Grundprobleme des Entschädigungsanspruchs nach § 15 Abs. 2 AGG. In: RdA, 2009, 193–204.

Joussen, Jacob: § 9 AGG und die europäischen Grenzen für das kirchliche Arbeitsrecht. In: NZW, 2008, 675–679.

Joussen, Jacob/ *Husemann*, Tim/ *Mätzig*, Sarah: Fortbildungsveranstaltungen und das AGG – Zu Lücken und Weiterentwicklungsbedarf im Gleichbehandlungsrecht. In: RdA, 2014, 279–285.

Kamanabrou, Sudabeh: Die arbeitsrechtlichen Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes. In: RdA 2006, 321–284.

Kattmann, Ulrich: Stichwort „Menschenrassen" http://www.spektrum.de/lexikon/biologie/menschenrassen/42123 (Aufruf: 28.12.15).

Klose, Alexander: Wie wirkt Antidiskriminierungsrecht? In: Cottier, Michelle/ Estermann, Josef/ Wrase, Michael (Hrsg.): Wie wirkt Recht? Baden-Baden 2010, 347–366.

Klose, Alexander/ *Kühn*, Kerstin: Die Anwendbarkeit von Testing-Verfahren im Rahmen der Beweislast, § 22 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Expertise i. A. der ADS. Berlin 2010.

Klose, Alexander/ *Liebscher*, Doris: Antidiskriminierungspolitik in der Einwanderungsgesellschaft. Stand, Defizite, Empfehlungen. Güstrow 2015.

Klose, Alexander/ *Merx*, Andreas: Positive Maßnahmen zur Verhinderung oder zum Ausgleich bestehender Nachteile im Sinne des § 5 AGG. Expertise i. A. der ADS. Berlin 2010.

Kobes, Anne/ *Liebscher*, Doris: Beschwerdestelle und Beschwerdeverfahren nach § 13 AGG.
Expertise i. A. der ADS. Berlin 2010.

Kocher, Eva/ *Porsche*, Stefanie: Sexuelle Belästigung im Hochschulkontext – Schutzlücken und Handlungsempfehlungen http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Expertisen/Expertise_Sexuelle_Belaestigung_im_Hochschulkontext.pdf?__blob=publicationFile (Aufruf: 18.07.2016).

Kocher, Eva: Gleichstellung von Frauen und Männern – die Anforderungen der EG-Richtlinie 2002/73/EG. In: Arbeitsrecht im Betrieb (AiB) 11, 2004, 654–659.

Korioth, Stefan: Art. 137 WRV. In: Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar. 56. Ergänzungslieferung. München 2009.

Korioth, Stefan: Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 WRV. In: Maunz, Theodor und Dürig, Günter (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar. 42. Lieferung. Aufruf: 2013. München 2003.

Krah, Felix/ *Zimmermann*, Lea: Das Konzept der angemessenen Vorkehrungen in der deutschen Rechtsordnung http://hlcmr.de/wp-content/uploads/2015/04/Working_Paper_Nr.6.pdf (Aufruf: 04.01.2016).

Kummer, Pierre M.: Umsetzungsanforderungen der neuen arbeitsrechtlichen Antidiskriminierungsrichtlinie (Rl 2000/78/EG), Frankfurt am Main 2003.

Lehner, Roman: Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz und Grundrechte – Auch eine grundrechtliche Betrachtung des 3.und 4. Abschnitts des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (§§ 19–23 AGG). Tübingen 2013. Studien und Beiträge zum Öffentlichen Recht, Bd. 16.

Lembke, Ulrike/ *Liebscher*, Doris: Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht ? Oder: Wie kommen Konzepte von Intersektionalität in die Rechtsdogmatik? In: Simone Philipp/ Isabella Meier/ Veronika Apostolovski/ Klaus Starl/ Karin Maria Schmidle. Baden-Baden 2014, 261–289.

Lewontin, Richard C.: The Apportionment of Human Diversity. In: Evolutionary Biology 6, 1972, 381–398.

Liebscher, Doris/ *Klose*, Alexander: Vorschläge zur Novellierung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes. BUG (Hrsg.). Berlin 2014.

Liebscher, Doris/ *Remus*, Juana/ *Bartel*, Daniel: Rassismus vor Gericht. Weiße Norm und Schwarzes Wissen im rechtlichen Raum. In: Kritische Justiz 2, 2014, 135–152.

Liebscher, Doris: Zero Tolerance. Sexistische Diskriminierung und Belästigung an der Uni. In: Zentrale Frauenbeauftragte der FU Berlin, Wissenschaftlerinnenrundbrief 1, 2015,15–18.

Liebscher, Doris/ *Naguib*, Tarek/ *Plümecke*, Tino/ *Remus*, Juana: Wege aus der Essentialismusfalle. Überlegungen zu einem postkategorialen Antidiskriminierungsrecht, KJ 2, 2012, 204–218.

Lindner, Franz Josef: Staatliches „Anprangern" des Arbeitgebers wegen Verstoßes gegen das AGG? In: RdA, 2009, 45–48.

Livingstone, Frank B.: On the Non-Existence of Human Races. In: Current Anthropology 3:3, 1962, 279–281.

MacKinnon, Catherine: Sexual Harassment of Working Women. New Haven 1979.

Maier-Reimer, Georg: Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Zivilrechtsverkehr. In: NJW 2006, 2577–2583.

Matthäus-Meier, Ingrid: „Ein Fortschritt, doch es bleiben Wünsche offen". Zum Abschlussbericht der Kommission "Weltanschauungen, Religionsgemeinschaften und Staat" von Bündnis90/Die Grünen http://hpd.de/artikel/fortschritt-doch-es-bleiben-wuensche-offen-12869 (Aufruf: 10.07.2016).

Mayer, Franz C.: Europäisches Sprachenverfassungsrecht. http://www.whi-berlin.eu/documents/whi-paper0106.pdf, (Aufruf: 10.07.2016).

Meinel, Gernod/ *Heyn*, Judith/ *Herms*, Sascha: AGG. Arbeitsrechtlicher Kommentar. 2. Auflage. München 2010.

Michaelsen, Anja: „Sinnliche Evidenzen". Sprachkritische Überlegungen zur Verwendung des Begriffs „Rasse" im Entwurf des Antidiskriminierungsgesetzes. In: Forum Recht 4/2005, 125–127.

Monen, Kathrin: Das Verbot der Diskriminierung. Eine Untersuchung aufgrund der Rasse, des Geschlechts und der sexuellen Identität im deutschen und U.S.-amerikanischen Privatrecht, Baden-Baden 2008.

Müller, Annekathrin: Diskriminierung auf dem Wohnungsmarkt – Strategien zum Nachweis rassistischer Benachteiligungen http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Expertisen/Expertise_Wohnungsmarkt_20150615.pdf?__blob=publicationFile (Aufruf: 18.07.2016).

Müller, Sebastian: Kirchliches Selbstbestimmungsrecht und individuelles Arbeitsrecht. Eine menschenrechtliche Bewertung. Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.). Berlin 2015.

Müller-Glöge, Rudi u. a. (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht. 16. Auflage. München 2015.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 1, München, 7. Auflage 2015.

Nettesheim, Martin: Diskriminierungsschutz ohne Benachteiligung? Die EuGH-Rechtsprechung zu Altersgrenzen im Beschäftigungsverhältnis. In: EuZW 2013, 48–53.

Nollert-Borasio, Christine/ *Perreng*, Martina: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Basiskommentar zum AGG. 4. Auflage. Frankfurt am Main 2015.

Omi, Michael/ *Winant*, Howard: Racial Formation in the United States. New York 1986.

Pärli, Kurt/ *Naguib*, Tarek: Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit. Berlin 2012.

Payandeh, Mehrdad: Rechtlicher Schutz vor rassistischer Diskriminierung. In: JuS, 2015, 695–700.

Picker, Eduard: Antidiskriminierungsgesetz – Der Anfang vom Ende der Privatautonomie? In; JZ 2002, 880–882.

Plett, Constanze: Urteilsbesprechung zu Rs. C-117/01 K.B. ./. National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health. In: ZESAR Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht 3, 2004, 301(303)–308.

Poliakov, Léon/ *Delacampagne*, Christian/ *Girard*, Patrick: Rassismus. Über Fremdenfeindlichkeit und Rassenwahn. Hamburg 1992.

Pötters, Stephan: Anmerkung zu EuGH v. 18.12.2014 – C-354/13. In: EuZW 2015, 144–150.

Raasch, Sybille: Diskriminierungsschutz auf neuen Wegen: Verbandsbeteiligung und Antidiskriminierungsstelle im Entwurf eines deutschen Antidiskriminierungsgesetzes. In: ZESAR 5-6, 2005, 209–217.

Raasch, Sibylle: Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien BT-Drs. 15/4538 vom 16.12.2004 http://www.zaar.uni-muenchen.de/download/doku/gesetzgebung/antidiskriminierung/prof_raasch.pdf (Aufruf: 18.07.2016).

Richardi, Reinhard: Arbeitsrecht in der Kirche. 6. Auflage. München 2012.

Richardi, Reinhard: Neues und Altes – Ein Ariadnefaden durch das Labyrinth des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes. In: NZA 2006, 881–886.

v. Roetteken, Torsten: Kommentar zum AGG. München 2007.

v. Roetteken, Torsten: Modifizierung und Weiterentwicklung der Auslegung der RL 2000/78/EG zum Schutz von Menschen mit einer Behinderung („Ring, Skouboe Werge"). In: jurisPR-ArbR. 33, 2013, Anm. 1.

Röhl, Klaus F./ *Röhl*, Hans Christian: Allgemeine Rechtslehre. 3. Auflage. Köln u. a. 2008.

Rolfs, Christian: AGG-Hopping. In: NZA 10, 2016, 586–590.

Rolfs, Cristian/ *Giesen*, Richard/ *Kreikebohm*, Ralf/ *Udsching*, Peter: BeckOK Arbeitsrecht, 38. Aufl. 2015, AGG § 15.

Rottleuthner, Hubert/ *Mahlmann*, Matthias: Diskriminierung in Deutschland. Baden-Baden 2011.

Rudolf, Beate/ *Mahlmann*, Matthias (Hrsg.): Gleichbehandlungsrecht. Handbuch. Baden-Baden 2007.

Rust, Ursula/ *Falke*, Josef: AGG. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz mit weiterführenden Vorschriften. Kommentar. Berlin 2007.

Säcker, Franz-Jürgen: „Vernunft statt Freiheit!" – Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner. In: ZRP 2002, 286–290.

Salzwedel, Jürgen: Gleichheitsgrundsatz und Drittwirkung. In: Festschrift für Hermann Jahrreiß, 1964, 339–354.

Schiek, Dagmar (Hrsg.): AGG. Ein Kommentar aus europäischer Perspektive. München 2007.

Schleusener, Aino/ *Suckow*, Jens/ *Voigt*, Burkhard: Kommentar zum AGG, 3. Auflage. Köln 2011.

Schüren, Peter/ *Fasholz*, Sabrina: Inhouse-Outsourcing und der Diskussionsentwurf zum AÜG – Ein Diskussionsbeitrag. In: NZA 2015, 1473–1478.

Schlachter, Monika: Das Arbeitsrecht im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz. In: ZESAR 2006, 391–399.

Schnabel, Diskriminierungsschutz ohne Grenzen? Baden-Baden 2014.

Schröttle, Monika: Unveröffentlichte Sonderauswertung zur Studie zu sexueller Belästigung am Arbeitsplatz, 19.6.2011 (unveröff.).

Schröttle, Monika/ *Müller*, Ursula: Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit von Frauen in Deutschland. Eine repräsentative Untersuchung zu Gewalt gegen Frauen in Deutschland, im Auftrag des BMFSFJ, Berlin 2004.

Sekretariat der deutschen Bischofskonferenz (Hrsg.): Katholische Kirche in Zahlen und Fakten 2013/14 http://www.dbk.de/fileadmin/redaktion/Zahlen%20und%20Fakten/Kirchliche%20Statistik/Allgemein_-_Zahlen_und_Fakten/DBK_Zahlen-und-Fakten2013-14_Internet.pdf (Aufruf: 10.07.2016).

Siebenhüter, Integrationshemmnis Leiharbeit – Auswirkungen von Leiharbeit auf Menschen mit Migrationshintergrund. Studie i. A. d. Otto-Brenner-Stiftung, Frankfurt am Main 2011.

Smykalla, Sandra/ *Vinz*, Dagmar (Hrsg.): Intersektionalität zwischen Gender und Diversity. Theorien, Methoden und Politiken der Chancengleichheit, Münster 2011.

Sow, Noah: Deutschland Schwarz Weiß. Der alltägliche Rassismus, München 2008.

Sprafke, Diskriminierungsschutz durch Kontrahierungszwang, Kassel 2013.

von Staudinger, Julius (Hrsg.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Buch 2, Berlin 2014; Buch 3, München 2016.

Stoffels, Markus: Grundprobleme der Schadensverpflichtung nach § 15 Abs. 1 AGG. In: RdA 2009, 204–215.

Strauss, Anselm/ *Corbin*, Juliet: Grounded Theory. Grundlagen Qualitativer Sozialforschung. Weinheim 1996.

Supik, Linda: Statistik und Rassismus. Frankfurt am Main 2014.

Swoboda-Riecken, Susanne: Berufliche Sozialisation und Rollenverständnis der Geschlechter in der Gegenwart. Dargestellt am Beispiel von Frauen in der Schutzpolizei. Kiel 2002.

Thüsing, Gregor: Kirchliches Arbeitsrecht. Tübingen 2006.

Thüsing, Gregor: Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz. 2. Auflage. München 2013.

Thüsing, Gregor: Das Arbeitsrecht der Zukunft? – Die deutsche Umsetzung – Antidiskriminierungsrichtlinien im internationalen Vergleich. In: Sonderbeilage zu NZA Heft 22/2004, 3–16.

Thüsing, Gregor: Das Arbeitsrecht in der Kirche – Ein Nachtrag der aktuellen Entwicklungen. In: NZA 6/2002, 306–313.

Thüsing, Gregor: Religion und Kirche in einem neuen Anti-Diskriminierungsrecht. In: JZ 2/2004, 172–179.

Thüsing, Gregor/ *von Hoff*, Konrad: Vertragsschluss als Folgenbeseitigung: Kontrahierungszwang im zivilrechtlichen Teil des AGG. In: NJW 2007, 21–26.

Tießler-Marenda, Elke: Verbesserter Schutz vor Diskriminierung? Einführung in den Entwurf für ein Antidiskriminierungsgesetz. In: ZAR 2005, 100–106.

Tomuschat, Christian: Gleichheit in der Europäischen Union. In: ZaöRV 2008, 327–364.

UNESCO (Hrsg.): Statement on Race. In: UNESCO: The Race Concept. Results of an Inquiry. Westport 1952, 98–103.

UN-Generalversammlung: Pariser Prinzipien. A/RES/48/134 v. 20.12.1993 http://www.info.gov.hk/info/eoc/annex6_e.pdf (Aufruf: 18.07.2016).

Wagner, Gerhard/*Potsch*, Nicolas: Haftung für Diskriminierungsschäden nach dem AGG. In: JZ 2006, 1085–1100.

Walker, Wolf-Dietrich: Der Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG. In: NZA 2009, 5–11.

Wank, Rolf: Diskriminierung in Europa – die Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien aus deutscher Sicht. In: Sonderbeilage zu NZA Heft 22/ 2004, 16–26.

Welti, Felix: Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat. Tübingen 2005.

Welti, Felix: Evaluation des BGG, Forschungsbericht Sozialforschung Nr. 445, im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales. Berlin 2014.

Welti, Felix: Reformbedarf zur Gleichstellung und Barrierefreiheit. In: ZRP 2015, 184–187.

Welti, Unmittelbare Diskriminierung wegen einer Behinderung (EuGH vom 17.7.2008, Az. C-303/06 – Coleman), ZESAR 2009, 148–152.

Wenckebach, Johanna/ *Welti*, Felix: Barrierefreier Zugang zu Waren und Dienstleistungen. In: VuR 2015, 209–216.

Wendeling-Schröder, Ulrike/ *Stein*, Axel. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: AGG, Kommentar, München 2008.

Wendeling-Schröder, Ulrike, Diskriminierung und Privilegierung im Arbeitsrecht. In: Bauer/Boewer (Hrsg.), Festschrift für Peter Schwerdtner zum 65. Geburtstag, München 2003, 269–287.

Wiese, Kirsten: Kopftuchtragen im Schuldienst grundsätzlich erlaubt – Beschluss des BVerfG vom 27. Januar 2015. In: Berghahn/Schultz (Hrsg): Rechtshandbuch für Frauen- und Gleichstellungsbeauftragte. Hamburg, 54. Lief. Punkt 2.4.1.

Windel, Peter A.: Der Beweis diskriminierender Benachteiligung. In: RdA 2007, 1–8.

Zeibig, Nadine: Altersdiskriminierung in der Arbeitswelt – Gerichtliche Entscheidungen im Überblick. In: WSI Mitteilungen 2013, 369–372.

Zimmermann, Helmut: Zur Problematik anonymer Beschwerdeverfahren. In: AuR 6/2016, 226–227.

D) Anhänge

1. Moderationsleitfaden Fokusgruppe Berater*innen (Berlin)

Moderationsleitfaden für den 15. Februar 2016

12.00 – 14.00 Eröffnung und Begrüßung
Einführung in die Zielsetzung und Verfahrensweise der Fokusgruppe

Vorstellungsrunde

Vervollständigung der Besprechungspunkte

a) Unterstützung im Vorfeld einer rechtlichen Intervention

- Wird die bestehende Beratungslandschaft als ausreichend wahrgenommen?
- Können in dieser die verschiedenen Diskriminierungsgründe ausreichend abgedeckt werden?

b) Anwendbarkeit des Gesetzes

- Fallen Beratungsfälle in den Anwendungsbereich des AGG?
- Welche Schutz- und Regelungslücken werden wahrgenommen?
- Schließen Ausnahmeregelungen konkrete Fälle in der Beratung aus?
- Fallen Beratungsfälle in andere Gesetzesrahmen?

c) Vorbereitung der Klage

- Nehmen Sie die gesetzten Fristen als ausreichend wahr?
- Schrecken Kosten und Dauer der Verfahren Kläger ab, eine Klage einzureichen?
- Waren Sie mit Fällen von möglichem AGG-Rechtsmissbrauch konfrontiert?
- Wie nehmen Sie die Notwendigkeit der Beweismittelsicherung wahr?
- Welche Erfahrungen haben Sie mit der Umkehr der Beweislast gemacht?
- Haben Sie Erfahrungen mit Testing-Verfahren oder mit der Nutzung von Statistiken?

14.00 – 14.45 *Mittagessen*

14.45 **d) Begleitung der Klage**

- Welche Erfahrungen haben Sie mit einer Beistandschaft gemacht?
- Wie schätzen Sie die Option der Prozessstandschaft oder eines Verbandsklagerechtes ein?
- Welche Möglichkeiten sollte ein Verbandsklagerecht eröffnen?
- Haben Sie ausreichenden Zugang zu AGG Fachanwält*innen?
- Wie gestaltet sich die Zusammenarbeit mit RA?
- Wie nehmen Sie die Atmosphäre im Gericht wahr?
- Wird nehmen Sie die Fachkenntnis der Richter*innen im AGG wahr?

Pause

e) Evaluierung

Nehmen Sie verhängte Sanktionen als wirksam und abschreckend wahr?

f) Sonstige Fragen

Schätzen Sie das Mandat der ADS als ausreichend ein? Welche Relevanz sehen Sie für die Entwicklung und Umsetzung von positiven Maßnahmen?

Offene Aspekte

17.00	Ende der Fokusgruppe

2. Moderationsleitfaden Fokusgruppe Berater*innen (Hannover)

Moderationsleitfaden für den 7. März 2016

12.00 – 14.00	Eröffnung und Begrüßung Einführung in die Zielsetzung und Verfahrensweise der Fokusgruppe Vorstellungsrunde Vervollständigung der Besprechungspunkte **a) Unterstützung im Vorfeld einer rechtlichen Intervention** 1. Wird die bestehende Beratungslandschaft als ausreichend wahrgenommen? 2. Können in dieser die verschiedenen Diskriminierungsgründe ausreichend abgedeckt werden? 3. Wie nehmen Sie die Kooperation innerhalb der Beratungsstrukturen wahr?

b) Anwendbarkeit des Gesetzes

4. Fallen Beratungsfälle in den Anwendungsbereich des AGG?
5. Werden Schutz- und Regelungslücken wahrgenommen?
6. Schließen Ausnahmeregelungen konkrete Fälle in der Beratung aus?
7. Fallen Beratungsfälle in andere Gesetzesrahmen?
8. Sind Sie in Beratungsfällen mit direkten und indirekten Diskriminierungsfällen konfrontiert?
9. Erachten Sie in Fällen von Belästigung die Schaffung eines feindlichen Umfelds für unabdingbar?
10. Welche Erfahrungen haben Sie gemacht mit vertraglichen Dreieckskonstellationen (Makler, Werkverträge bei Drittfirma)?
11. Haben Sie sich mit Fallkonstellationen von Selbstständigen und Honorarkräften beschäftigt?
12. Liegen Erfahrungen mit den innerbetrieblichen Beschwerdestellen vor?
13. Wurden Fälle aufgrund der Weltanschauung an Sie herangetragen und wie gingen Sie damit um?

c) Vorbereitung der Klage

14. Nehmen Sie die gesetzten Fristen als ausreichend wahr?
15. Schrecken Kosten und Dauer der Verfahren Betroffene davon ab eine Klage einzureichen?
16. Werden vorwiegend Fälle von Diskriminierung aufgrund eines Merkmales an Sie herangetragen?
17. Wie verfahren Sie bei Mehrfachdiskriminierungen?
18. Welche Erfahrungen machen Sie mit der PKH?
19. Waren Sie mit Fällen von möglichem AGG Rechtsmissbrauch konfrontiert?
20. Wie nehmen Sie die Notwendigkeit der Beweismittelsicherung wahr?
21. Welche Erfahrungen haben Sie mit der Umkehr der Beweislast gemacht?
22. Welche Faktoren beeinflussen einen außergerichtlichen oder gerichtlichen Weg?
23. Haben Sie Erfahrungen mit Testing-Verfahren oder mit der Nutzung von Statistiken?
24. Treten Problem auf bei der vermeintlichen Zugehörigkeit zu einer Gruppe?
25. Wurden Fälle von assoziierter Diskriminierung an Sie herangetragen?

14.00 – 14.45	*Mittagessen*

14.45

d) Begleitung der Klage

26. Welche Erfahrungen haben Sie mit einer Beistandschaft gemacht?
27. Wenn ja, tragen Sie direkt zur juristischen Auseinandersetzung bei?
28. Wie schätzen Sie bei zivilrechtlichen Klagen die Notwendigkeit ein, ein Schlichtungsverfahren zu durchlaufen?
29. Wie schätzen Sie die Option der Prozessstandschaft oder eines Verbandsklagerechtes ein?
30. Welche Möglichkeiten sollte ein Verbandsklagerecht eröffnen?
31. Haben Sie ausreichenden Zugang zu AGG-Fachanwält*innen?
32. Wie gestaltet sich die Zusammenarbeit mit RA?
33 Wie nehmen Sie die Atmosphäre im Gericht wahr?
34. Wie nehmen Sie die Fachkenntnisse der Richter*innen im AGG wahr?

Pause

e) Evaluierung

35. Nehmen Sie verhängte Sanktionen als wirksam und abschreckend wahr?
36. Welche Änderungen zum AGG schlagen Sie vor?
37. Sehen Sie die im AGG gelisteten Merkmale als ausreichend an?
38. Scheinen Ihnen angemessene Vorkehrungen im AGG ausreichend reflektiert?
39. Ist der Diskriminierungsschutz durch § 3 Abs. 3 des GG für das staatliche Handeln ausreichend?

f) Sonstige Fragen

40. Schätzen Sie das Mandat der ADS als ausreichend ein?
41. Welche Relevanz sehen Sie für die Entwicklung und Umsetzung von positiven Maßnahmen?
42. Welche Relevanz sehen Sie für die Entwicklung und Umsetzung von positiven Gleichbehandlungsverpflichtungen?
43. Sehen Sie Fortbildungsbedarf bezüglich des AGG für sich?

Offene Aspekte

17.00	Ende der Fokusgruppe

3. Moderationsleitfaden Fokusgruppe Anwält*innen (Berlin)

Moderationsleitfaden für den 1. März 2016

12.00 –14.00	Eröffnung und Begrüßung Einführung in die Zielsetzung und Verfahrensweise der Fokusgruppe Vorstellungsrunde Vervollständigung der Besprechungspunkte **a) Rechtliche Rahmenbedingungen und Fallanalyse** 1. Sehen Sie im AGG Defizite in der Umsetzung der EU-Richtlinien? 2. Nehmen Sie Schutz- und Regelungslücken im AGG wahr? 3. Ist der Anwendungsbereich des AGG ausreichend für die an Sie herangetragenen Fälle? 4. Fallen von Ihnen bearbeitete Diskriminierungsfälle in andere Rechtsrahmen?

5. Schränken die Ausnahmeregelungen (§ 9, Religion und § 19 (3) und (5), Wohnraum, Versicherungen) den Klageweg (un)angemessen ein?
6. Haben Sie Fälle von direkter (unmittelbarer) und indirekter (mittelbarer) Diskriminierung argumentiert?
7. § 3 AGG sieht die Schaffung eines feindlichen Umfeldes vor in Fällen von (sexueller) Belästigung. Setzt dies den von Ihnen begleiteten Fällen (un)angemessene Grenzen?
8. Hatten Sie Fälle einer vermeintlichen Zuordnung zu Diskriminierungsmerkmalen?
9. Liegen Ihnen Erfahrungen mit innerbetrieblichen Beschwerdestellen vor?
10. Haben Sie Fälle zum ‚kleinen Verbandsklagerecht' (§ 17 (2)) geführt. Welche Erfahrungen haben Sie damit gemacht?
11. Hatten Sie Fälle einer assoziierten Diskriminierung?
12. In Fällen von rechtlichen Dreieckskonstellationen ist nicht immer eindeutig, wer die Beklagte darstellt. Welche Erfahrung machen Sie hier im Besonderen mit Selbstständigen, Honorarkräften, Leiharbeiter*innen, etc.?
13. Haben Sie Diskriminierungsfälle aufgrund der Weltanschauung geführt? Welche Herausforderungen ergeben sich hier?
14. Haben Sie Kläger*innen begleitet, die vom Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch gemacht haben?
15. Liegen Ihnen Erfahrungen zu Fällen von Diskriminierung im Bereich Bildung/berufliche Bildung vor?
16. Wie schätzen Sie das Prozessrisiko ein?
17. Sehen Sie den Aufwand einer AGG-Klage mit der möglichen Entschädigung als ausgewogen an?
18. Wie schätzen Sie die mögliche Option eines Kontrahierungszwanges im Zugang zu Waren und Dienstleistungen ein?
19. Haben Sie bei Ihren Fällen möglichen Rechtsmissbrauch wahrgenommen?

14.00–14.45	*Mittagspause*
14.45	**b) rechtliche Strategie**

20. Nutzen Sie völker- oder menschenrechtliche Standards in Ihrer Argumentation?
21. Kooperieren Sie bei Diskriminierungsfällen mit einer Beratungsstelle oder NGO?
22. Argumentieren Sie aufgrund eines Diskriminierungsgrundes oder ggf. auch aufgrund von mehreren?
23. Nehmen Sie die gesetzlichen Fristen als ausreichend wahr?
24. Welche Erfahrungen machen Sie mit der Sicherung von Beweismitteln?
25. Nehmen Sie die Beweislast/Beweislastumkehr als zweckmäßig wahr?
26. Erscheinen Ihnen die Entschädigung/der Schadensersatz wirksam und abschreckend?
27. Welche Erfahrungen machen Sie mit der PKH?
28. Wie schätzen Sie die Möglichkeit einer Prozessstandschaft oder eines Verbandsklagerechtes ein?
29. Erleben Sie Kommunikationsbarrieren mit Kläger*innen?
30. Haben mögliche Klagekosten Auswirkungen auf die Bereitschaft, zu klagen?
31. Welche Faktoren bedingen die Wahl eines gerichtlichen oder außergerichtlichen Bearbeitungsweges?

c) außergerichtlich

32. Welche Erfahrung haben Sie mit vorgeschalteten Schlichtungsverfahren?

d) Sonstige Fragen

33. Welchen Ergänzungsbedarf sehen Sie beim AGG im Anwendungsbereich?
34. Würden Sie dafür plädieren, die Liste der Diskriminierungsgründe zu ergänzen?
35. Sähen Sie Bedarf, das Mandat der ADS zu stärken?
36. Sehen Sie Fortbildungsbedarfe für RAs?

Offene Aspekte

17.00	Ende der Fokusgruppe

4. Moderationsleitfaden Fokusgruppe Anwält*innen (Hannover)

Moderationsleitfaden für den 8. März 2016

12.00 – 14.00	Eröffnung und Begrüßung Einführung in die Zielsetzung und Verfahrensweise der Fokusgruppe Vorstellungsrunde Vervollständigung der Besprechungspunkte

a) Rechtliche Rahmenbedingungen und Fallanalyse

1. Sehen Sie im AGG Defizite in der Umsetzung der EU-Richtlinien?
2. Nehmen Sie Schutz- und Regelungslücken im AGG wahr?
3. Ist der Anwendungsbereich des AGG ausreichend für die an Sie herangetragenen Fälle?
4. Fallen von Ihnen bearbeitete Diskriminierungsfälle in andere Rechtsrahmen?
5. Schränken die Ausnahmeregelungen (§ 9, Religion und § 19 (3) und (5), Wohnraum, Versicherungen) den Klageweg (un)angemessen ein?
6. Haben Sie Fälle von direkter (unmittelbarer) und indirekter (mittelbarer) Diskriminierung argumentiert?
7. § 3 AGG sieht die Schaffung eines feindlichen Umfeldes vor in Fällen von (sexueller) Belästigung. Setzt dies den von Ihnen begleiteten Fällen (un)angemessene Grenzen?
8. Hatten Sie Fälle einer vermeintlichen Zuordnung zu Diskriminierungsmerkmalen?
9. Liegen Ihnen Erfahrungen mit innerbetrieblichen Beschwerdestellen vor?
10. Haben Sie Fälle zum ‚kleinen Verbandsklagerecht' (§ 17 (2)) geführt. Welche Erfahrungen haben Sie damit gemacht?
11. Hatten Sie Fälle einer assoziierten Diskriminierung?
12. In Fällen von rechtlichen Dreieckskonstellationen ist nicht immer eindeutig, wer die Beklagte darstellt. Welche Erfahrung machen Sie hier im Besonderen mit Selbstständigen, Honorarkräften, Leiharbeiter*innen, etc.?
13. Habe Sie Diskriminierungsfälle aufgrund der Weltanschauung geführt? Welche Herausforderungen ergeben sich hier?
14. Haben Sie Kläger*innen begleitet, die vom Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch gemacht haben?

15. Liegen Ihnen Erfahrungen vor zu Fällen von Diskriminierung im Bereich Bildung/berufliche Bildung?
16. Wie schätzen Sie das Prozessrisiko ein?
17. Sehen Sie den Aufwand einer AGG-Klage mit der möglichen Entschädigung als ausgewogen an?
18. Wie schätzen Sie die mögliche Option eines Kontrahierungszwanges im Zugang zu Waren und Dienstleistungen ein?
19. Haben Sie bei ihren Fällen möglichen Rechtsmissbrauch wahrgenommen?

14.00 – 14.45	Mittagspause
14.45	**b) rechtliche Strategie**

20. Nutzen Sie völker- oder menschenrechtliche Standards in Ihrer Argumentation?
21. Kooperieren Sie bei Diskriminierungsfällen mit einer Beratungsstelle oder NGO?
22. Argumentieren Sie aufgrund eines Diskriminierungsgrundes oder ggf. auch aufgrund von mehreren?
23. Nehmen Sie die gesetzlichen Fristen als ausreichend wahr?
24. Welche Erfahrungen machen Sie mit der Sicherung von Beweismitteln?
25. Nehmen Sie die Beweislast/Beweislastumkehr als zweckmäßig wahr?
26. Erscheinen Ihnen die Entschädigung/der Schadensersatz wirksam und abschreckend?
27. Welche Erfahrungen machen Sie mit der PKH?
28. Wie schätzen Sie die Möglichkeit einer Prozessstandschaft oder eines Verbandsklagerechtes ein?
29. Erleben Sie Kommunikationsbarrieren mit Kläger*innen?
30. Haben mögliche Klagekosten Auswirkungen auf die Bereitschaft, zu klagen?
31. Welche Faktoren bedingen die Wahl eines gerichtlichen oder außergerichtlichen Bearbeitungsweges?

c) außergerichtlich

32. Welche Erfahrung haben Sie mit vorgeschalteten Schlichtungsverfahren?

d) Sonstige Fragen

33. Welchen Ergänzungsbedarf sehen Sie beim AGG im Anwendungsbereich?
34. Würden Sie dafür plädieren, die Liste der Diskriminierungsgründe zu ergänzen?
35. Sähen Sie Bedarf, das Mandat der ADS zu stärken?
36. Sehen Sie Fortbildungsbedarfe für RAs?

Offene Aspekte

17.00	Ende der Fokusgruppe

5. Interviewleitfaden Richter*innen

Nr. Abhaken, wenn Frage erledigt!	Begrüßung – Vielen Dank zunächst, dass Sie sich die Zeit für dieses Interview nehmen. Ich hatte Ihnen ja geschrieben, es ist eines von ca. zehn Interviews, die das Büro Recht und Wissenschaft im Rahmen einer Studie zur Evaluation des AGG im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes neben einer rechtswissenschaftlichen Analyse durchführt. Wir haben Richter*innen (so auch Sie) um Interviews gebeten, die in den letzten zwei Jahren mindestens ein AGG-Verfahren bearbeitet haben. Das Gespräch soll etwa eine Stunde dauern. Ich würde dann das Aufnahmegerät einschalten, einverstanden? AUFNAHMEGERÄT EINSCHALTEN! In diesem Interview wünschen wir uns möglichst ausführliche Darstellungen Ihrerseits, aus Ihrer Erfahrung und Praxis. Besonders interessieren uns Fragen der Anwendung und Handhabbarkeit des AGG.	Platz für Notizen, Nachfragen
A	**Globale offene Fragen:**	

1	[Aufwärmfrage] Vielleicht können Sie zu Beginn einmal skizzieren, welche Rolle das AGG in Ihrer **Rechtsprechungspraxis** spielt? – Bildet das AGG einen Schwerpunkt Ihrer Tätigkeit, wie würden Sie das einordnen? – Wie viele AGG-Verfahren (ungefähr) hatten Sie seit 2006? – Wie viele AGG-Verfahren hatten Sie in den letzten 12 Monaten? Werden es mehr?
2	Wenn Sie an diese Fälle zurückdenken: Welchen Beitrag leistet das AGG in seiner jetzigen Form zur Verhinderung und Beseitigung von Benachteiligung?
B	**Fragen zu einzelnen Normtatbeständen** – Jetzt möchte ich Ihnen einige Fragen zu einzelnen Normtatbeständen stellen.
1	War es bei einem der von Ihnen bearbeiteten Verfahren zweifelhaft, ob die behauptete Diskriminierung von den in § 1 AGG genannten **Diskriminierungskategorien** (also „Rasse“, ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion/Weltanschauung, Behinderung, Alter, sexuelle Identität) erfasst war? [*Wenn nein, nächste Frage, wenn ja:*] Bitte berichten Sie! Halten Sie die Bezeichnung und Auswahl der Kategorien für sachgerecht?

2	Die Diskriminierungskategorien können ja auch in Kombination – als **Mehrfachdiskriminierung** – in einer Klage von Bedeutung sein. Hatten Sie bereits Verfahren wegen Mehrfachdiskriminierung? [*Wenn nein, nächste Frage, wenn ja:*] Hatte das Auswirkungen auf das Verfahren/die Entscheidung?
3	Hatten Sie bereits ein Verfahren, in dem sich die Frage gestellt hat, ob eine Ungleichbehandlung **gerechtfertigt** [*z. B. §§ 8, 9*]oder eine Benachteiligung vom Anwendungsbereich des AGG **ausgeschlossen** war [*z. B. § 19 V AGG*]? Wenn ja, berichten Sie bitte! [*Egal, ob ja/nein, folgende Frage stellen.*] Wie bewerten Sie den Umfang der im AGG geregelten Rechtfertigungsgründe und Ausnahmen?
4	Hatten Sie bereits Verfahren wegen **mittelbarer** Diskriminierung? [*Egal, ob ja/nein, folgende Frage stellen.*] Würden Sie die Einschätzung teilen, dass diese Form der Diskriminierung nur selten die Gerichte erreicht und wenn ja, woran liegt das? Zum Nachweis mittelbarer Diskriminierung sind ja Statistiken zugelassen, wie könnte das konkret aussehen? Werden Statistiker oder Sozialforscher als Sachverständige geladen?
5	Haben Sie Verfahren bearbeitet, bei denen es um die Zulässigkeit sog. **Positiver Maßnahmen** nach § AGG ging? [*Wenn nein, nächste Frage, wenn ja:*] Wenn nein, bitte berichten Sie!

6	Hatten Sie ein AGG-Verfahren, in dem es um eine **vertragliche Dreieckskonstellation** ging? [*Wenn nein, nächste Frage, wenn ja:*] Wie sind Sie damit umgegangen, könnten Sie das darstellen?
7	Zum **persönlichen Anwendungsbereich**: Hatten Sie eine Klage von Selbstständigen zu bearbeiten? [*Wenn nein, nächste Frage, wenn ja:*] Können Sie von dieser besonderen Konstellation berichten?
8	Hatten Sie Fälle von Diskriminierung in der **Beruflichen Bildung oder Weiterbildung?** [*Wenn nein, nächste Frage, wenn ja:*] Wie sind Sie damit umgegangen, könnten Sie das darstellen?
9	Hat sich das **Maßregelungsverbot** des § 16 AGG in Ihren Augen in der Praxis bewährt und ist es durchsetzbar?
10	Bei einigen Vorschriften des AGG wird die **Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht** angezweifelt. Wurde das in einem Ihrer Verfahren bereits relevant? Wenn ja: Wie sind Sie damit umgegangen? Wenn nein: Wie würden Sie damit umgehen? Legen Sie selbstständig verfassungs- oder richtlinienkonform aus? Oder legen Sie den Fall dem EuGH bzw. BVerfG vor?
C	**Fragen zur Rechtsdurchsetzung** – Jetzt geht's um die Durchsetzung des AGG; beginnen wir mit dem Thema Beweisbarkeit:

1	Wie gehen Sie mit der **Beweislastregelung** in § 22 AGG um? Es wäre schön, wenn Sie das einmal darstellen könnten, vielleicht an einem konkreten Fall.
2	Bitte nennen Sie uns Beispiele für **Indizien**, die zum Nachweis einer Diskriminierung zugelassen würden?
3	Welchen Einfluss hat die Verwendung der **Testing-Methode** beim Vorbringen von Indizien bzw. Beweisen?
4	Nun zum Thema Entschädigung/Schadensersatz: Haben Sie Verfahren bearbeitet, bei denen Ansprüche auf **Schadensersatz bzw. Entschädigung** zugesprochen wurden? [*Wenn nein, nächste Frage, wenn ja:*] Können Sie darüber berichten? Anhand welcher Kriterien bemessen Sie die **Höhe der Entschädigung** in einem Diskriminierungsfall (bzw. würden Sie sie bemessen)? Welche weiteren Ansprüche (z. B. Unterlassung, Beseitigung, Feststellung der Diskriminierung) wurden in den von Ihnen bearbeiteten AGG-Fällen geltend gemacht?
5	Wie bewerten Sie die Länge der gesetzlich festgelegten **Fristen** zur Geltendmachung der Ansprüche auf Schadensersatz und Entschädigung?
6	[Nur an Arbeitsrichter*innen:] Welche Bedeutung hat nach Ihrer Einschätzung das in § 13 AGG geregelte **Beschwerderecht** für die Rechtsdurchsetzung?

7	Hatten Sie einen Fall, von dem Sie berichten können, wo es zu **Gütlicher Einigung** kam (insbesondere zu einer Entschädigung als Abfindung bei Vergleichsabschluss)? Wenn nein, weiter!
8	Wurde in Ihren AGG-Verfahren **Prozesskostenhilfe** (PKH) gewährt? Wenn nein, nächste Frage, wenn ja, bitte berichten Sie! Wurden bei Ihnen Verfahren aus Kostengründen/mangels PKH abgebrochen?
D	**Fragen zur kollektiven Rechtsdurchsetzung** – Nun habe ich einige Fragen zur Unterstützung der Klagepartei durch Beistände und Verbände:
1	Nun zum Stichwort **Beistandschaft**/Prozessstandschaft/Verbandsklage – Haben Sie Erfahrungen mit Beistandschaften durch Antidiskriminierungverbände gemacht? [*Wenn nein, nächste Frage, wenn ja:*] Welche? Bitte erzählen Sie!
2	Wie bewerten Sie die Forderung nach einem **Verbandsklagerecht** im AGG? Sollte der Gesetzgeber ein Verbandsklagerecht einführen: Welche Verbände sollten ein solches Recht haben? Wie bewerten Sie in diesem Zusammenhang die jetzigen Befugnisse der Antidiskriminierungsstelle des Bundes? Welche Auswirkungen hätte ein Verbandsklagerecht nach Ihrer Einschätzung auf das gerichtliche Verfahren?

3	[Nur an Arbeitsrichter*innen:] Sind Ihnen Fälle bekannt, in denen **Betriebsräte oder Gewerkschaften** ein Beschlussverfahren nach § 17 AGG eingeleitet haben?
E	**Weitere Themen**
1	Wie würden Sie die **Atmosphäre** in AGG-Verhandlungen beschreiben? Gibt es Unterschiede oder Besonderheiten im Vergleich zu anderen Verfahren?
2*	[Frage nur an Arbeitsrichter:] Gibt es Unterschiede, wie Sie sich zu Diskriminierungsfällen mit den ***ehrenamtlichen* Richter*innen** beraten, im Vergleich zu den anderen in Ihrer Kammer anhängigen Sachen?
3	Wie bewerten Sie die Arbeit der **Anwält*innen** in AGG-Verfahren?
4	Geben Sie häufig **richterliche Hinweise**?
5	Sehen Sie beim AGG Möglichkeiten des **Rechtsmissbrauchs?** Wie prüfen Sie ihre Fälle bzgl. Missbrauchs? (Da gibt es ja das Stichwort AGG-Hopping)
F	**Aus- und Fortbildung im AGG-Bereich**
1	Wie sind Sie in Ihrer **Aus- und Weiterbildung** mit dem AGG in Berührung gekommen?

2	Werden **Fortbildungen** wurden angeboten? [*Wenn ja:*] Haben Sie teilgenommen? [*Wenn ja:*] Wo und wie zufriedenstellend waren diese? [Egal ja/nein, weiter:)] Besteht bei Ihnen persönlich (weiteres) Interesse an Fortbildung zum AGG? [Bei nein: ENDE, bei ja:] Zu welchen Aspekten des AGG speziell würden Sie gerne Fortbildungsangebote sehen?
G	**Fazit**
1	Zum Abschluss: Gibt es Ihrer Ansicht nach **Änderungsbedarf** beim AGG? Wenn ja, was sollte geändert werden? – Sehen Sie bestimmte Regelungslücken? Wenn ja, wo? – Welche Empfehlungen würden Sie dem Gesetzgeber geben?

Das war's von meiner Seite, ich habe alle Fragen gestellt. Gibt es Ihrerseits noch etwas, was Sie ergänzen möchten?
Danken! Nach Feedback fragen (sind Sie zufrieden, haben Sie es sich so vorgestellt?)
Einverständniserklärung unterschreiben lassen!

(Nachfragen oder recherchieren, bitte Angaben zur Dokumentation eintragen):
Wie lange arbeiten Sie schon als Richter*in?
Wann und wo absolvierten Sie Ihre Ausbildung/Studium?
Vorherige Positionen?

6. Fragebogen Verbände

A. Fragen zu den Beschwerden

Frage 1:
In welchem Umfang sind Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber in Deutschland von Beschwerden und Klagen nach dem AGG betroffen?
a) Seit dem Inkrafttreten des AGG am 18. August 2006?

Antwort:

b) In den letzten 12 Monaten? Steigt die Zahl der Verfahren oder sinkt sie?

Antwort:

Frage 2:
Wie verteilen sich diese Beschwerden und Klagen auf
a) die in § 1 AGG gennanten Kategorien (also „Rasse", ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion/Weltanschauung, Behinderung, Alter, sexuelle Identität)? Wie viele Fälle von sog. Mehrfachdiskriminierung gab es?

Antwort:

b) die in § 2 AGG genannten Anwendungsfelder des Gesetzes?

Antwort:

c) die in § 3 AGG genannten Formen von Benachteiligung?

Antwort:

B. Fragen zu den Normtatbeständen

Frage 3:
Halten Sie die Bezeichnung und Auswahl der in § 1 AGG genannten Kategorien für sachgerecht? Würden Sie empfehlen, diese im Gesetz genauer zu definieren?

Antwort:

Frage 4:

a) Halten Sie den Anwendungsbereich der Benachteiligungsverbote des AGG für sachgerecht?

Antwort:

b) Wie schätzen Sie die Anwendung des AGG auf Fälle von Benachteiligungen in der beruflichen Bildung oder Weiterbildung ein?

Antwort:

c) Wie schätzen Sie die Anwendbarkeit des AGG auf Selbstständige und Honorarkräfte ein?

Antwort:

d) Würden Sie eine Ausweitung des AGG auf staatliches Handeln (Bildung, Polizei, Verwaltung) befürworten?

Antwort:

Frage 5:

a) Halten Sie die im AGG definierten Diskriminierungsformen für sachgerecht?

Antwort:

b) Würden Sie die Einschätzung teilen, dass Fälle mittelbarer Diskriminierung nur selten die Gerichte erreichen? Wenn ja, was sind Ihrer Meinung nach dafür die Gründe?

Antwort:

c) Wie bewerten Sie das Merkmal des „feindlichen Umfeldes“ als Voraussetzung für eine Belästigung i. S. d. AGG?

Antwort:

Frage 6:
Halten Sie die Reichweite der im AGG geregelten Rechtfertigungsgründe und Ausnahmen für sachgerecht?

Antwort:

Frage 7:
Halten Sie die in § 12 AGG geregelten Maßnahmen und Pflichten der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber für sachgerecht und umsetzbar?

Antwort:

C. Fragen zur Rechtsdurchsetzung

Frage 8:
Sind Sie der Auffassung, dass in Deutschland genügend auf das Antidiskriminierungsrecht spezialisierte Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte zur Verfügung stehen?

Antwort:

Frage 9:
Wie bewerten Sie das in § 14 AGG geregelte Leistungsverweigerungsrecht?

Antwort:

Frage 10:
Wie bewerten Sie die in §§ 15 und 21 AGG geregelten Fristen?

Antwort:

Frage 11:
Wie bewerten Sie das in § 16 AGG geregelte Maßregelungsverbot?

Antwort:

Frage 12:
a) Wird die Regelung des § 22 AGG zur Beweislast nach Ihrer Erfahrung dem Ziel des Gesetzgebers gerecht, die Beweislast in den Fällen umzukehren, in denen die Partei, die sich auf eine Benachteiligung beruft, dem ersten Anschein nach diskriminiert ist, aber aufgrund der spezifischen Situation kein wirksames Mittel hätte, um ihre Rechte durchzusetzen?

Antwort:

b) Wie bewerten Sie die Verwendung von Testing-Verfahren zur Gewinnung von Indizien bzw. Beweisen? Sehen Sie hier gesetzlichen Änderungsbedarf?

Antwort:

Frage 13:
Entsprechen die Regelungen der §§ 15 und 21 AGG zu Entschädigung und Schadensersatz nach Ihrer Einschätzung den Vorgaben des Unionsrechts, wonach Sanktionen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen?

Antwort:

Frage 14:
Wie bewerten Sie das in § 13 AGG geregelte Beschwerderecht – auch mit Blick auf seine praktische Umsetzung in den Betrieben?

Antwort:

Frage 15:
Welche Erfahrungen haben Sie mit außergerichtlichen gütlichen Einigungen gemacht?

Antwort:

Frage 16:
Sehen Sie beim AGG besondere Möglichkeiten des Rechtsmissbrauchs? Wenn ja, wie ließen sich die Möglichkeiten einschränken, ohne eine effektive Rechtsdurchsetzung in anderen Fällen zu gefährden?

Antwort:

D. Frage zur kollektiven Rechtsdurchsetzung

Frage 17:
Wie bewerten Sie die in § 23 AGG vorgesehene Möglichkeit der Beistandschaft durch Antidiskriminierungsverbände?

Antwort:

Frage 18:
a) Wie bewerten Sie die Forderung nach einem Verbandsklagerecht im AGG?

Antwort:

b) Wie sollte dieses ausgestaltet sein (z. B. Recht auf Prozessstandschaft/ echtes Verbandsklagerecht)?

Antwort:

c) Welche Verbände sollten ein solches Recht haben?

Antwort:

Frage 19:
a) Wie bewerten Sie die gesetzlich geregelten Aufgaben und Befugnisse der Antidiskriminierungsstelle des Bundes?

Antwort:

b) Wie bewerten Sie die Personal- und Sachausstattung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes?

Antwort:

c) Wie bewerten Sie die Unabhängigkeit der Antidiskriminierungsstelle des Bundes?

Antwort:

E. Positive Maßnahmen

Frage 20:
Wie bewerten Sie die Regelung zu Positiven Maßnahmen in § 5 AGG mit Blick auf die Umsetzung in Deutschland?

Antwort:

Frage 21:
Würden Sie eine stärkere Verbindlichkeit positiver Maßnahmen, wie sie z. B. in Großbritannien gesetzlich verpflichtend eingeführt wurde, für die öffentliche Hand/die Privatwirtschaft befürworten?

Antwort:

Frage 22:
Wie bewerten Sie die Pflicht zum Vorhalt „angemessener Vorkehrungen" zugunsten von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mit einer Behinderung auch mit Blick auf die dadurch entstehenden Belastungen für die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber?

Antwort:

F. Zum Abschluss

Frage 23:
Welchen Beitrag leistet das AGG in seiner jetzigen Form zur Verhinderung und Beseitigung von Benachteiligungen?

Antwort:

Frage 24:
Gibt es Ihrer Ansicht nach Änderungsbedarf beim AGG? Wenn ja, was sollte geändert werden?

Antwort:

Frage 25:
Welchen Aus- und Fortbildungsbedarf sehen Sie bei Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten, aber auch bei Richterinnen und Richtern?

Antwort:

Frage 26:
Gibt es Ihrerseits noch etwas, was Sie ergänzen möchten?

Antwort:

7. Fragebogen Deutscher Gewerkschaftsbund

A. Allgemeine Fragen

1. Frage (DGB Rechtsschutz GmbH):
Wie viele der von der DGB Rechtsschutz GmbH bearbeiteten Verfahren hatten eine (vermeintliche oder tatsächliche) Benachteiligung im Sinne des AGG zum Gegenstand:

... seit dem Inkrafttreten des AGG am 18. August 2006?
... in den letzten 12 Monaten? Steigt die Zahl der Verfahren oder sinkt sie?

a) Welche Kategorien nach § 1 AGG (also „Rasse“, ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion/Weltanschauung, Behinderung, Alter, sexuelle Identität) sind besonders häufig/selten relevant?

b) War bei einem der bearbeiteten Verfahren zweifelhaft, ob die behauptete Benachteiligung (unabhängig von der Beweisbarkeit) unter die Kategorien des § 1 AGG fällt?

B. Fragen zu den Normtatbeständen

2. Frage:
Halten Sie die Bezeichnung und Auswahl der in § 1 AGG genannten Kategorien für sachgerecht? Würden Sie empfehlen, diese im Gesetz genauer zu definieren?

3. Frage:
Halten Sie die Reichweite der im AGG geregelten Rechtfertigungsgründe und Ausnahmen für sachgerecht?

4. Frage:
Würden Sie die Einschätzung teilen, dass Fälle mittelbarer Diskriminierung nur selten die Gerichte erreichen? Wenn ja, was sind Ihrer Meinung nach dafür die Gründe?

5. Frage:
Wie schätzen Sie die Anwendbarkeit des AGG für Selbstständige und Honorarkräfte ein?

6. Frage:
Wie schätzen Sie die Anwendung des AGG auf Fälle von Benachteiligungen in der beruflichen Bildung oder Weiterbildung ein?

7. Frage:
Würden Sie eine Ausweitung des AGG auf staatliches Handeln (Bildung, Polizei, Verwaltung) befürworten?

C. Fragen zur Rechtsdurchsetzung

8. Frage:
Wird die Regelung des § 22 AGG zur Beweislast nach Ihrer Erfahrung dem Ziel des Gesetzgebers gerecht, die Beweislast in den Fällen umzukehren, in denen die Partei, die sich auf eine Benachteiligung beruft, dem ersten Anschein nach diskriminiert ist, aber aufgrund der spezifischen Situation kein wirksames Mittel hätte, um ihre Rechte durchzusetzen?

9. Frage:
Entspricht die Regelung des § 15 AGG zu Entschädigung und Schadensersatz nach Ihrer Einschätzung den Vorgaben des Unionsrechts, wonach Sanktionen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen?

10. Frage:
Wie bewerten Sie die in § 15 und § 21 AGG sowie in § 61 b Abs. 1 ArbGG geregelten Fristen?

D. Fragen zur kollektiven Rechtsdurchsetzung

11. Frage:
a) Wie bewerten Sie die Forderung nach einem Verbandsklagerecht im AGG? Wie sollte dieses ausgestaltet sein (z. B. Recht auf Prozessstandschaft/echtes Verbandsklagerecht)? Welche Verbände sollten ein solches Recht haben?

b) Wie bewerten Sie in diesem Zusammenhang die gesetzlich geregelten Aufgaben und Befugnisse der Antidiskriminierungsstelle des Bundes? Wie bewerten Sie die Unabhängigkeit der Antidiskriminierungsstelle des Bundes?

12. Frage:
Nach § 17 Abs. 1 AGG können Gewerkschaften im Rahmen ihrer Aufgaben und Handlungsmöglichkeiten (z. B. durch Mitgliederbetreuung im Betrieb sowie des gewerkschaftlichen Rechtsschutzes für benachteiligte Gewerkschaftsmitglieder) an der Verwirklichung des in § 1 AGG genannten Ziels mitwirken.

a) Sind diese Handlungsrechte in Ihrer Praxis oder in der Praxis der Mitgliedsgewerkschaften relevant? Skizzieren Sie anhand von Beispielen wie von diesen Rechten Gebrauch gemacht wird?

Wenn die Handlungsrechte in der Praxis wenig relevant sind, was ist Ihrer Einschätzung nach der Grund dafür?

Wenn ja, was hat § 17 Abs. 1 AGG zur Verbesserung der Diskriminierung beigetragen?

b) Wie könnten die durch § 17 Abs. 1 AGG eingeräumten Rechte noch verbessert werden?

13. Frage:
Nach § 17 Abs. 2 AGG i.V.m. § 23 Abs. 3 BetrVG können bei einem groben Verstoß des Arbeitgebenden gegen Vorschriften des AGG der Betriebsrat oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft ein Beschlussverfahren einleiten.

Machen Betriebsräte und Gewerkschaften häufig von der Einleitung eines Beschlussverfahrens in diesem Zusammenhang Gebrauch?

Wenn nein, was könnten die Gründe dafür sein?

Wie bewerten Sie das Erfordernis eines groben Verstoßes?

Sollte Ihrer Ansicht nach die Einleitung eines Beschlussverfahrens erleichtert werden? Und wenn ja, wie könnte diese Erleichterung herbeigeführt werden?

14. Frage:
Sind Ihnen Beschwerdestellen nach § 13 AGG bekannt?
Falls nein, was könnte dazu beitragen, das Beschwerdestellen nach § 13 AGG eingerichtet werden?

Falls ja, berichten Sie von der Zufriedenheit der an einer Beschwerdestelle Beteiligten.

E. Fragen zu positiven Maßnahmen

15. Frage:
Wie bewerten Sie die Regelungen zu positiven Maßnahmen in § 5 AGG mit Blick auf die Umsetzung in Deutschland?

16. Frage:
Würden Sie eine stärkere Verbindlichkeit positiver Maßnahmen, wie sie z. B. in Großbritannien gesetzlich verpflichtend eingeführt wurde, für die öffentliche Hand/die Privatwirtschaft befürworten?

F. Fragen zur Aus-, Weiter- und Fortbildung

17. Frage:
a) Wie bewerten Sie den Stellenwert des AGG in der Schulung von Betriebsräten und Gewerkschaften/Gewerkschaftssekretär*innen?
b) Werden speziell zum AGG angebotene Schulungen häufig besucht?
c) Zu welchen Aspekten des AGG speziell würden Sie sich Fortbildungsangebote für Betriebsräte und Gewerkschaften wünschen?

G. Zum Abschluss

18. Frage:
Sehen Sie beim AGG besondere Möglichkeiten des Rechtsmissbrauchs? Wenn ja, wie ließen sich die Möglichkeiten einschränken, ohne eine effektive Rechtsdurchsetzung in anderen Fällen zu gefährden?

19. Frage:
Welchen Beitrag leistet das AGG in seiner jetzigen Form zur Verhinderung und Beseitigung von Benachteiligungen?

20. Frage:
Gibt es Ihrer Ansicht nach Änderungsbedarf beim AGG? Wenn ja, was sollte geändert werden?

21. Frage:
Gibt es Ihrerseits noch etwas, was Sie ergänzen möchten?

Herausgeberin:
Antidiskriminierungsstelle des Bundes
11018 Berlin
www.antidiskriminierungsstelle.de

Autor*innen:
Dr. Sabine Berghahn, Vera Egenberger, Micha Klapp,
Alexander Klose, Doris Liebscher, Dr. Linda Supik und
Alexander Tischbirek

Kontakt Beratung:
Tel.: 030 18 555-1865
(Mo. bis Fr., 9 bis 12 Uhr und 13 bis 15 Uhr)
Fax: 030 18 555-41865
E-Mail: beratung@ads.bund.de
Besuchszeiten nach Vereinbarung

Kontakt Zentrale:
Tel.: 030 18 555-1855
Fax: 030 18 555-41855
E-Mail: poststelle@ads.bund.de

Gestaltung: www.avitamin.de

Stand: Oktober 2016, 1. Auflage

Druck: Silber Druck oHG, Niestetal

Alle Rechte vorbehalten. Auch eine fotomechanische Vervielfältigung des Werkes (Fotokopie/Mikrokopie) oder von Teilen daraus bedarf der vorherigen Zustimmung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes.

ISBN: 978-3-8487-3561-7

Zehn Jahre nach Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) ziehen das Berliner Büro für Recht und Wissenschaft sowie die Rechtswissenschaftlerin Prof. Dr. Christiane Brors in dieser Evaluation Bilanz. In einer rechtswissenschaftlichen Analyse im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes werten die Autor*innen die Rechtsprechung sowie bestehende Vorgaben des Völker-, Unions- und Verfassungsrechts aus. Daneben befragten sie Rechtsanwält*innen, Berater*innen, Richter*innen sowie Verbände zu ihren Erfahrungen mit dem Gesetz, bestehenden Schutzlücken und der Notwendigkeit einer Gesetzesreform.