

## II.

### Was ist rechtlich eine Diskriminierung?

Eine Diskriminierung im rechtlichen Sinne ist eine Ungleichbehandlung einer Person aufgrund einer (oder mehrerer) rechtlich geschützter Diskriminierungskategorien ohne einen sachlichen Grund, der die Ungleichbehandlung rechtfertigt. Die Benachteiligung kann ausgedrückt sein z. B. durch das Verhalten einer Person, durch eine Vorschrift oder eine Maßnahme.

Diskriminierung = Benachteiligung + geschützte Diskriminierungskategorie + kein sachlicher Grund

<p>1.</p>	<p><b>Benachteiligung</b> (auch Schlechterbehandlung oder Ungleichbehandlung)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>  Beispiel Arbeitsmarkt: Einstellung oder Beförderung verweigert</li> <li>  Beispiel Jobcenter: Stellenangebote nicht weitergereicht</li> <li>  Beispiel Wohnungsmarkt: Wohnung nicht bekommen</li> <li>  Beispiel Dienstleistung: keinen Zugang zum Fitnessstudio, Restaurant, Club</li> <li>  Beispiel Gesundheitswesen: Behandlung verweigert</li> <li>  Beispiel Werbung: entwürdigende Darstellung</li> <li>  Beispiel Sicherheitsbehörden: Personenkontrolle durchgeführt</li> </ul>
<p>2.</p>	<p><b>Diskriminierungsgrund</b> (auch Diskriminierungsmerkmal, Diskriminierungskategorie)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>  Beispiel Arbeitsmarkt: Einstellung mit Verweis auf religiöses Kopftuch verweigert</li> <li>  Beispiel Jobcenter: Stellenangebot mit Verweis auf zu hohes Alter nicht weitergereicht</li> <li>  Beispiel Wohnungsmarkt: Wohnung wegen nicht deutscher Herkunft nicht bekommen</li> <li>  Beispiel Dienstleistung: Zugang zum Fitnessstudio, Restaurant, Club mit Verweis auf Behinderung verweigert</li> <li>  Beispiel Gesundheitswesen: Behandlung mit Verweis auf sexuelle Identität verweigert</li> <li>  Beispiel Werbung: Entwürdigende Darstellung knüpft an das Geschlecht an</li> <li>  Beispiel Sicherheitsbehörden: Personenkontrolle aufgrund rassistischer Zuschreibungen</li> </ul>
<p>3.</p>	<p><b>Kein sachlicher Grund</b> (Rechtfertigungsgrund)</p> <p>Beispiele für sachliche Gründe:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>  Arbeitsmarkt: Die Tätigkeit als Leiterin einer katholischen Einrichtung rechtfertigt die Anforderung einer katholischen Religionszugehörigkeit; die Tätigkeit in einer Migrantinnenberatungsstelle rechtfertigt die bevorzugte Einstellung von Migrantinnen</li> <li>  Jobcenter: Eine Stelle als Modell für Jugendmode rechtfertigt die Suche nach einer Person mit einem bestimmten Lebensalter</li> <li>  Beispiel Wohnungsmarkt: Barrierefreie Wohnungen, die speziell für Menschen mit Beeinträchtigungen eingerichtet wurden, rechtfertigen die Bevorzugung von älteren Menschen und Menschen mit Behinderungen</li> <li>  Beispiel Dienstleistung: Zugang zum Fitnessstudio, Restaurant, Club kann aufgrund von Jugendschutzgesetzen für Jugendliche beschränkt und z. B. nur in Begleitung von Erwachsenen gestattet sein</li> <li>  Werbung: Satirische Darstellungen können von der Kunstfreiheit gedeckt sein</li> </ul>

### **Diskriminierungsgrund – Diskriminierungsmerkmal – Diskriminierungskategorie**

§ 1 AGG spricht von „Diskriminierungsgründen“, in vielen Rechtstexten ist auch von „Diskriminierungsmerkmalen“ die Rede. Gemeint ist damit nicht, dass Merkmale oder Eigenschaften von Menschen ein legitimer Grund für Ungleichbehandlung sind. Diskriminierende Vorstellungen und Handlungen knüpfen zwar an persönliche Merkmale an, z.B. die Schattierung der Haut oder religiöse Symbole – die Aufzählung in § 1 AGG meint aber nicht diese Eigenschaften, sondern die Kategorien, die das Ergebnis sozialer Stereotypisierungen und ihnen innewohnender Abwertungen sind. Deshalb verwenden wir im Folgenden den Begriff „Diskriminierungskategorie“.

Der rechtliche Schutz gegen Diskriminierungen ist in Deutschland nicht einheitlich geregelt: Wer sich rechtlich gegen Diskriminierung wehren will, muss sich zunächst fragen, wer diskriminiert hat (privat oder staatlich) und welchen Lebensbereich es betrifft (Arbeitsleben/Geschäftsbereich). Denn es gibt unterschiedliche Diskriminierungsverbote. So gilt das Diskriminierungsverbot des AGG nicht für Diskriminierung durch Werbung, und das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG gilt nur für Diskriminierung durch staatliche Akteur\_innen (im Einzelnen siehe dazu Kapitel 1). Weiterhin bestehen Unterschiede zwischen Diskriminierungsverboten, die nur für die gesetzlich genannten Diskriminierungsgründe gelten (zum Beispiel Art. 3 Abs. 3 GG und das AGG), und allgemeinen Vorschriften, die auch bei anderen Diskriminierungserfahrungen greifen (zum Beispiel der zivilrechtliche Persönlichkeitsrechtsschutz und der Straftatbestand der Beleidigung). Bei der Suche nach Rechtsschutz muss auch beachtet werden, dass es in den unterschiedlichen Rechtsgebieten nicht nur verschiedene Diskriminierungsdefinitionen gibt, sondern auch z.T. unterschiedliche prozessuale Voraussetzungen gelten, wie etwa unterschiedliche Klagefristen. Dies wird in den jeweiligen Kapiteln unter der Überschrift „Durchsetzungsmöglichkeiten“ erläutert.

Bei der Suche nach Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Diskriminierung bieten sich deshalb folgende Prüfungsschritte an:

<b>Schritt 1 – besteht ein Rechtsanspruch wegen eines <b>ausdrücklichen Diskriminierungsverbotes</b>?</b>
Zum Beispiel: AGG, § 33c SGB I, Art. 3 Abs. 3 GG Ist der betroffene Lebensbereich geschützt? (z. B. Arbeit, Werbung) Ist die betroffene Diskriminierungskategorie geschützt? (z. B. Geschlecht, sozialer Status) Ist die verantwortliche Person an das spezifische Diskriminierungsverbot gebunden? (z. B. Arbeitgeber, Arbeitskollegin)  JA → Sind die prozessualen Voraussetzungen eingehalten? JA → Anspruch besteht NEIN → weiter zu Schritt 2
<b>Schritt 2 – greift eine <b>allgemeine Rechtsvorschrift</b>?</b>
z. B. § 823 BGB, § 185 StGB, Art. 3 Abs. 1 GG JA → Anspruch nach Voraussetzungen des Rechtsgebietes geltend machen NEIN → Es besteht kein Anspruch, Möglichkeiten außerrechtlicher Intervention prüfen

Im Folgenden werden die Diskriminierungsdefinitionen in den einzelnen Rechtsgebieten vorgestellt. Die konkreten Ansprüche und Voraussetzungen für ihre Geltendmachung finden sich dann in den darauf folgenden Kapiteln dieses Handbuchs.

## 2.1 Der Diskriminierungsschutz im AGG

Der Diskriminierungsbegriff des § 3 AGG geht auf die Gleichbehandlungsrichtlinien der Europäischen Union zurück. Das deutsche Recht verwendet den Begriff der Benachteiligung, wogegen das europäische Recht von Diskriminierung spricht. Gemeint ist das Gleiche: Eine benachteiligende Behandlung, die an einen Diskriminierungsgrund anknüpft und für die es keine sachlichen Rechtfertigungsgründe gibt, ist gesellschaftlich unerwünscht, also eine Diskriminierung. Daher wird sie gesetzlich sanktioniert und ist somit verbindlich untersagt.

Die rechtliche Prüfung einer Diskriminierung i. S. d. AGG erfolgt in drei Schritten:

<b>Schritt 1:</b>
<b>Sachlicher Anwendungsbereich des AGG (§ 2):</b> Wenn sich die Benachteiligung in folgenden Lebensbereichen ereignet, dann ist der Anwendungsbereich des AGG eröffnet: Beschäftigung und Beruf, Waren- und Dienstleistungsverkehr, Sozialschutz durch Private, private Bildungsträger
<b>Persönlicher Anwendungsbereich des AGG:</b> Das AGG verleiht Bewerber_innen, Beschäftigten und Auszubildenden Ansprüche gegenüber Arbeitgeber_innen und Vertragspartner_innen Ansprüche gegen ihre jeweiligen Vertragspartner_innen
<b>Schritt 2:</b>
<b>Kategorisierung + Benachteiligung</b> Es liegt eine Benachteiligung (Diskriminierungsform, § 3 AGG) vor, die unmittelbar oder mittelbar an eine rechtlich geschützte Diskriminierungskategorie (§ 1 AGG) anknüpft, wie z. B. Geschlecht, Behinderung oder rassistische Diskriminierung
<b>Schritt 3:</b>
<b>Kein sachlicher Grund</b> Die Benachteiligung ist nicht durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt. Welche Gründe anerkannt werden, ist je nach Lebensbereich, Diskriminierungskategorie und Diskriminierungsform unterschiedlich und ergibt sich aus den besonderen gesetzlichen Regelungen. Siehe dazu Kapitel 3.

Die rechtliche Prüfung von Rechtsfolgen einer Diskriminierung erfolgt in zwei Schritten:

<b>Schritt 1:</b>
<b>Ermitteln der Rechtsfolgen</b> § 15 Abs. 1-2 AGG; § 7 Abs. 2 AGG; § 21 Abs. 1-2 AGG Zum Beispiel: Unterlassung der diskriminierenden Handlung, Zahlung des begehrten gleichen Gehalts, Ersatz geldwerter Schäden, Entschädigung für die erlittene Persönlichkeitsrechtsverletzung (siehe im Einzelnen Kapitel 3.1. und 3.2.)
<b>Schritt 2:</b>
<b>Durchsetzbarkeit der Ansprüche</b> Fristen: §§ 15 Abs. 4 AGG, 61b Abs. 1 ArbGG Beweislast: § 22 AGG

## 2.1.1 Die geschützten Diskriminierungskategorien und -formen

### Die durch das AGG geschützten Diskriminierungskategorien ergeben sich aus § 1 AGG

- | Rassistische Diskriminierungen („Rasse“ und ethnische Herkunft)
- | Diskriminierungen wegen des Geschlechts
- | Diskriminierungen wegen Religion und Weltanschauung
- | Diskriminierungen wegen Behinderung
- | Diskriminierungen wegen des Lebensalters
- | Diskriminierungen wegen der sexuellen Identität

#### 2.1.1.1 Diskriminierende Zuschreibungen

Auf das Vorliegen tatsächlicher Merkmale kommt es für das Vorliegen einer Diskriminierung i.S.d. AGG nicht an. Deutlich wird das an den Kategorien „aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft“ (§ 1 AGG). Es gibt keine biologischen Menschenrassen, aber es gibt rassistische Zuschreibungen, die an physische Merkmale wie Haut- und Haarfarbe anknüpfen. Auch bei der ethnischen Herkunft kommt es nicht auf den Nachweis einer familiären Migrationsgeschichte oder das Zugehörigkeitsgefühl zu einer migrantischen Community an.

Eine Bewerberin, die benachteiligt wird, weil ihr aufgrund ihres Nachnamens eine türkische Abstammung unterstellt wird, kann sich auf das AGG (Diskriminierungskategorie: „Rasse“ oder ethnische Herkunft) berufen, egal ob bzw. in welcher Generation sie Verwandte aus der Türkei hat.

Dieses Prinzip kommt auch in § 7 Abs. 1 AGG zum Ausdruck. Danach liegt eine Diskriminierung auch dann vor, wenn die diskriminierende Person die benachteiligte Person einer Kategorie zuordnet, mit der diese sich gar nicht identifiziert. Zentral für Diskriminierungen, auf die das AGG reagiert, sind also Zuordnungen von Menschen zu bestimmten Gruppen und damit verbundene Zuschreibungen (diskriminierende Kategorisierungen).

Ein Mann, der am Arbeitsplatz benachteiligt wird, weil er irrtümlich für schwul (Kategorie: sexuelle Identität) gehalten wird, kann sich auf das AGG berufen.

### **2.1.1.2 Unmittelbare und mittelbare Anknüpfung an Diskriminierungskategorien**

Die Diskriminierungskategorien können unmittelbar oder mittelbar betroffen sein. § 1 AGG regelt abschließend, bei welchen Diskriminierungskategorien der Schutz des AGG greift. § 3 AGG unterscheidet verschiedene Formen, in denen sich Benachteiligungen ausdrücken können: Das AGG schützt vor unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierungen. Auch Belästigungen und sexuelle Belästigungen sind Diskriminierungen im Sinne des AGG, darauf wird in Kapitel 3.1 näher eingegangen. Unmittelbar diskriminierende Behandlungen knüpfen ausdrücklich an eine geschützte Kategorie an (§ 3 Abs. 1 AGG), so zum Beispiel wenn eine Vermieterin „nicht an Türken“ vermieten will.

Das AGG schützt außerdem vor mittelbarer Diskriminierung, § 3 Abs. 2. Das sind Benachteiligungen, die zwar nicht direkt an eine Diskriminierungskategorie anknüpfen, dem Anschein nach also neutrale Regelungen oder Verfahren sind, die aber faktisch Personen wegen einer AGG-Kategorie in besonderer Weise benachteiligen können. Hier kommt es auf die tatsächliche Wirkung an.

Eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts kann zum Beispiel vorliegen, wenn eine Regelung Teilzeitbeschäftigte benachteiligt. Grund ist, dass überwiegend Frauen davon negativ betroffen sind, auch wenn nicht alle Teilzeitbeschäftigten Frauen sind.

Durch das Verbot der mittelbaren Diskriminierung können also Benachteiligungen, die nicht ausdrücklich an Kategorien des § 1 AGG anknüpfen, in den Anwendungsbereich des AGG fallen.

Die Verweigerung von Dienstleistungen, Bankgeschäften oder Versicherungsverträgen gegenüber Menschen, die in bestimmten Stadtteilen leben, kann Migrant\_innen, die statistisch häufiger dort wohnen, mittelbar benachteiligen.

Eine allgemeine Kleidungs Vorschrift, die das Tragen von Kopfbedeckungen verbietet, kann Menschen, die aus religiösen Gründen ihr Haar bedecken, mittelbar diskriminieren.

### **2.1.2 Mehrdimensionale Diskriminierungen**

Das AGG erfasst auch mehrdimensionale Diskriminierungen. Diskriminierungen im wirklichen Leben beschränken sich nicht immer nur auf eine Kategorie des Rechts. Darauf reagiert das AGG und schützt auch vor Mehrfachdiskriminierungen (§ 4 AGG). Gemeint sind damit mehrdimensionale Diskriminierungen, also Benachteiligungen, die an verschiedene rechtliche Diskriminierungskategorien anknüpfen. Das betrifft zum einen Situationen, in denen eine Person aufgrund mehrerer Kategorien mehrfach benachteiligt wird.

Zum Beispiel kann eine Stellenausschreibung, in der „ein Verkäufer“ gesucht wird, der nicht „älter als 45 Jahre“ sein darf, eine ältere Frau in zweifacher Hinsicht diskriminieren (ArbG Stuttgart 05.09.2007 – 29 Ca 2793/07).

Zum anderen sind Fälle erfasst, bei denen mehrere Gründe spezifisch zusammenwirken. Diese werden auch als intersektionale oder mehrdimensionale Diskriminierungen bezeichnet.



Frauen, die einen Hijab (Kopftuch/Schleier) tragen, werden bei der Arbeitssuche oft benachteiligt. Sie sind nicht allein aufgrund ihres Geschlechts und nicht allein aufgrund ihrer Religion von diskriminierenden Zuschreibungen betroffen, sondern wegen der speziellen Kombination.

Darauf reagiert das AGG. Ein Unternehmen könnte sonst leicht argumentieren, es diskriminiere nicht, da es sowohl Frauen (nicht muslimischen Glaubens und auch Musliminnen ohne Kopfbedeckung) als auch muslimische Beschäftigte (Männer) anstelle. Oft beeinflussen zudem antimuslimische Ressentiments die diskriminierende Entscheidung, eine Frau mit Kopftuch nicht einstellen zu wollen. Empfehlenswert ist es daher, die Vielzahl der diskriminierenden Kategorisierungen zu benennen und Indizien vorzubringen, um eine mehrdimensionale Diskriminierung geltend zu machen.

### **2.1.3 Die einzelnen Diskriminierungskategorien des AGG**

#### **2.1.3.1 Diskriminierungskategorie rassistische Gründe oder ethnische Herkunft**

Die Kategorien „Rasse und ethnische Herkunft“ lassen sich nicht scharf voneinander abgrenzen. Das ist auch nicht nötig, sie können als rassistische Diskriminierungen bezeichnet werden. Die Brandenburgische Landesverfassung wurde bereits geändert, dort heißt es jetzt, dass niemand „aus rassistischen Gründen“ benachteiligt werden darf (Art. 12 Abs. 2). Umfasst sind zunächst unmittelbare Anknüpfungen an das äußere Erscheinungsbild, an den Namen, die Sprache, den Akzent, die Religion oder die Kleidung, mit denen eine bestimmte biologische Abstammung oder ethnokulturelle Herkunft assoziiert wird. Ob eine Person eine bestimmte Herkunft hat, ist nicht ausschlaggebend, es kommt nicht auf tatsächliche Unterschiede, sondern entscheidend auf die sozial stigmatisierende Fremdzuschreibung an.

Eine Beschäftigte, die mit Verweis auf schlechte Deutschkenntnisse und ihren russischen Akzent beleidigt und der gekündigt wird, ist unmittelbar rassistisch diskriminiert, weil mangelhafte Deutschkenntnisse in Zusammenhang mit ihrer Herkunft gebracht werden (LAG Bremen 29.06.2010 – 1 Sa 29/10).

Eine mittelbare rassistische Diskriminierung kann vorliegen, wenn als Einstellungsvoraussetzung das Beherrschen der deutschen (Mutter-)Sprache angegeben wird, obwohl sie für die beabsichtigte Tätigkeit nicht erforderlich ist (ArbG Hamburg 26.01.2010 – 25 Ca 282/09; ArbG Berlin 11.02.2009 – 55 Ca 16952/08).

Auch ein Anknüpfen an die vermeintliche oder tatsächliche Staatsangehörigkeit oder den Aufenthaltsstatus durch Arbeitgeber\_innen oder Vertragspartner\_innen kann eine unmittelbare rassistische Diskriminierung im Sinne des AGG sein, wenn es sich eigentlich um eine rassistische Zuschreibung handelt und die tatsächliche Staatsangehörigkeit gar keine Rolle spielt.

Eine Kontrolle der Staatsangehörigkeit oder des Aufenthaltsstatus durch Freizeiteinrichtungen wie Diskotheken ist unzulässig, weil in diesen Bereichen Staatsangehörigkeit und Aufenthaltsstatus keine Auswahlkriterien sein dürfen.

Eine Diskothek, die Gästen den Einlass aufgrund ihrer Hautfarbe, ihrer Sprache oder vermeintlichen Herkunft verwehrt, verstößt gegen das Diskriminierungsverbot des AGG unabhängig davon, ob die Türsteher\_innen vermeintlich an die Staatsangehörigkeit anknüpfen („Keine Ausländer heute!“). Ob es sich dabei um ausländische Studierende (AG Leipzig 18.05.2012 – 118 C 1036/12) oder Besucher mit deutscher Staatsangehörigkeit handelt, denen ein Migrationshintergrund oder eine nicht deutsche Staatsangehörigkeit zugeschrieben wird (OLG Stuttgart, Urteil vom 12.12.2011 – 10 U 106/11; AG Hannover 14.08.2013 – 462 C 107/4412), spielt keine Rolle. Da von diesen Praktiken meist nur Männer betroffen sind, handelt es sich zudem um eine mehrdimensionale Diskriminierung (OLG Stuttgart 12.12.2011 – Az. 10 U 106/11).

Eine Benachteiligung aufgrund der Staatsangehörigkeit ist nur dann nicht von § 1 AGG erfasst, wenn es um ausländerrechtliche Regelungen geht, die eine bestimmte Staatsangehörigkeit voraussetzen.

Wenn ein Arbeitgeber die Einstellung eines philippinischen Staatsangehörigen verweigert, weil die Arbeitsagentur eine Arbeitsgenehmigung mit der Begründung ablehnt, in dem entsprechenden Wirtschaftszweig sei die Zahl der Arbeitslosen mit deutscher Staatsangehörigkeit zu hoch, handelt es sich nicht um eine rassistische Diskriminierung im Rechtssinn, denn diese Vorrangprüfung ist durch das Aufenthaltsgesetz und das SGB III vorgeschrieben.

Sofern staatliche Behörden beispielsweise bei der Gewährung von Leistungen an die Staatsangehörigkeit anknüpfen, greift das AGG nicht, da die Diskriminierungsverbote des AGG sich im Wesentlichen (d.h. abgesehen von § 24 AGG) nur an Privatpersonen bzw. privatrechtlich handelnde Akteur\_innen richten. In diesen Fällen bleibt zu prüfen, ob ein Verstoß gegen Art. 3 GG in Betracht kommt (vgl. hierzu 2.2.3).

Nicht vom AGG erfasst sind bisher nach überwiegender Rechtsauffassung Benachteiligungen aufgrund regionaler – zum Beispiel schwäbischer oder bayerischer – Herkunft. Auch die spezifische und in vielen Fällen stigmatisierende Diskriminierung aufgrund der Herkunft aus der ehemaligen DDR gilt nicht als rassistische bzw. ethnische Diskriminierung i. S. d. AGG (ArbG Stuttgart, Urteil vom 15.04.2010 – 17 Ca 8907/09).

Hier bleibt aber zu prüfen, ob ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) in Betracht kommt (insbesondere relevant bei Handeln staatlicher Behörden) oder ein Verstoß gegen allgemeine Regeln des BGB (Verletzung des Persönlichkeitsrechts).

Je nach Schwere der Persönlichkeitsrechtsverletzung kommt auch ein strafrechtlicher Verstoß in Betracht (beispielsweise: Beleidigung gemäß § 185 StGB).

### **2.1.3.2 Diskriminierungskategorie Geschlecht**

Vom Verbot geschlechtsspezifischer Diskriminierung erfasst sind Benachteiligungen aufgrund von sexistischen Stereotypisierungen und geschlechtsspezifischen Rollenzuweisungen sowie aufgrund der Geschlechtsidentität. Geschützt sind Frauen und Männer, soweit sie unmittelbar oder mittelbar als Frau oder Mann benachteiligt werden. Benachteiligungen aufgrund der Schwangerschaft stellen eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar (BAG 12.12.2013 – 8 AZR 838/12).

Mittelbare Diskriminierungen von Frauen können sich im Zusammenspiel mit dem Lebensalter zum Beispiel aufgrund des unterschiedlichen Renteneintrittsalters (BAG 15.02.2011 – 9 AZR 584/09, zu Vorruhestandsbezügen) ergeben, aber auch wegen der geringeren Körpergröße (VG Düsseldorf 02.10.2007 – 2 K 2070/07) oder der mehrheitlich von Frauen übernommenen Elternzeit (BAG 12.11.2002 – 1 AZR 58/0). Anforderungen wie Körpergröße, Renteneintrittsalter sind an sich geschlechtsneutral, wirken sich aber besonders benachteiligend auf Frauen aus.

Diskriminierungen wegen der Geschlechtsidentität treffen meist Menschen, die von der zweigeschlechtlichen Norm abweichen. Trans- und intergeschlechtliche Menschen können sich auf das Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts berufen (EuGH 30.04.1996 – C 13/94). Sie werden nach herrschender Rechtsmeinung nicht von der Kategorie „Sexuelle Identität“ erfasst (so formuliert es zu Unrecht die Gesetzesbegründung zum AGG), die einen geringeren Schutzzumfang als die Kategorie Geschlecht hat.

### **2.1.3.3 Diskriminierungskategorie Religion oder Weltanschauung**

Vom Diskriminierungsgrund Religion erfasst ist das tatsächliche Zugehörigkeitsgefühl zu Glaubensgemeinschaften mit einem transzendenten Bezug, z. B. Christentum, Judentum, Islam, Bahai, Buddhismus sowie die Religionsausübung. Scientology-Mitglieder können sich nach der bisherigen deutschen Rechtsprechung nicht auf die Zugehörigkeit zu einer Religion berufen (BAG 22.3.1995 – AZB 21/94).

Kleidervorschriften, z. B. das Verbot, eine Kopfbedeckung zu tragen, die gleichermaßen für alle Beschäftigten oder Kund\_innen gelten, aber bestimmten Religionsangehörigen den Zugang zu Beschäftigung oder Dienstleistungen unmöglich machen, können eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Religion darstellen (CGB – Equal Treatment Commission Niederlande – Entscheidung 2004-112).

Im Hinblick auf mögliche Rechtfertigungsgründe ist allerdings das Tragen eines Kopftuchs/Hijabs bereits tatbestandlich von einer Verhüllung, die auch das Gesicht ganz oder teilweise abdeckt, wie etwa beim sog. Niqab (nur die Augen sind sichtbar), zu unterscheiden (vgl. BayVGH 22.04.2014 – 7 CS 13.2592).

Denn wenn die offene Kommunikation von Angesicht zu Angesicht unterbunden wird, können funktionale Erfordernisse (vgl. § 8 Abs. 1 AGG) sowohl im Arbeitsverhältnis als auch in pädagogischen Prozessen und Bildungssituationen beeinträchtigt sein, was je nach Kontext u. U. zur Rechtfertigung der Einschränkung von religiöser Bekenntnisfreiheit führen kann.

Auch die Nichtzugehörigkeit zu einer bestimmten Religion wird durch diese Diskriminierungskategorie erfasst.

Wenn die Zugehörigkeit zu einer christlichen Kirche Voraussetzung für eine Beschäftigung bei der Diakonie oder Caritas ist, sind alle qualifizierten Bewerber\_innen, die nicht diese Religionszugehörigkeit besitzen, negativ davon betroffen. Das gilt z.B. für praktizierende und nicht praktizierende Muslime und Jüdinnen, aber auch für Bewerber\_innen, die aus der christlichen Kirche ausgetreten sind oder nie eine Religionszugehörigkeit besessen haben (ArbG Aachen 13.12.2012 – 2 Ca 4226/11).

Zu Einzelheiten zur Diskriminierung bei Beschäftigung durch religiöse Arbeitgeber vgl. Kapitel 3.

Wenn dagegen eine iranische Staatsangehörige, die sich auf eine Stelle einer Organisation mit christlicher Trägerschaft beworben hat, nicht zum Bewerbungsgespräch eingeladen wird, weil unterstellt wird, sie sei Muslima, handelt es sich darüber hinaus um eine Diskriminierung aufgrund ihrer Herkunft, die pauschal mit einer bestimmten Religionszugehörigkeit assoziiert wird.

Rassistische Diskriminierungen und Diskriminierungen aufgrund der Religion sind oft nicht leicht voneinander abzugrenzen. Antimuslimische und antisemitische Ressentiments und darauf basierende Diskriminierungen sind mit stigmatisierenden Bildern von Angehörigen nicht christlicher Religionen verknüpft. Dabei kommt es nicht zwingend auf das tatsächliche Praktizieren oder Zugehörigkeitsgefühl der diskriminierten Person zu einer Religion oder Konfession an. Auch hier hilft der Rückgriff auf den mehrdimensionalen Diskriminierungsbegriff weiter, diese Diskriminierungen können als Diskriminierungen aufgrund „Rasse und ethnischer Herkunft“ verbunden mit „Religion“ besser erfasst und geltend gemacht werden.

Weltanschauung bedeutet demgegenüber gesamtgesellschaftliche welterklärende Überzeugungen, die sich auf innerweltliche Bezüge stützen. Dazu zählt z. B. der Marxismus (ArbG Berlin 30.7.2009 – 33 Ca 5772/09), nicht aber die Tätigkeit in einem Betriebsrat (ArbG Wuppertal 01.03.2012 – 6 Ca 3382/11), einer Gewerkschaft (AG München 18.10.2012 – 423 C 14869/12) oder für das ehemalige Ministerium für Staatssicherheit (ArbG Berlin 30.07.2009 – 33 Ca 5772/09). Diskriminierungen aufgrund der Weltanschauung sind nur im arbeitsrechtlichen Teil des AGG geschützt.

#### **2.1.3.4 Diskriminierungskategorie Behinderung**

Die Gesetzesbegründung des AGG verweist auf den medizinisch-sozialen Behinderungsbegriff des § 2 Absatz 1 SGB IX und des Behindertengleichstellungsgesetzes (BGG): „Menschen sind behindert, wenn 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.“ Auf den anerkannten Grad der Behinderung kommt es dabei nicht an.

Seit 2009 gilt die UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) und damit ein erweitertes Verständnis von Behinderung. Behinderung ist danach kein individuelles Merkmal, sondern das Resultat einer Interaktion von Beeinträchtigungen und gesellschaftlichen Barrieren. Menschen mit Behinderungen sind danach solche, „die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Partizipation an der Gesellschaft hindern können“ (Art. 1 UN-BRK). Daher erfasst die Konvention auch chronische Erkrankungen und Folgen von Immunschwächekrankheiten, z. B. AIDS, aber auch Behinderungen, die bei pflegebedürftigen, älteren Menschen oder Menschen mit psychosozialen Problemen auftreten.

Auch chronische Krankheiten können also geschützt sein.

Der EuGH hat für den Bereich des Berufslebens klargestellt, dass ein Zustand, der durch eine ärztlich diagnostizierte heilbare oder unheilbare Krankheit verursacht wird, eine Behinderung darstellen kann. Diese Krankheit muss eine Einschränkung mit sich bringen, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist und in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren die betroffene Person an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben hindern kann (EuGH 11.04.2013 – C-335/11 und C-337/11, u. a. chronische Rückenbeschwerden, die dauerhafte Schmerzen im Lendenwirbelbereich bedingen).



Die Einschränkungen müssen also erstens schwer und zweitens von langer Dauer sein. Nur vorübergehende Krankheitszustände sind nicht geschützt (EuGH 11.07.2006 – C-13/05).

**Benachteiligungen aufgrund von genetischen Dispositionen**, die sich noch nicht in einer Beeinträchtigung manifestiert haben, sind nach derzeitiger Rechtslage wohl nicht vom AGG umfasst (OLG Karlsruhe 27.05.2010 – 9 U 156/09 für angeborene Muskelschwäche). Wer aufgrund genetischer Dispositionen im Arbeitsleben oder beim Abschluss von Versicherungsverträgen benachteiligt wird, kann sich auf die Benachteiligungsverbote der §§ 4 und 21 Gendiagnostikgesetz (siehe Kapitel 4.1.7) berufen, das für das Arbeitsleben auf § 15 (Ersatzansprüche) und § 22 (Beweislasterleichterung) AGG verweist.

Das BAG hat nunmehr aber klargestellt, dass ein Beschäftigter, der an einer HIV-Infektion ohne klinische Symptome erkrankt ist, i. S. d. AGG behindert ist, denn die gesellschaftliche Teilhabe von HIV-Infizierten sei „typischerweise durch Stigmatisierung und soziales Vermeidungsverhalten beeinträchtigt, die auf die Furcht vor einer Infektion zurückzuführen sind“ (BAG, 19.12.2013 – 6 AZR 190/12).

**Diskriminierungen aufgrund der körperlichen Erscheinung** können nur dann als behindernde Diskriminierung im Sinne des AGG geltend gemacht werden, wenn das Körpergewicht so hoch oder niedrig ist, dass es eine Beeinträchtigung i. S. d. Behinderungsdefinition erfüllt.

Die Rechtsprechung hat im Fall der abgelehnten Übernahme einer Bewerberin auf ein Beamtenverhältnis auf Probe entschieden, ein überdurchschnittliches Übergewicht stelle keine Behinderung dar, weil die Adipositas der Klägerin kein grundsätzliches Hindernis für die Teilhabe am Berufsleben bilde, da sie als Lehrkraft im Angestelltenverhältnis problemlos beschäftigt werde. Bei Adipositas fehle es bereits an der erforderlichen gesundheitlichen Eignung für die Übernahme in ein Beamtenverhältnis (auch auf Probe), wenn ein amtsärztliches Gutachten das Risiko häufiger Erkrankungen bzw. des Eintritts von Dienstunfähigkeit im konkreten Fall nicht ausschließt (VG Hannover, 19.11.2009 – 13 A 6085/08).

#### **2.1.3.5 Diskriminierungen wegen des Lebensalters**

Davon umfasst sind alle Lebensalter, wobei es nicht auf das kalendarische, sondern auf das biologische Lebensalter ankommt.

Eine Arbeitgeberin, die „jung aussehende“ Verkäufer\_innen sucht, muss sich das Diskriminierungsverbot des AGG vorhalten lassen. Eine Diskriminierung kann sich auch aus Höchstaltersgrenzen, zum Beispiel für Pilot\_innen, Flugingenieur\_innen, Notar\_innen oder staatlich anerkannte Sachverständige, ergeben.

Das BAG weist darauf hin, dass das AGG für Altersgrenzen gilt, die vor dem Inkrafttreten des AGG einzelvertraglich oder tarifvertraglich vereinbart wurden, sofern die Altersgrenze im Einzelfall erst mit oder nach Inkrafttreten des AGG erreicht wird (BAG, v. 15.02.2012 – 7 AZR 904/08).

Beim Lebensalter kann oft auch das Geschlecht mittelbar eine Rolle spielen. Deshalb sollte hier immer auch geprüft werden, ob eine mehrdimensionale Diskriminierung vorliegt (siehe oben Geschlecht).

Mittelbare Diskriminierungen aufgrund des Lebensalters können sich auch daraus ergeben, dass eine Besoldung nach Dienstaltersstufen auf der Grundlage des Einstellungsalters und nicht nach Berufserfahrung erfolgt (OVG Magdeburg 11.12.2012 – 1 L 9/12).

#### **2.1.3.6 Diskriminierungen wegen der sexuellen Identität**

Sexuelle Identität (oder sexuelle Orientierung/sexuelle Ausrichtung) verweist im Unterschied zur Geschlechtsidentität auf intime (sexuelle und emotionale) Beziehungen zu anderen Menschen. Erfasst sind hetero-, bi- und homosexuelle Lebensweisen, aber auch Menschen, die polyamouröse Beziehungen leben.

Benachteiligungen eingetragener Lebenspartnerschaften gegenüber der Ehe stellen eine unmittelbare Benachteiligung wegen der sexuellen Orientierung dar, weil nur homosexuelle Paare eine Lebenspartnerschaft eingehen können (BVerwG 28.10.2010 – 2 C 47.09).

Nicht erfasst ist der Familienstand an sich, deshalb können sich nicht eheliche heterosexuelle Paare, die gegenüber verheirateten Paaren benachteiligt werden, nicht auf das AGG berufen.

#### **2.1.4 Benachteiligung: die verbotenen Diskriminierungsformen**

Das Benachteiligungsverbot des AGG erstreckt sich sowohl auf individuelle Verhaltensweisen als auch auf Nachteile, die sich aus Gesetzen, Tarifverträgen, Verwaltungsvorschriften, Dienstanweisungen, Richtlinien, allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Verfahrensweisen ergeben.

Die diskriminierende Entscheidung, eine Frau mit Hijab (Kopftuch/Schleier) nicht einzustellen oder einen blinden Menschen mit einem Blindenhund nicht in ein Restaurant einzulassen, eröffnet den Anwendungsbereich des AGG unabhängig davon, ob es sich dabei um eine persönliche Entscheidung handelt oder ob diese Entscheidung auf einer Dienstordnung oder Hausordnung beruht.

### **Der Diskriminierungsbegriff des AGG orientiert sich an der Wirkung, nicht am Motiv.**

Für das Vorliegen einer Benachteiligung ist es egal, ob eine Behandlung aus einer feindseligen oder abwertenden Haltung heraus erfolgte, ob eine neutrale Formulierung gewählt wurde, um eine Diskriminierung geschickt zu verdecken, oder ob der Nachteil einfach die unbeabsichtigte Folge einer bestimmten Regelung ist. Ob die Benachteiligung vorsätzlich geschieht, fahrlässig herbeigeführt wurde oder ein nicht vorhersehbarer Nebeneffekt einer Vorschrift oder Handlung ist, spielt keine Rolle. Ob die Benachteiligung vorsätzlich oder fahrlässig erfolgt ist, kann allerdings relevant für die Frage sein, ob und in welcher Höhe Schadensersatzansprüche nach dem AGG bestehen (vgl. hierzu Kapitel 3.1).

**Ein Zusammenhang zwischen der geschützten Kategorie und der Benachteiligung** reicht für das Vorliegen einer Diskriminierung im Sinne des AGG aus. Das ist der Fall, wenn zum Beispiel das Geschlecht einer Bewerberin bei der Entscheidungsfindung mitberücksichtigt wurde. Wenn noch andere Motive eine Rolle gespielt haben (wie die bessere Eignung für eine Stelle), schließt das eine geschlechtsspezifische Diskriminierung nicht aus.

### **Verboten ist auch die assoziierte Diskriminierung.**

Darunter versteht man die Benachteiligung einer Person aufgrund eines Näheverhältnisses zu einer anderen Person, die einer nach § 1 AGG geschützten Personengruppe angehört.

Der Schutz des AGG greift beispielsweise, wenn einer Person eine Wohnung nicht vermietet wird, weil ihr Freund eine dunkle Hautfarbe hat, weil sie sich um ihr behindertes Kind kümmert (EuGH 17.07.2008 – C303/06) oder weil sie angibt, dass sie perspektivisch ihre alte Mutter pflegen wird.

### **Die rechtlich geschützten Diskriminierungsformen ergeben sich aus § 3 AGG**

- ▮ Unmittelbare Diskriminierungen, § 3 Abs. 1 AGG  
→ Einzelheiten siehe oben 2.1.1 sowie „Schritt für Schritt“ der ADS
- ▮ Mittelbare Diskriminierungen, § 3 Abs. 2 AGG  
→ siehe oben 2.1.1 sowie „Schritt für Schritt“ der ADS
- ▮ Belästigungen, § 3 Abs. 3 AGG
- ▮ Sexuelle Belästigungen, § 3 Abs. 4 AGG

### **Belästigungen und sexuelle Belästigungen sind Diskriminierungen**

Die Rechtsgutsverletzung bei solchen Benachteiligungen besteht darin, dass sie die Betroffenen in ihrem Persönlichkeitsrecht, u.U. in ihrer Menschenwürde und zudem in ihrem Anspruch auf gleiche Teilhabe am gesellschaftlichen Leben verletzen.

**Belästigungen** sind unerwünschte individuelle Handlungen, die zum Ziel oder zur Folge haben, dass die Würde oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht einer nach § 1 AGG geschützten Person verletzt wird. Das können verbale oder nonverbale Verhaltensweisen sein. Zum Beispiel permanente „Blondinen-Witze“ in Anwesenheit weiblicher Kolleginnen, homophobe E-Mails, Plakate mit rassistischem Inhalt oder das permanente Infragestellen der Qualifikation einer Angestellten mit einer Behinderung.

Weiterhin muss durch das Verhalten ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes feindliches Umfeld entstanden sein. Es kommt auf den Kontext an. Einmalige geringfügige Eingriffe scheiden aus. Erfasst sind auch nicht solche Anweisun-

gen, die lediglich lästig sind und die Grenze zur Würdeverletzung nicht überschreiten. Eine einmalige schwere Herabsetzung in Anwesenheit von Geschäftspartner\_innen sowie im Kollegium kann dagegen ausreichen.

Rassistische Schmierereien auf der Toilette eines Betriebs, die nach einiger Zeit entfernt wurden, schaffen nach bisheriger Auffassung des BAG noch kein feindliches Umfeld, wenn nicht darüber hinaus rassistische Äußerungen nachweisbar sind (BAG 24.09.2009 – 8 AZR 705/08).

Unter **sexuellen Belästigungen** sind gemäß § 3 AGG unerwünschte, sexuell bestimmte Verhaltensweisen zu verstehen, die eine Würdeverletzung der betroffenen Person bezwecken und bewirken. Dazu zählen unerwünschte sexuelle Handlungen und Aufforderungen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie unerwünschtes Zeigen und sichtbares Anbringen von pornografischen Darstellungen. Ebenso sind ein unnötiger Körperkontakt, unerwünschte sexualisierte Bemerkungen sowie Kommentare oder Witze über das Äußere von Beschäftigten als sexuelle Belästigungen im Sinne des AGG zu bezeichnen.

Die Schaffung eines feindlichen Umfeldes ist dabei im Unterschied zur Belästigung keine Voraussetzung.

Ein Kalender mit nackten Frauen stellt eine sexuelle Belästigung dar, auch wenn er in einem wenig zugänglichen Bereich hängt. Ein einmaliger Witz sexuellen Inhalts gegenüber einer Kollegin kann bereits eine sexuelle Belästigung darstellen.

Sexuelle Belästigungen sind durch das AGG nur im Bereich Beschäftigung und Beruf verboten (vgl. § 3 Abs. 4 S. 1 1. Halbsatz AGG).

Für das Vorliegen einer Belästigung oder sexuellen Belästigung ist es nicht erforderlich, dass eine Würdeverletzung tatsächlich eintritt. Eine Verhaltensweise, die eine Würdeverletzung zum Ziel hat, stellt eine Diskriminierung dar unabhängig davon, ob die angesprochene Person ein dickes Fell hat. Ebenso wenig ist es Voraussetzung, dass die Würdeverletzung beabsichtigt ist. Wer rassistische oder anzügliche Bemerkungen macht oder pornografische Kalender aufhängt, kann nicht davon ausgehen, sein oder ihr Verhalten werde „lustig oder nett“ gefunden oder sei von einem rauen Betriebsklima gedeckt. Es reicht aus, dass die Verhaltensweise unerwünscht ist. Von der belästigten Person darf dabei nicht verlangt werden, dass sie der verantwortlichen Person gegenüber aktiv zum Ausdruck bringen muss, dass das Verhalten unerwünscht ist. Maßgeblich ist allein, ob die Unerwünschtheit der Verhaltensweise objektiv erkennbar war (LAG Mecklenburg – Vorpommern 14.08.2012 – 5 Sa 324/11; ArbG Nienburg 19.04.2012 – 2 Ca 460/11).

Eine Auszubildende, die sich von wiederholten Berührungen ihres Ausbilders an Schultern und Hüfte sexuell belästigt fühlt, muss ihn nicht auffordern, damit aufzuhören. Es reicht, wenn eine fiktive objektive Beobachterperson davon ausgehen kann, dass das Verhalten unerwünscht ist. Dies ist jedenfalls dann eindeutig der Fall, wenn sich die Betroffene an eine Person ihres Vertrauens wendet und dieser gegenüber die Unerwünschtheit zum Ausdruck bringt.

### **Belästigungen können auch Teil eines Mobbingkontextes sein**

Würdeverletzende Verhaltensweisen müssen systematisch und zielgerichtet sein, über einen längeren Zeitraum andauern und im Zusammenwirken der einzelnen Handlungen und Verhaltensweisen eine Persönlichkeitsrechtsverletzung ergeben, damit der Tatbestand des Mobbing erfüllt ist. Einzelne Belästigungen oder sexuelle Belästigungen i. S. d. AGG können Bausteine eines Mobbingzusammenhangs sein. Der Unterschied zwischen Mobbing und Belästigung besteht darin, dass die Belästigung im Zusammenhang mit einer Diskriminierungskategorie steht, während Mobbing auf anderen Motiven, beispielsweise persönlicher Abneigung, beruhen kann.

Das BAG wendet die Definition der Belästigung in § 3 Abs. 3 AGG seit Inkrafttreten des AGG auf die Fälle des „Mobbings“ gleich aus welchen Gründen an (BAG 22.07.2010 – 8 AZR 1012/08).

Das BAG prüfte das im Fall einer Beschäftigten, der zuerst eine Beförderung verweigert wurde und der dann gedroht wurde sowie gezielt Aufgaben entzogen und Informationen vorenthalten wurden, weil sie sich auf eine geschlechtsspezifische Diskriminierung nach dem AGG berufen hatte (BAG 22.07.2010 – 8 AZR 1012/08).

Unterschiedliche Tatbestandsvoraussetzungen für Belästigung, sexuelle Belästigung und Mobbing

<b>Belästigung</b>	<b>Sexuelle Belästigung</b>	<b>Mobbing jenseits des AGG</b>
Anknüpfung der würdevollverletzenden Handlung an eine Diskriminierungskategorie des § 1 AGG:   Rassistische Diskriminierung   Geschlecht   Religion/Weltanschauung   Sexuelle Identität   Behinderung   Lebensalter	Sexualisierte Verhaltensweise, § 3 Abs. 4 AGG	Persönlichkeitsrechtsverletzung ohne Anknüpfung an eine Kategorie des § 1 AGG → z. B. körperliche Erscheinung, ostdeutsche Herkunft
Persönlichkeitsrechtsverletzung bezweckt (Motivation) oder (bewirkt) Folge → kein Vorsatz nötig	Persönlichkeitsrechtsverletzung bezweckt (Motivation) oder (bewirkt) Folge → kein Vorsatz nötig	Persönlichkeitsrechtsverletzung bezweckt (Motivation) Folge → Vorsatz erforderlich
Feindliches Umfeld:   i. d. R. Wiederholung   aber: auch einmalige schwerwiegende Handlungen	Einmalige Handlungen reichen aus	Feindliches Umfeld:   wiederholt   systematisch   längerer Zeitraum   (einige Monate)



### **2.1.5 Rechtfertigung: sachliche Gründe, die eine Benachteiligung rechtfertigen**

(→ ausführlich vgl. Kapitel 3 sowie „Schritt für Schritt“)

Nicht jede Ungleichbehandlung ist sozial verwerflich. Nachteile, die an einer geschützten Diskriminierungskategorie anknüpfen, können gerechtfertigt sein, wenn es sachliche Gründe dafür gibt. Ein Nachteil, der mit einer geschützten Diskriminierungskategorie zusammenhängt, ist dann keine Diskriminierung im rechtlichen Sinne, wenn gewichtige sachliche Gründe die Benachteiligung rechtfertigen. Das können zum Beispiel wesentliche Anforderungen für die ordentliche Ausführung einer beruflichen Tätigkeit sein oder Schutzvorschriften, die den Zugang zu Arbeit oder Dienstleistungen regeln. Sie heißen „Rechtfertigungsgründe“ oder „Gründe für eine zulässige unterschiedliche Behandlung“. Reine Zweckmäßigkeitserwägungen und Mutmaßungen reichen nie aus, um eine Benachteiligung zu rechtfertigen.

Das Kostenargument, eine Frau könne in einem männerdominierten Betrieb nicht eingestellt werden, weil dann erst eine Frauentoilette eingebaut werden müsse, ist kein gewichtiger Grund.

Auch pauschale Behauptungen, wie altershomogene Teams würden besser zusammenarbeiten, oder ein schwacher Arbeitsrechtsschutz für ältere Beschäftigte würde ihre Arbeitsmarktchancen erhöhen, rechtfertigen eine Benachteiligung nicht.

Diskriminierende Einstellungen oder Verhaltensweisen Dritter sind ebenfalls keine legitimen Ziele.

Die Kündigung einer Hijab (Kopftuch/Schleier) tragenden Verkäuferin kann nicht mit der Begründung gerechtfertigt werden, die konservative Kundenschaft würde sonst ausbleiben (BVerfG 30.7.2003 – 1 BvR 792/03). Ebenso wenig dürfen private oder staatliche Arbeitsvermittlungen oder Bildungsagenturen einer Kopftuch tragenden Kundin Stellenangebote oder Weiterbildungsmaßnahmen vorenthalten, weil sie davon ausgehen, sie würde später aufgrund des Kopftuchs keine Stelle finden.

(Ausnahmen gelten bei Beschäftigungen in staatlichen Kitas und Schulen, vgl. dazu Kapitel 3.) Anders würden Gerichte vermutlich entscheiden, wenn es sich nicht um ein Kopftuch handelte, sondern wenn das Gesicht der Frau ganz oder teilweise bedeckt wäre, weil die offene Kommunikation von Angesicht zu Angesicht im Erwerbsleben als genauso wichtig erachtet wird wie in der Schule (Analogie zu BayVGH 22.04.2014 – 7 CS 13.2592 für die Ablehnung einer Berufsoberschülerin mit sog. Niqab).

Zu prüfen, ob ein Nachteil gerechtfertigt ist, ist nicht ganz einfach. Das AGG stellt je nach Diskriminierungsform und auch für einzelne Diskriminierungskategorien unterschiedliche Anforderungen an eine Rechtfertigung.

### **Unmittelbare Diskriminierungen**

Die sachlichen Gründe für zulässige Ungleichbehandlungen bei unmittelbarer Benachteiligung sind in den einzelnen Anwendungsbereichen des AGG und anderer Gesetze (z.B. SGB) abschließend und im Detail geregelt. Im AGG sind für den Beschäftigungsbereich die Rechtfertigungsgründe in §§ 8–10 und für den Geschäftsverkehr in §§ 19–20 geregelt. Siehe dazu die Ausführungen im Kapitel 3. Dort ist auch erklärt, warum es bei der Rechtfertigung der unmittelbaren Diskriminierung einen Unterschied macht, ob z.B. an das Geschlecht, die Hautfarbe oder das Alter angeknüpft worden ist.

## Mittelbare Diskriminierungen

Mittelbare Diskriminierungen können leichter als unmittelbare Diskriminierungen gerechtfertigt werden. Ein mittelbar benachteiligendes Kriterium oder Verfahren ist zulässig, wenn damit ein rechtmäßiges Ziel verfolgt wird und wenn das Kriterium oder Verfahren geeignet, erforderlich und angemessen ist, um dieses Ziel zu erreichen.

Solche Ziele können zum Beispiel sozial- oder arbeitsmarktpolitische Ziele des Gesetzgebers sein (EuGH 26.09.2000 – C-322/98 zur unterschiedlichen Behandlung von Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigten im Kündigungsschutz) oder dazu dienen, die Kontinuität und den störungsfreien Verlauf eines Arbeitsverhältnisses zu gewährleisten (bei Gestaltung der Regelungen zur verhaltensbedingten Kündigung, vgl. BAG 07.07.2011 – 2 AZR 355/10).

Des Weiteren muss die unterschiedliche Behandlung geeignet, also tauglich, und erforderlich sein, um den legitimen Zweck zu erreichen. Erforderlich ist ein Mittel, in diesem Fall eine Ungleichbehandlung, nur dann, wenn es kein milderes Mittel gibt, das den Zweck in gleicher Weise erfüllen kann; d. h., der Nachteil darf nicht außer Verhältnis zur Zweckerreichung stehen. Schließlich müssen das Mittel und der angestrebte Zweck insgesamt in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.

Ein Krankenhaus, das einen Patienten nicht auf eine Warteliste für Herzimplantationen setzt, weil angesichts des hochkomplizierten Eingriffs seine mangelnden Sprachkenntnisse für eine Verständigung nicht ausreichen würden, kann gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen, wenn es nicht zumindest die Möglichkeit der Hinzuziehung einer dolmetschenden Person prüft (BVerfG 28.01.2013 – 1 BvR 274/12).

### **Positive Maßnahmen als Rechtfertigungsgrund (§ 5 AGG)**

Dabei handelt es sich um einen besonderen Rechtfertigungsgrund, der für alle Anwendungs- bzw. Lebensbereiche des AGG gilt. Positive Maßnahmen sind Maßnahmen, die bestehende oder künftige Nachteile von Menschen, die einer in § 1 AGG aufgeführten Gruppe zugeordnet werden, abbauen oder verhindern sollen. Damit wird auf die Tatsache reagiert, dass bestimmte soziale Gruppen gesellschaftlich strukturell benachteiligt und in bestimmten Lebensbereichen unterrepräsentiert sind. Die Maßnahmen können durch Gesetze (z.B. im Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen und in Gesetzen zur Gleichstellung von Frauen und Männern), durch Unternehmen, Tarifvertrags- und Betriebspartner oder privatrechtliche Anbieter getroffen werden. Frauenförderung bleibt mit dem AGG also weiter möglich. Neu ist, dass nun auch Benachteiligungen wegen sämtlicher weiterer in § 1 AGG genannter Kategorien positive Maßnahmen rechtfertigen können.

### **Belästigung und sexuelle Belästigung**

Sind nie gerechtfertigt, wenn die Merkmale des § 3 Abs. 3 oder § 3 Abs. 4 AGG vorliegen. Für eine Würdeverletzung, die in das Persönlichkeitsrecht und das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung eines Menschen eingreift, gibt es nie einen gewichtigen Grund, der eine solche Behandlung rechtfertigen könnte.

## Überblick über die Rechtfertigungsgründe im Anwendungsbereich des AGG

Rechtfertigungsgründe für unmittelbare Diskriminierung	Rechtfertigungsgründe für mittelbare Diskriminierung	Rechtfertigungsgründe für Belästigung und sexuelle Belästigung
<p>Abschließend, ausdrücklich genannte gesetzliche Rechtfertigungsgründe</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▮ § 5 AGG positive Maßnahmen: gilt für alle Lebensbereiche</li> <li>▮ § 8 AGG wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen</li> <li>▮ § 9 AGG Religionszugehörigkeit und loyales Verhalten als berufliche Anforderung bei Tätigkeit in religiösen Gemeinschaften/Einrichtungen</li> <li>▮ § 10 Gründe für zulässige Ungleichbehandlung aufgrund des Lebensalters im Arbeitsleben</li> <li>▮ § 19 Abs. 3 AGG zulässige Ungleichbehandlung bei Wohnraumvermietung zur Verhinderung von Gettoisierung</li> <li>▮ § 20 Abs. 1 AGG Gründe für zulässige Ungleichbehandlungen im Waren- und Dienstleistungsverkehr</li> <li>▮ Achtung im Waren- und Dienstleistungsverkehr: keine Rechtfertigung rassistischer Diskriminierung möglich!</li> <li>▮ § 20 Abs. 2 AGG Rechtfertigung unterschiedlicher Versicherungsbedingungen bei privaten Versicherungsverträgen</li> <li>▮ Achtung neue Rechtslage: keine Rechtfertigung geschlechtsspezifischer Tarife bei ab dem 21.12.2012 geschlossenen Versicherungsverträgen möglich.</li> </ul>	<p>Jedes rechtmäßige Ziel, z. B.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▮ berufliche Anforderungen</li> <li>▮ sozialpolitische Ziele</li> <li>▮ arbeitsmarktpolitische Ziele</li> <li>▮ Förderung betrieblicher Altersversorgung</li> <li>▮ störungsfreier Ablauf des Arbeitsverhältnisses</li> </ul>	<p>Kein sachlicher Grund denkbar → ist nie gerechtfertigt</p>

## 2.2 Der Diskriminierungsschutz außerhalb des AGG

Bei Diskriminierungserfahrungen, die entweder nicht vom AGG erfasst oder aus formalen Gründen nicht nach dem AGG verfolgt werden können, kann es trotzdem Möglichkeiten geben, rechtliche Ansprüche geltend zu machen.

Wer mittels zivilrechtlicher, strafrechtlicher oder verwaltungsrechtlicher Vorschriften gegen solche Diskriminierungen vorgehen will, sollte immer auch grundrechtlich mit der Menschenwürde, Art. 1 GG, dem allgemeinen Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG, und dem Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG argumentieren.

Beispiele für Diskriminierungserfahrungen, die das AGG nicht abdeckt:

- l Diskriminierung von Menschen, die auf dem Gebiet der ehemaligen DDR geboren wurden und/oder aufgewachsen sind
- l Diskriminierungen aufgrund des Körpergewichts bzw. der äußeren Erscheinung (was häufig besonders Frauen trifft)
- l Diskriminierungen aufgrund des sozialen Status
- l Diskriminierungen aufgrund des Familienstandes
- l Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit
- l Diskriminierungen aufgrund des Aufenthaltsstatus
- l Diskriminierung aufgrund der Weltanschauung im Geschäftsverkehr (nur im arbeitsrechtlichen Teil des AGG geschützt)
- l Diskriminierungen durch staatliche Eingriffsverwaltung (Polizei- und Ordnungsbehörden)
- l Nicht chronische Krankheiten

### 2.2.1 Der zivilrechtliche Diskriminierungsschutz außerhalb des AGG

Mit allgemeinen zivilrechtlichen Ansprüchen kann zusätzlich zum AGG gegen Diskriminierung vorgegangen werden. Zivilrechtliche Ansprüche bestehen bei einer erheblichen schuldhaften Verletzung des **allgemeinen Persönlichkeits-**

**rechts** (§ 823 Abs. 1 BGB, bei der schuldhaften Verletzung eines Schutzgesetzes, § 823 Abs. 2 BGB zum Beispiel bei einer Beleidigung nach dem StGB) oder bei einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung (§ 826 BGB) durch Privatpersonen.

Für eine schwere Persönlichkeitsrechtsverletzung im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB reicht zum Beispiel eine einmalige beleidigende Äußerung gegenüber einem Angestellten wegen seiner ostdeutschen Herkunft nicht aus (ArbG Würzburg 23.01.2009 – 3 Ca 664/08).

Im Rahmen von Vertragsbeziehungen außerhalb des Anwendungsbereichs des AGG kann eine schwerwiegende Persönlichkeitsrechtsverletzung jedoch eine Vertragsverletzung sein, sodass sich der Vertragspartner nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB schadensersatzpflichtig macht.

Die Persönlichkeitsverletzung muss schuldhaft erfolgen. Schuldhaft bedeutet, dass die verantwortliche Person vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat. Vorsätzlich handelt, wer eine Rechtsgutverletzung mit Absicht herbeiführt oder wer in Kauf nimmt, dass sein/ihr Handeln eine andere Person (hier: in ihrer Ehre/Würde) verletzt.

Davon erfasst sind zum Beispiel beleidigende Bemerkungen gegenüber einer Kollegin, die sich etwa auf ihr Körpergewicht beziehen, oder pornografische Kalender, die gegen den ausdrücklichen Willen von Kund\_innen in einem Fitnessstudio aufgehängt werden. Nicht erfasst sind unabsichtliche Benachteiligungen. Wenn sich bisher niemand über die anzüglichen Witze von Angestellten eines Fitnessstudios beschwert hat, können sich die Verantwortlichen darauf berufen, es „nur nett gemeint“ zu haben.

Fahrlässig handelt, wer es an der im Rechtsverkehr erforderlichen Sorgfalt und Umsichtigkeit fehlen lässt. Das ist beispielsweise der Fall, wenn der Vermieter seinem Mieter herabwürdigende Witze über Ostdeutsche erzählt, ohne zu wissen, dass dieser Mieter gebürtiger Leipziger ist, obwohl er das aus den Unterlagen über das Mietverhältnis hätte entnehmen können.

Detaillierte Ausführungen zum Inhalt und den Durchsetzungsmöglichkeiten von zivilrechtlichen Ansprüchen finden sich in Kapitel 4.1.

### **2.2.2 Der strafrechtliche Diskriminierungsschutz**

Strafrechtlicher Diskriminierungsschutz setzt im Unterschied zum AGG und zum GG eine absichtlich benachteiligende individuelle Handlung voraus. Im Mittelpunkt der Strafverfolgung, die nicht in erster Linie der Genugtuung der geschädigten bzw. diskriminierten Person dient, sondern der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs, steht nicht (nur) die Wirkung der Straftat, sondern auch die Motivation für eine individuelle Handlung. Strafrecht schützt nicht vor Diskriminierungen durch Verfahren, Vorschriften oder Kriterien, ebenso wenig wie vor unbeabsichtigten Benachteiligungen. Geschützte Rechtsgüter, die durch diskriminierende Handlungen betroffen sein können, sind die Menschenwürde, die persönliche Ehre, die körperliche Integrität oder die sexuelle Selbstbestimmung.

### **2.2.3 Der öffentlich-rechtliche Diskriminierungsschutz – Diskriminierungsschutz durch Art. 3 Grundgesetz**

Das verfassungsrechtlich verankerte Gleichbehandlungsrecht umfasst auch Diskriminierungen, für die das AGG nicht gilt. Dies kann der Fall sein, wenn erstens der Lebensbereich, in dem die Diskriminierung erlebt wird, nicht vom AGG geschützt wird oder wenn zweitens die Diskriminierungskategorie, wegen der die Diskriminierung erlebt wird, nicht vom AGG geschützt wird. Mit dem verfassungsrechtlich verankerten Gleichbehandlungsrecht kann man sich aber in erster Linie nur gegen Diskriminierungen von staatlicher Seite wehren, da das Gleichbehandlungsgrundrecht des Art. 3 GG primär den Staat verpflichtet, die Bürger\_innen nicht zu diskriminieren. Immerhin gilt diese



Rechtsschutzmöglichkeit aber im gesamten öffentlichen Recht, namentlich im Sozial(versicherungs-)recht und im Verwaltungsrecht, wodurch auch solche Bereiche wie das Eingriffsrecht von Polizei und Ordnungsbehörden erfasst sind. Außerdem wirkt Art. 3 Abs. 3 GG mittelbar auch in zivilrechtliche Ansprüche hinein, wenn es um die Auslegung von Generalklauseln des Zivilrechts geht (vgl. dazu Kapitel 4).

### **Art. 3 Abs. 3 GG – das spezielle Gleichheitsrecht**

Mit Art. 3 Abs. 3 GG kann gegen rassistische Diskriminierungen aufgrund öffentlich-rechtlichen Handelns vorgegangen werden, die nicht vom AGG erfasst sind. Ein Beispiel sind Fälle des „racial profiling“ im Rahmen von Maßnahmen staatlicher Sicherheitsbehörden.

Das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz stellte in einem Verfahren gegen die Bundespolizei klar, dass eine Personenkontrolle ausschließlich aufgrund der Hautfarbe gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Grundgesetzes Artikel 3 Absatz 3 verstößt (OVG RLP 29.10.2012 – 7 A 10532/12).

Art. 3 Abs. 3 GG schützt vor Diskriminierungen aufgrund staatlichen Handelns, die an folgende Diskriminierungskategorien anknüpfen:

- l Rassistische Zuschreibungen („Rasse“)
- l Geschlecht
- l Sprache
- l Religion und Weltanschauung
- l Behinderung
- l Sozialfamiliäre Abstammung („Herkunft“)

Art. 3 Abs. 2 GG verleiht für die Diskriminierungskategorie Geschlecht einen ausdrücklich stärkeren Schutz; staatliche Akteur\_innen sind verpflichtet, aktiv zugunsten der Gleichstellung der Geschlechter vorzugehen.

Achtung: Die sexuelle Identität und das Lebensalter sind nicht von Art. 3 Abs. 3 GG geschützt. Diese Kategorien können aber im konkreten Fall von Art. 3 Abs. 1 GG umfasst sein.

### **Art. 3 Abs. 1 GG – der allgemeine Gleichbehandlungssatz**

Gegen Diskriminierungserfahrungen, die nicht vom AGG und von Art. 3 Abs. 3 GG erfasst werden, kann u.U. über den allgemeinen Gleichbehandlungssatz des Art. 3 Abs. 1 GG vorgegangen werden.

Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG ist gegeben, wenn durch öffentlich-rechtliches Handeln eine Ungleichbehandlung von vergleichbaren Personengruppen vorliegt, die willkürlich und daher nicht gerechtfertigt ist.

Eine Ungleichbehandlung ist dabei leichter zu rechtfertigen als bei einer Benachteiligung i.S.d. Art. 3 Abs. 3 GG oder des AGG. Die Prüfung der Rechtfertigungsgründe im Fall einer Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 GG ist laut Bundesverfassungsgericht aber umso strenger, „je mehr die Ungleichbehandlung an personenbezogene Merkmale anknüpft, die sich den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten annähern, und je größer deshalb die Gefahr ist, dass diese Ungleichbehandlung zur Diskriminierung einer Minderheit führt“ (BVerfGE 88, 87 (96)).

Ungleichbehandlungen wegen des Aufenthaltsstatus können mit Art. 3 Abs. 1 GG angegriffen werden. So entschied das BVerfG, dass auch Personen, die aus humanitären oder politischen Gründen einen befristeten Aufenthaltstitel haben, einen generellen Anspruch auf staatliches Erziehungsgeld besitzen. Die Staatsangehörigkeit sei ein Merkmal, das den antragstellenden Personen kaum verfügbar ist. Deshalb komme die Ungleichbehandlung ausländischer Staatsangehöriger aufgrund ihres Aufenthaltsstatus in bestimmten Konstellationen wegen der nachteiligen Auswirkungen auf die Betroffenen sehr nahe an eine Unterscheidung nach den in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG genannten besonders geschützten Merkmalen heran (BVerfG 10.07.2012 – 1 BvL 2/10, 1 BvL 3/10, 1 BvL 4/10, 1 BvL 3/11).

Gesetzliche Ungleichbehandlungen, die an die Staatsangehörigkeit/den Aufenthaltstitel anknüpfen, können u. U. auch als mehrdimensionale Diskriminierung angegriffen werden, wenn Frauen davon in besonderem Maße betroffen sind.

Nach BVerfG stellt es eine verbotene mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar, wenn Menschen mit einer humanitären Aufenthaltserlaubnis nur dann staatliches Elterngeld bekommen, wenn sie nachweisen, dass sie in den deutschen Arbeitsmarkt integriert sind. Wegen der gesetzlichen Mutterschutzzeit sei dieses Kriterium nämlich für Frauen schwerer als für Männer zu erfüllen (BVerfG 10.07.2012 – 1 BvL 2/10 – 1 BvL 3/10 – 1 BvL 4/10 – 1 BvL 3/11).

Detaillierte Ausführungen zu Ansprüchen im öffentlichen Recht siehe in Kapitel 4.

## 2.2.4 Zusammenfassung

Rechtsgrundlagen	AGG, SGB, Art. 3 Abs. 2, 3 GG	Art. 3 Abs. 1 GG	BGB	Strafrecht
<b>Geschützte Diskriminierungskategorien</b>	Nur ausdrücklich in der jeweiligen Vorschrift genannte Kategorien (unmittelbar und mittelbar) AGG, SGB: Rassistische Diskriminierung, Geschlecht, Religion/Weltanschauung, sexuelle Identität, Behinderung, Lebensalter. Art. 3 Abs. 2, 3 GG: Rassistische Diskriminierung, Geschlecht, Religion/Weltanschauung, Behinderung, sozialfamiliäre Abstammung	Auch andere Diskriminierungsdimensionen, z. B. Menschen, die aus dem Gebiet der ehemaligen DDR stammen, Körpergewicht, sozialer Status, Familienstand, Staatsangehörigkeit, Aufenthaltsstatus, Weltanschauung im Geschäftsverkehr	Auch andere Diskriminierungsdimensionen, z. B. Menschen, die aus dem Gebiet der ehemaligen DDR stammen, Körpergewicht, sozialer Status, Familienstand, Staatsangehörigkeit, Aufenthaltsstatus, Weltanschauung im Geschäftsverkehr	Auch andere Diskriminierungsdimensionen, z. B. Menschen, die aus dem Gebiet der ehemaligen DDR stammen, Körpergewicht, sozialer Status, Familienstand, Staatsangehörigkeit, Aufenthaltsstatus, Weltanschauung im Geschäftsverkehr
<b>Wirkung oder Motiv</b>	Es kommt auf den Nachteil der betroffenen Person an. Die Diskriminierung muss nicht absichtlich erfolgen.	Es kommt auf die Ungleichbehandlung an. Die Diskriminierung muss nicht absichtlich erfolgen.	Motiv: Vorsatz oder Fahrlässigkeit der verantwortlichen Person	Motiv: Vorsatz der verantwortlichen Person

<b>Diskriminierungsverständnis</b>	Verletzung von Würde, Freiheit und Gleichheit	Verletzung von Gleichheit	Verletzung von Würde, Persönlichkeitsrechtsverletzung	Verletzung persönlicher Rechtsgüter wie Ehre, körperliche Unversehrtheit, sexuelle Selbstbestimmung
<b>Diskriminierungsformen</b>	Unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen verboten Positive Maßnahmen zum Nachteilsausgleich erlaubt	Ungleichbehandlungen verboten	Nur unmittelbare vorsätzliche (zum Teil auch fahrlässige) Diskriminierungen erfasst	Nur unmittelbare vorsätzliche Diskriminierungen erfasst
<b>Prüfungsschritte</b>	Benachteiligung + Diskriminierungskategorie + kein sachlicher Grund	Ungleichbehandlung + kein sachlicher Grund	Erhebliche Persönlichkeitsrechtsverletzung + Kausalität + schuldhaftes Handeln	Vorsätzliche Rechtsgutsverletzung + keine Rechtfertigung + schuldhaftes Handeln