

AGG im Arbeitsrecht

Burkhard Boemke
Franz-Ludwig Danko

AGG im Arbeitsrecht

 Springer

Professor Dr. Burkhard Boemke
Universität Leipzig
Juristenfakultät
Burgstraße 27
04105 Leipzig
boemke@rz.uni-leipzig.de

Dr. Franz-Ludwig Danko
Kuebler Rechtsanwälte
Nieritzstraße 14
01097 Dresden
dresden@kuebler-gbr.de

ISBN 978-3-540-49085-2 Springer Berlin Heidelberg New York

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, des Vortrags, der Entnahme von Abbildungen und Tabellen, der Funkübertragung, der Mikroverfilmung oder der Vervielfältigung auf anderen Wegen und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Eine Vervielfältigung dieses Werkes oder von Teilen dieses Werkes ist auch im Einzelfall nur in den Grenzen der gesetzlichen Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 9. September 1965 in der jeweils geltenden Fassung zulässig. Sie ist grundsätzlich vergütungspflichtig. Zuwiderhandlungen unterliegen den Strafbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes.

Springer ist ein Unternehmen von Springer Science+Business Media

springer.de

© Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2007

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Herstellung: LE-TpX Jelonek, Schmidt & Vöckler GbR, Leipzig
Einbandgestaltung: WMX Design GmbH, Heidelberg

SPIN 11927440

64/3100YL - 5 4 3 2 1 0

Gedruckt auf säurefreiem Papier

Vorwort

Am 18. August 2006 trat das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) in Kraft; es ergänzt als neuer Baustein das deutsche Arbeitsrecht. Nicht zuletzt auf Grund der drohenden Haftungsrisiken haben die Vorschriften erhebliche Auswirkungen auf die betriebliche Praxis. So ist nach dem AGG eine Anpassung aller Personalprozesse von der Stellenausschreibung bis hin zum Entgeltsystem ebenso unerlässlich wie eine Überprüfung sämtlicher betrieblicher Individual- und Kollektivvereinbarungen.

Das vorliegende Buch erklärt unter Berücksichtigung des europarechtlichen Hintergrunds systematisch, wissenschaftlich fundiert und zugleich praxisorientiert die neue Gesetzeslage. Insbesondere werden die Auswirkungen des AGG auf den Unternehmensalltag eingehend aufgezeigt.

Ziel des praxisorientierten Ratgebers ist es, dem Leser die Tragweite der Regelungen zu veranschaulichen, ihn für Diskriminierungssachverhalte zu sensibilisieren und den Umgang mit dem neuen Gesetz zu erleichtern. Dabei enthält das Buch zahlreiche Praxisbeispiele und Handlungsempfehlungen, deren Lektüre eine schnelle und rechtssichere Umsetzung der Vorschriften in der betrieblichen Praxis gewährleisten. Ein besonderes Augenmerk liegt dabei auf der Darstellung der organisatorischen Maßnahmen, die der Arbeitgeber ergreifen sollte, um Haftungsansprüche zu vermeiden. Darüber hinaus werden zahlreiche ungeklärte Rechtsfragen aufgezeigt, die durch die Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben entstanden sind, und hierzu sachgerechte Lösungsvorschläge unterbreitet.

Abgerundet wird das Werk durch ein Merkblatt für Arbeitnehmer, Arbeitgeberchecklisten für das Bewerbungsverfahren und einer Musterformulierung für eine Betriebsvereinbarung gegen Diskriminierungen. Für die konkrete Anwendung im Unternehmensalltag hält es außerdem einen Handlungsleitfaden zum richtigen Umgang des Arbeitgebers mit einem Diskriminierungsverdacht bereit.

Die Hauptverantwortung für dieses Werk liegt naturgemäß bei den Autoren. Zur Realisierung haben aber im Hintergrund die Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen des Instituts für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Leipzig sowie der Kübler Rechtsanwälte GbR maßgeblich beigetragen. Ihnen allen gilt unserer besonderer Dank.

Leipzig/Dresden, im November 2006

Burkhard Boemke
Franz-Ludwig Danko

Inhaltsübersicht

Literaturverzeichnis	XXI
1. TEIL: GRUNDLAGEN.....	1
§ 1 Einleitung.....	1
§ 2 Differenzierungsverbote (§ 1 AGG).....	5
§ 3 Benachteiligungstatbestände (§ 3 AGG)	19
2. TEIL: VERBOT DER BENACHTEILIGUNG (§§ 2, 6 – 10 AGG)	31
§ 4 Anwendungsbereich.....	31
§ 5 Benachteiligungsverbot (§ 7 AGG).....	51
§ 6 Zulässige unterschiedliche Behandlung (§§ 8 – 10, 5 AGG)	55
§ 7 Rechtsfolgen.....	81
3. TEIL: RECHTE UND PFLICHTEN IM ARBEITSVERHÄLTNIS	93
§ 8 Organisationspflichten des Arbeitgebers (§§ 11 f. AGG)	93
§ 9 Rechte des Beschäftigten (§§ 13 ff. AGG)	105
4. TEIL: FRAGEN DES RECHTSSCHUTZES	125
§ 10 Beweislast (§ 22 AGG)	125
§ 11 Klagerecht von Gewerkschaften und Betriebsrat.....	139
§ 12 Unterstützung durch Antidiskriminierungsverbände (§ 23 AGG).....	147
5. TEIL: UMSETZUNG IN DER BETRIEBLICHEN PRAXIS.....	151
§ 13 Auswirkungen auf das Personalwesen	151
§ 14 Umsetzung des AGG in der betrieblichen Praxis	165
ANHANG I: GESETZE UND RICHTLINIEN	173
ANHANG II: CHECKLISTEN UND MUSTER.....	253

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
----------------------	----------

Literaturverzeichnis	XXI
-----------------------------------	------------

1. TEIL: GRUNDLAGEN

§ 1 Einleitung	1
I. Europarechtliche Vorgaben	1
II. Bisherige gesetzliche Regelungen	2
III. Entstehungsgeschichte des Gesetzes	3
IV. Änderungen des AGG	4
§ 2 Differenzierungsverbote (§ 1 AGG)	5
I. Einleitung	5
II. Rasse	6
1. Begriff.....	6
2. Beispiele	6
3. Abgrenzung	7
III. Ethnische Herkunft.....	7
1. Begriff.....	7
2. Beispiele	8
3. Abgrenzung	9
IV. Geschlecht	9
1. Begriff.....	9
2. Beispiele	10
3. Abgrenzung	10
V. Religion	11
1. Begriff.....	11
2. Beispiele	11
3. Abgrenzung	12
VI. Weltanschauung	12
1. Begriff.....	12
2. Beispiele	12
3. Abgrenzung	13

VII. Behinderung	14
1. Begriff.....	14
2. Beispiele	15
a) Körperliche Behinderung.....	15
b) Geistige Behinderung.....	15
c) Seelische Behinderung.....	15
3. Abgrenzung	15
VIII. Alter.....	16
1. Begriff.....	16
2. Beispiele	16
3. Abgrenzung	16
IX. Sexuelle Identität.....	17
1. Begriff.....	17
2. Beispiele	17
3. Abgrenzung	17
§ 3 Benachteiligungstatbestände (§ 3 AGG).....	19
I. Unmittelbare Benachteiligung (§ 3 Abs. 1 AGG).....	19
1. Begriff.....	19
a) Legaldefinition.....	19
b) Verbotmerkmale	19
c) Behandlung	20
d) Nachteil	20
e) Vergleichsperson.....	21
2. Beispiele	21
II. Mittelbare Benachteiligung (§ 3 Abs. 2 AGG).....	21
1. Begriff.....	21
a) Legaldefinition	21
b) Neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren	22
c) Benachteiligung	22
d) Rechtmäßiges Ziel (tatbestandsausschließend).....	23
2. Beispiele	23
III. Belästigung (§ 3 Abs. 3 AGG).....	24
1. Begriff.....	24
a) Legaldefinition	24
b) Unerwünschte Verhaltensweise	24
c) Verletzung der Würde	25
d) Schaffung eines feindlichen Umfelds.....	25
2. Beispiele	26
IV. Sexuelle Belästigung (§ 3 Abs. 4 AGG).....	26
1. Begriff.....	26
a) Legaldefinition.....	26

- b) Unerwünschtes sexuell bestimmtes Verhalten 27
- c) Verletzung der Würde/Schaffung eines feindlichen Umfelds 28
- 2. Beispiele 28
- 3. Abgrenzung 29
- V. Anweisung zur Benachteiligung (§ 3 Abs. 5 AGG) 29
 - 1. Begriff..... 29
 - a) Legaldefinition 29
 - b) Anweisung 30
 - c) zur Benachteiligung 30
 - d) einer Person..... 30
 - 2. Beispiele 30

2. TEIL: VERBOT DER BENACHTEILIGUNG (§§ 2, 6 – 10 AGG)

§ 4 Anwendungsbereich 31

- I. Persönlicher Anwendungsbereich (§ 6 AGG) 31
 - 1. Überblick 31
 - 2. Geschützter Personenkreis (§ 6 Abs. 1 und 3 AGG)..... 31
 - a) Beschäftigte..... 31
 - aa) Arbeitnehmer (§ 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG)..... 31
 - bb) Zur Berufsbildung Beschäftigte (§ 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AGG)..... 32
 - cc) Arbeitnehmerähnliche Personen (§ 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Hs. 1 AGG) 32
 - dd) Heimarbeiter (§ 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Hs. 2 AGG) 34
 - ee) Stellenbewerber und Ausgeschiedene (§ 6 Abs. 1 Satz 2 AGG)..... 34
 - b) Selbstständige und Organmitglieder 35
 - aa) Natürliche Personen 35
 - bb) Selbstständige..... 35
 - cc) Umfang der Tätigkeit 36
 - 3. Verpflichtete (§ 6 Abs. 2 AGG) 37
 - a) Arbeitgeber (§ 6 Abs. 2 Satz 1 AGG)..... 37
 - b) Entleiher (§ 6 Abs. 2 Satz 2 AGG)..... 37
 - c) Verantwortlichkeit Dritter 37
- II. Sachlicher Anwendungsbereich (§ 2 AGG)..... 38
 - 1. Überblick 38
 - 2. Zugang zur Beschäftigung (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG)..... 38
 - a) Schutzbereich 38
 - b) Bedingungen für Beschäftigungszugang..... 39
 - aa) Grundsatz 39
 - bb) Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen 39
 - c) Beruflicher Aufstieg..... 41
 - d) Selbstständige und Organmitglieder juristischer Personen 41

3. Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen (§§ 2 Abs. 1 Nr. 2, 6 Abs. 2 AGG)	41
a) Schutzbereich	41
b) Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen	42
c) Individual- und kollektivrechtliche Vereinbarungen	42
d) Maßnahmen bei Durchführung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses	42
4. Ausschluss von Kündigungen (§ 2 Abs. 4 AGG)	42
a) Grundsatz	42
b) Geltung des allgemeinen und besonderen Kündigungsschutzes	43
c) Kündigung bei allgemeinem Kündigungsschutz	44
aa) Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses	44
bb) Kündigung wegen eines Diskriminierungsmerkmals	44
cc) Sozial gerechtfertigte Kündigung aus diskriminierenden Motiven	45
d) Kündigung ohne allgemeinen Kündigungsschutz	47
5. Betriebliche Altersversorgung (§ 2 Abs. 3 AGG)	47
6. Geltung sonstiger Benachteiligungsverbote (§ 2 Abs. 3 AGG)	49
§ 5 Benachteiligungsverbot (§ 7 AGG)	51
I. Überblick	51
II. Objektive Benachteiligung (§ 7 Abs. 1 Hs. 1 AGG)	52
III. Subjektive Benachteiligung (§ 7 Abs. 1 Hs. 2 AGG)	53
IV. Zulässige Bevorzungen	54
§ 6 Zulässige unterschiedliche Behandlung (§§ 5, 8 – 10 AGG)	55
I. Überblick	55
1. Sachliche Rechtfertigungsgründe (§§ 8 – 10 AGG)	55
2. Mehrere Benachteiligungsgründe (§ 4 AGG)	56
II. Allgemeiner Rechtfertigungstatbestand (§ 8 AGG)	56
1. Grundsatz	56
2. Wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung	57
a) Definition	57
b) Marktausrichtung des Unternehmens	58
3. Rechtmäßiger Zweck und angemessene Anforderung	59
4. Entgeltgleichheit (§ 8 Abs. 2 AGG)	60
5. Einzelne Differenzierungsmerkmale	61
a) Verbotmerkmal Geschlecht	61
b) Verbotmerkmal Rasse	63
c) Verbotmerkmal ethnische Herkunft	63
d) Verbotmerkmal sexuelle Identität	64
e) Verbotmerkmal Behinderung	65

III. Wegen Religion oder Weltanschauung (§ 9 AGG).....	66
1. Grundsatz.....	66
2. Zulässige unterschiedliche Behandlung im Rahmen von § 9 AGG.....	67
a) Anforderungen an Arbeitgeber.....	67
aa) Beschränkter Arbeitgeberkreis.....	67
bb) Religionsgemeinschaften.....	67
cc) Religionsgemeinschaften zugeordnete Einrichtungen.....	67
dd) Vereinigungen zur Pflege einer Religion oder Weltanschauung.....	68
b) Anforderungen an Beschäftigung.....	68
c) Loyales und aufrichtiges Verhalten (§ 9 Abs. 2 AGG).....	69
3. Zulässige unterschiedliche Behandlung außerhalb von § 9 AGG.....	70
IV. Wegen des Alters (§ 10 AGG).....	72
1. Grundsatz.....	72
2. Regelbeispiele.....	73
a) Erleichterung beruflicher Eingliederung (§ 10 Satz 3 Nr. 1 AGG).....	73
b) Mindestanforderungen (§ 10 Satz 3 Nr. 2 AGG).....	73
c) Höchstalter (§ 10 Satz 3 Nr. 3 AGG).....	74
d) Altersgrenzen in betrieblichen Sozialsystemen (§ 10 Satz 3 Nr. 4 AGG).....	74
e) Alter als Beendigungsgrund (§ 10 Satz 3 Nr. 5 AGG).....	75
f) Sozialauswahl (§ 10 Satz 3 Nr. 6 AGG).....	75
g) Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts (§ 10 Satz 3 Nr. 7 AGG).....	76
h) Sozialpläne (§ 10 Satz 3 Nr. 8 AGG).....	78
3. Sonstige sachliche Rechtfertigung.....	78
V. Verhinderung oder Ausgleich bestehender Nachteile (§ 5 AGG).....	79
§ 7 Rechtsfolgen.....	81
I. Unwirksamkeit von Vereinbarungen (§ 7 Abs. 2 AGG).....	81
1. Überblick.....	81
2. Vereinbarung.....	81
3. Unwirksamkeit.....	82
4. Lückenfüllung.....	82
a) Dispositives Recht.....	82
b) Grundsatz: Neuregelung durch Parteien.....	82
c) Ausnahme: Angleichung nach oben.....	83
aa) Ausschluss einzelner Arbeitnehmer / einer Gruppe von Arbeitnehmern.....	83
bb) Begünstigung einzelner Arbeitnehmer / einer Gruppe von Arbeitnehmern.....	83
II. Unwirksamkeit sonstiger Rechtsgeschäfte (§ 134 BGB).....	84

III. Pflichtverletzung (§ 7 Abs. 3 AGG)	84
1. Geltung der allgemeinen Bestimmungen	84
2. Benachteiligung eines Beschäftigten durch den Arbeitgeber	85
3. Benachteiligung des Arbeitgebers durch einen Beschäftigten	85
4. Benachteiligung eines Beschäftigten durch einen anderen Beschäftigten	85
a) Überblick	85
b) Vertragliche Ansprüche	86
aa) Anspruchsgrundlage	86
bb) Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	86
cc) Schutzwirkung zugunsten anderer Beschäftigter	87
c) Deliktische Ansprüche	88
aa) § 823 Abs. 1 BGB	88
bb) § 823 Abs. 2 BGB	89
cc) § 826 BGB	89
d) Unterlassungsansprüche	90
e) Inanspruchnahme des Arbeitgebers	90
IV. Sonstige Rechtsfolgen	90

3. TEIL: RECHTE UND PFLICHTEN IM ARBEITSVERHÄLTNIS

§ 8 Organisationspflichten des Arbeitgebers (§§ 11 f. AGG) 93

I. Überblick	93
II. Ausschreibung von Arbeitsplätzen (§ 11 AGG)	93
1. Diskriminierungsfreie Ausschreibung (§ 11 AGG)	93
a) Grundsatz	93
b) Gesetzeskonforme Stellenausschreibungen	94
c) Einheitlichkeit	95
d) Problemfelder	95
2. Rechtsfolgen von Pflichtverletzungen	96
a) Beweislastumkehr (§ 22 AGG)	96
b) Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats nach § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG	96
III. Schutzmaßnahmen und Pflichten (§ 12 AGG)	97
1. Schutzmaßnahmen (§ 12 Abs. 1 AGG)	97
a) Grundsatz	97
b) Erforderliche Maßnahmen	97
c) Rechtsfolgen von Pflichtverletzungen	98
2. Einwirkungs- und Hinweispflichten (§ 12 Abs. 2 AGG)	98
a) Grundsatz	98
b) Hinweispflichten	98
c) Einwirkungspflichten	98
d) Schulungsmaßnahmen (§ 12 Abs. 2 Satz 2 AGG)	99

3.	Aushangpflichten (§ 12 Abs. 5 AGG).....	100
4.	Maßnahmen gegenüber Beschäftigten (§ 12 Abs. 3 AGG).....	100
	a) Grundsatz	100
	b) Verstoß von Beschäftigten	101
	c) Individualrechtliche Maßnahmen.....	101
	d) Einzelfälle	102
5.	Maßnahmen gegenüber Dritten (§ 12 Abs. 4 AGG)	103
	a) Grundsatz	103
	b) Verstoß durch Dritte.....	103
	c) Erforderliche Maßnahmen.....	104
	d) Beispiele.....	104
§ 9	Rechte des Beschäftigten (§§ 13 ff. AGG).....	105
I.	Beschwerderecht (§ 13 AGG).....	105
	1. Grundsatz.....	105
	2. Zuständige Stellen	105
	3. Benachteiligung im Zusammenhang mit dem Beschäftigungsverhältnis	106
	a) Benachteiligung	106
	b) Beschäftigungsverhältnis	107
	c) Verbotmerkmal.....	107
	d) Person des Benachteiligenden.....	107
	4. Behandlung der Beschwerde	108
	5. Unterlassungs- und Widerrufsanspruch des Beschwerdegegners.....	108
II.	Leistungsverweigerungsrecht (§ 14 AGG)	109
	1. Voraussetzungen.....	109
	a) Belästigung oder sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz	109
	b) Keine oder offensichtlich ungeeignete Maßnahmen	110
	c) Erforderlichkeit	110
	2. Rechtsfolgen	111
	a) Leistungsverweigerungsrecht.....	111
	b) Entgeltfortzahlung.....	111
III.	Entschädigung und Schadensersatz (§ 15 AGG).....	111
	1. Schadensersatz (§ 15 Abs. 1 AGG).....	112
	a) Voraussetzungen	112
	b) Verschuldenserfordernis	112
	aa) Europarechtskonformität	112
	bb) Ausnahme: Geschlechtsspezifische Diskriminierung.....	112
	cc) Zurechnung des Verhaltens Dritter.....	113
	c) Fristen zur Geltendmachung des Schadensersatzes (Abs. 4)	114
	aa) Geltendmachung gegenüber dem Arbeitgeber (Zwei- Monats-Frist).....	114
	bb) Gerichtliche Geltendmachung (§ 61b Abs. 1 ArbGG).....	115

d) Europarechtliche Bedenken bezüglich der Frist.....	115
e) Umfang des Schadensersatzes.....	116
aa) Naturalrestitution (§§ 249 ff. BGB).....	116
bb) Schadensersatz in Geld.....	116
cc) Nichteinstellung oder -beförderung (§ 15 Abs. 6 AGG).....	117
f) Besonderheiten bei Einstellungen und beruflichem Aufstieg (Abs. 6).....	118
2. Entschädigungsanspruch.....	118
a) Voraussetzungen.....	118
b) Besondere Voraussetzung bei Anwendung kollektivrechtlicher Vereinbarungen (Abs. 3).....	119
c) Fristen zur Geltendmachung des Anspruchs (Abs. 4).....	119
d) Umfang der Entschädigung.....	119
e) Beschränkung bei Nichteinstellung.....	121
3. Verpflichtungen aus sonstigen Rechtsvorschriften (Abs. 5).....	122
IV. Maßregelungsverbot (§ 16 AGG).....	123

4. TEIL: FRAGEN DES RECHTSSCHUTZES

§ 10 Beweislast (§ 22 AGG).....	125
I. Allgemeines.....	125
1. Entstehungsgeschichte.....	125
2. Anwendungsbereich.....	126
a) Sämtliche Diskriminierungsformen.....	126
b) Beschränkung der Beweiserleichterung.....	126
II. Beweislast des Arbeitnehmers.....	127
1. Nachweis der Benachteiligung.....	127
2. Kausalität zwischen Benachteiligung und Verbotmerkmal.....	127
a) Beweiserleichterung (§ 22 AGG).....	127
b) Nachweis der Kausalität.....	128
c) Nachweis von Indizien.....	128
aa) Verstoß gegen Schutzvorschriften.....	128
bb) Statistische Nachweise.....	129
cc) Testing-Verfahren.....	130
d) Besonderheiten bei mittelbarer Diskriminierung.....	130
aa) Statistische Nachweise.....	130
bb) Verkehrsanschauung.....	131
3. Besonderheiten im Bewerbungsverfahren.....	131
a) Diskriminierende Ausschreibung.....	131
b) Einladung von Bewerbern.....	132
c) Personalfragebögen / Bewerbungsgespräch.....	133
aa) Grundsatz.....	133
bb) Beispiele.....	133

cc) Schwerbehinderteneigenschaft	134
dd) Geburtsort / Geburtsdatum	135
d) Keine Indizwirkung der Einstellungsentscheidung	135
4. Beweisverfahren	136
III. Gegenbeweis des Arbeitgebers.....	136
1. Grundsatz.....	136
2. Beispiele	137
3. Besonderheiten im Bewerbungsverfahren	137
§ 11 Klagerecht von Gewerkschaften und Betriebsrat.....	139
I. Überblick.....	139
II. Betriebliche Voraussetzungen des Klagerechts.....	140
III. Grober Verstoß.....	140
1. Begriff.....	140
2. Kollektiver Bezug.....	141
3. Wiederholungsgefahr.....	142
4. Verschulden	143
5. Beispiele	143
IV. Klagerecht	144
1. Klageberechtigung.....	144
a) Betriebsrat und Gewerkschaft	144
b) Personalräte.....	144
2. Verweis auf § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG.....	144
3. Klagebegehren	145
V. Vollstreckungsverfahren.....	145
§ 12 Unterstützung durch Antidiskriminierungsverbände	
(§ 23 AGG).....	147
I. Überblick.....	147
II. Antidiskriminierungsverband.....	147
1. Begriff.....	147
2. Besondere Rechte	148
III. Unterstützungsrechte.....	148
1. Prozessuales Auftreten.....	148
a) Auftreten als Beistand.....	148
b) Keine Prozessvertretung.....	149
2. Besorgung von Rechtsangelegenheiten	149
IV. Besondere Klagerechte und Vertretungsbefugnisse von Behindertenverbänden.....	150

5. TEIL: UMSETZUNG IN DER BETRIEBLICHEN PRAXIS

§ 13 Auswirkungen auf das Personalwesen	151
I. Überblick.....	151
II. Begründung des Arbeitsverhältnisses.....	151
1. Stellenausschreibung	151
2. Bewerberauswahl.....	153
3. Bewerbungsgespräch	154
4. Ablehnung von Bewerbern	154
III. Bestehendes Beschäftigungsverhältnis.....	155
1. Generelle Obliegenheiten des Arbeitgebers.....	155
a) Überblick.....	155
b) Schulungs- und Informationsobliegenheit.....	155
c) Handlungsobliegenheit.....	156
2. Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen	156
3. Beruflicher Aufstieg	158
4. Vergütung	158
a) Entgeltgleichheit	158
b) Verheiratetenzuschlag	159
c) Alter, Berufserfahrung und Betriebszugehörigkeit	159
5. Arbeitszeit.....	160
6. Pausen, Feiertage und Urlaub	160
7. Kleidungsvorschriften.....	161
8. Umgang zwischen Kollegen	161
9. Benachteiligung / Belästigung durch Geschäftspartner	162
IV. Beendigung des Arbeitsverhältnisses	162
1. Kündigung	162
a) Keine diskriminierenden Kündigungen.....	162
b) Sozialauswahl.....	163
aa) Lebensalter als soziales Auswahlkriterium	163
bb) Unkündbarkeitsregelungen.....	163
2. Verzicht auf Verlängerung der Befristung.....	164
3. Automatische Beendigung durch Erreichen von Altersgrenzen	164
§ 14 Umsetzung des AGG in der betrieblichen Praxis	165
I. Umgehende Information der Mitarbeiter.....	165
II. Stellenausschreibungen überprüfen.....	166
III. Personalfragebögen überprüfen.....	167
IV. Vertragscheck durchführen	167
V. Transparente und diskriminierungsfreie Vergütungs- und Karriereregulungen.....	168
VI. Ungleichbehandlungen bedürfen eines guten Grunds	169

VII. Beschwerdestelle einrichten 170
 VIII. Führungskräfte schulen 170
 IX. Maßnahmen dokumentieren 171
 X. Antidiskriminierungsvereinbarung schließen..... 172

ANHANG I: GESETZE UND RICHTLINIEN

**Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur
 Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung 173**
**Auszug: Zweites Gesetz zur Änderung des
 Betriebsrentengesetzes* 201**
Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 203
Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000..... 213
**Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des
 Rates vom 23. September 2002 229**
Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 241

ANHANG II: CHECKLISTEN UND MUSTER

Checkliste 1: Das Bewerbungsverfahren 253
Checkliste 2: Formulierung neutraler Stellenanzeigen 257
Checkliste 3: Das Fragerecht im Bewerbungsgespräch..... 259
Merkblatt für Mitarbeiter 261
Musterbetriebsvereinbarung..... 265
**Handlungsleitfaden: Der richtige Umgang mit einem
 Diskriminierungsverdacht..... 273**
Sachverzeichnis 277

Literaturverzeichnis

- Adam*, Religionsfreiheit im Arbeitsrecht, NZA 2003, 1375, 1379
- Alenfelder*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht, 2006 (Onlinedokument auf http://www.deubner-recht.de/downloads/dls_detail.php?primary=187788)
- Annuß*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht, BB 2006, 1629 ff.
- Bauer/Evers*, Schadensersatz und Entschädigung bei Diskriminierung – Ein Fass ohne Boden?, NZA 2006, 893 ff.
- Bauer/Krieger*, Ein Hallelujah für die Anwaltschaft, BB Beilage 2004 Nr. 16, 20 ff.
- Bauer/Thüsing/Schunder*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – Alter Wein in neuen Schläuchen?, NZA 2006, 774 ff.
- Bayreuther*, Kündigungsschutz im Spannungsfeld zwischen Gleichbehandlungsgesetz und europäischem Antidiskriminierungsrecht, DB 2006, 1842 ff.
- Bergwitz*, Die neue EG-Richtlinie zur Beweislast bei geschlechtsbedingter Diskriminierung, DB 1999, 94 ff.
- Biester*, Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf die betriebliche Praxis, jurisPR-ArbR 35/2006 Nr. 6.
- Boemke*, Die Betriebsratswahl (2005)
- Boemke*, Studienbuch Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2004 (zitiert: Boemke, ArbR)
- Boemke*, Neue Selbständigkeit und Arbeitsverhältnis, ZfA 1998, 285 ff.
- Boemke*, Ungleiche Kündigungsfristen für Arbeiter und Angestellte – BVerfGE 82, 126, JuS 1991, 813 ff.
- Boemke/Gründel*, Grundrechte im Arbeitsverhältnis, ZfA 2001, 245 ff.
- Busch*, Antidiskriminierungsgesetz kommt doch, AiB 2006, 331 ff.
- Däubler*, Weltanschauung auf europäisch, NJW 2006, 2608 f.
- Däubler/Kittner/Klebe*, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Kommentar, 10. Aufl. 2006 (zitiert: DKK/Bearbeiter)

- Diller/Krieger/Arnold*, Kündigungsschutzgesetz plus Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Sind Arbeitnehmer in Zukunft doppelt vor Kündigungen geschützt, NZA 2006, 887 ff.
- Düwell*, Die Neuregelung des Verbots der Benachteiligung wegen Behinderung im AGG, BB 2006, 1741 ff.
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2006 (zitiert: *ErfK/Bearbeiter*)
- Erman*, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 11. Auflage 2004 (zitiert: *Erman/Bearbeiter*)
- Fischer*, Diskriminierung? Nein Danke!, HR- NewsService 07/2006, S. 3.
- Fitting/Engels/Schmidt/Auffarth*, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 23. Auflage 2006 (zitiert: *Fitting, BetrVG*)
- Gaul/Naumann*, Entwurf des allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, ArbRB 2006, 176 ff.
- Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Band II, 8. Aufl. 2005 (zitiert: *GK-BetrVG/Bearbeiter*)
- Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 7. Aufl. 2004 (zitiert: *KR/Bearbeiter*)
- Grobys*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, NJW-Spezial 2006, 417
- Grobys*, Die Beweislast im Anti-Diskriminierungsprozess, NZA 2006, 898 ff.
- Henssler/Willemsen/Kalb*, Arbeitsrecht Kommentar, 2. Aufl. 2006 (zitiert: *HWK/Bearbeiter*)
- Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht Band 2, Kollektivarbeitsrecht und Arbeitsstreitigkeiten, 3. Aufl. 2004
- v. Hoyningen-Huene*, Betriebsverfassungsrecht, 5. Aufl. 2002
- Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar, 8. Aufl. 2006 (zitiert: *GGKomm/Bearbeiter*)
- Jauernig*, Kommentar zum BGB, 11. Auflage 2004 (zitiert: *Jauernig/Bearbeiter*)
- Kamanabrou*, Rechtsfolgen unzulässiger Diskriminierungen im Antidiskriminierungsrecht, ZfA 2006, 327 ff.
- Kamanabrou*, Die arbeitsrechtlichen Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, demnächst in RdA
- Klumpp*, § 23 BetrVG als Diskriminierungssanktion?, NZA 2006, 904 ff.
- Kossens/von der Heide/Maaß*, Praxiskommentar zum Behindertenrecht (SGB IX), 2. Auflage 2006 (zitiert: *Kossens/von der Heide/Maaß/Bearbeiter*)
- Lachwitz/Schellhorn/Welti*, HK-SGB IX, Handkommentar (zitiert: *Lachwitz/Schellhorn/Welti/Bearbeiter*)

- Leuchten*, Der Einfluss der EG-Richtlinien zur Gleichbehandlung auf das deutsche Arbeitsrecht, NZA 2001, 1254 ff.
- Löwisch*, Kollektivverträge und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, DB 2006, 1729 ff.
- Löwisch*, Kündigen unter dem AGG, BB 2006, 2189 ff.
- Messingschlager*, „Sind Sie schwerbehindert?“ – Das Ende einer (un)beliebten Frage, NZA 2003, 301 ff.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl. 2005 (zitiert: MüKoBGB/*Bearbeiter*)
- v. *Münch/Kunig*, Grundgesetz-Kommentar, Band 3, 5. Auflage 2003 (zitiert: v. Münch/Kunig/*Bearbeiter*)
- Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen, Sozialgesetzbuch IX, Kommentar, 11. Aufl. 2005 (zitiert: Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen/*Bearbeiter*)
- Oetker*, Anmerkung zu GA EuGH, ZIP 1997, 802 ff.
- Oetker*, Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht (zitiert: *Bearbeiter* FS BAG)
- Palandt*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 64. Auflage 2005 (zitiert: Palandt/*Bearbeiter*)
- Pfarr*, Das Zweite Gleichberechtigungsgesetz, RdA 1995, 204 ff.
- Prütting*, Beweisrecht und Beweislast im arbeitsgerichtlichen Diskriminierungsprozess, Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004
- Richardi*, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Kommentar, 8. Auflage 2006 (zitiert: Richardi/*Bearbeiter*, BetrVG)
- Richardi*, Neues und Altes – Ein Ariadnefaden durch das Labyrinth des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, NZA 2006, 881 ff.
- Rieble/Zedler*, Altersdiskriminierungen in Tarifverträgen, ZfA 2006, 273 ff.
- Riesenhuber*, Die Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitnehmern, JZ 1999, 711 ff.
- Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 11. Auflage 2005 (zitiert: Schaub/*Bearbeiter*, ArbR-Hdb.)
- Schaub*, Ist die Frage nach der Schwerbehinderung zulässig, NZA 2003, 299 ff.
- Schiek*, Gleichbehandlungsrichtlinien der EU – Umsetzung im deutschen Arbeitsrecht, NZA 2004, 873 ff.
- Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung der 13. Bearbeitung 2005 (zitiert: Staudinger/*Bearbeiter*)
- v. *Steinau-Steinrück/Schneider/Wagner*, Der Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes: Ein Beitrag zur Kultur der Antidiskriminierung?, NZA 2005, 28 ff.
- Thüsing*, Das Arbeitsrecht der Zukunft? – Die deutsche Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien im internationalen Vergleich, NZA 2004, Sonderbeilage zu Heft 22, S. 3 ff.

Thüsing/Lambrich, Das Fragerecht des Arbeitgebers – aktuelle Probleme zu einem klassischen Thema, BB 2002, 1146 ff.

Treber, Arbeitsrechtliche Neuerungen durch das „Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Arbeitsgerichtsgesetzes“, NZA 1998, 856 ff.

Willemsen/Schweibert, Schutz der Beschäftigten im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, NJW 2006, 2583

Wisskirchen, Der Umgang mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz – Ein „Kochrezept“ für Arbeitgeber, DB 2006, 1491 ff.

Wolff, Kulturrevolution im Arbeitsrecht, AuA 2005, 82 ff.

Worzalla, Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (2006) (zitiert: *Worzalla*, AGG)

Zöller, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 25. Auflage 2005 (zitiert: *Zöller/Bearbeiter*)

1. TEIL: GRUNDLAGEN

§ 1 Einleitung

I. Europarechtliche Vorgaben

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz transformiert die Vorgaben von vier EU-Richtlinien in innerstaatliches Recht. Es handelt sich um folgende Richtlinien: **1**

- Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (ABl. EG Nr. L 180 S. 22);
- Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. EG Nr. L 303 S. 16);
- Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. EG Nr. L 269 S. 15) sowie
- Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (ABl. EG Nr. L 373 S. 37).

Diese Richtlinien verpflichten die EU-Mitgliedstaaten, den Schutz vor Benachteiligungen im Bereich Beschäftigung und Beruf hinsichtlich der Merkmale „Rasse“, „ethnische Herkunft“, „Religion und Weltanschauung“, „Behinderung“, „Alter“, „sexuelle Identität“ und „Geschlecht“ einfachgesetzlich zu normieren. Bezüglich der Merkmale „Rasse“, „ethnische Herkunft“ und „Geschlecht“ ist dies im allgemeinen Zivilrecht für bestimmte Geschäfte des Massenverkehrs ebenfalls vorgesehen. **2**

Hinter diesen Regelungen steht der Gedanke, dass die Europäische Union nicht nur eine Wirtschafts-, sondern auch eine Wertegemeinschaft ist. Dies kommt in Art. 13 EG-Vertrag zum Ausdruck, der die Europäische Gemeinschaft ermächtigt, im Rahmen der ihr übertragenen Zuständigkeiten geeignete Vorkehrungen zu treffen, um „Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der **3**

ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung“ zu bekämpfen.

II. Bisherige gesetzliche Regelungen

- 4 Bereits zuvor sahen zahlreiche Vorschriften einen Diskriminierungsschutz vor. Verfassungsrechtlich legte Art. 3 Abs. 3 GG fest, dass eine Ungleichbehandlung auf Grund des Geschlechts, der Abstammung, der Rasse, der Sprache, der Heimat und Herkunft, des Glaubens, der religiösen oder politischen Anschauungen sowie einer Behinderung unzulässig ist. Diese Verfassungsnorm hatte in Privatrechtsbeziehungen zwar keine unmittelbare Drittwirkung, entfaltete aber gleichwohl über Generalklauseln und andere ausfüllungsbedürftige Rechtsbegriffe sowie im Wege der verfassungskonformen Interpretation eine sogenannte mittelbare Drittwirkung für den Privatrechtsverkehr¹.
- 5 In anderen Bereichen waren auf einfachgesetzlicher Ebene Antidiskriminierungsvorschriften in Deutschland kontinuierlich ausgebaut worden. Als Beispiele sind zu nennen:
- Diskriminierungen wegen des Geschlechts sind seit 1980 arbeitsrechtlich untersagt und sanktioniert (§ 611a BGB a. F.).
 - Die Grundsätze des Art. 3 Abs. 3 GG haben im Bereich des öffentlichen Dienstes sowohl im Beamtenrechtsrahmengesetz als auch im Bundesbeamtengesetz (§ 8 BBG) ihren Niederschlag gefunden.
 - Mit dem Beschäftigtenschutzgesetz aus dem Jahr 1994 wurden sexuelle Belästigungen sowohl in der Privatwirtschaft als auch im öffentlichen Dienst ausdrücklich untersagt und sanktioniert.
 - Nach § 75 Abs. 1 BetrVG haben Arbeitgeber und Betriebsrat darüber zu wachen, dass alle im Betrieb tätigen Personen nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit behandelt werden, insbesondere, dass jede unterschiedliche Behandlung von Personen wegen ihrer Abstammung, Religion, Nationalität, Herkunft, politischen oder gewerkschaftlichen Betätigung bzw. Einstellung, wegen ihres Geschlechts bzw. ihrer sexuellen Identität sowie ihres Alters unterbleibt.
 - Durch die am 23. Dezember 2000 in Kraft getretene Änderung des Artikels 12a Abs. 4 Satz 2 GG wurde Frauen der Zugang in alle Bereiche der Streitkräfte ermöglicht.
 - In dem am 5. Dezember 2001 in Kraft getretenen Bundesgleichstellungsgesetz sind vielfältige Fördermaßnahmen enthalten, um gegen Diskriminierungen wegen des Geschlechts innerhalb der Bundesverwaltung vorzugehen.

¹ Grundlegend zur Wirkung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr *Boemke/Gründel*, ZfA 2001, S. 245 ff.

- § 554a BGB sieht seit dem Jahr 2001 die Barrierefreiheit im Mietrecht vor.
- Im Neunten Buch Sozialgesetzbuch wurden 2001 ein allgemeines Diskriminierungsverbot (§ 81 SGB IX) sowie weitreichende positive Maßnahmen zur Verbesserung der Beschäftigungssituation schwerbehinderter Menschen festgeschrieben.
- Mit dem am 1. Mai 2002 in Kraft getretenen Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen wurden Gleichstellung und Barrierefreiheit im öffentlichen Recht verankert. Der Durchsetzung des Benachteiligungsverbots für Träger öffentlicher Gewalt sowie der Regelungen zur Barrierefreiheit dient ein für anerkannte Verbände vorgesehenes Verbandsklagerecht.
- In diesem Zusammenhang wurde auch das Gaststättengesetz um eine Verpflichtung zur Herstellung von Barrierefreiheit unter anderem bei Neuanlagen ergänzt.
- Das 2002 in Kraft getretene Gesetz zur Verbesserung der rechtlichen und sozialen Situation der Prostituierten beseitigte die rechtliche Diskriminierung Prostituiertener im Arbeitsrecht.

Der Diskriminierungsschutz war damit bruchstückhaft und über viele Gesetze verteilt geregelt. Ein arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz bestand vor allem bei Diskriminierungen wegen des Geschlechts und bei Benachteiligungen wegen einer Behinderung. Hinsichtlich der Diskriminierungsmerkmale Rasse, ethnische Herkunft, Religion oder Weltanschauung und sexuelle Identität gab es in Deutschland bisher noch keinen ausdrücklichen und umfassenden arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutz. Zugunsten von Arbeitnehmern, die in einem Arbeitsverhältnis stehen, griff aber in ständiger Rechtsprechung der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz ein². 6

III. Entstehungsgeschichte des Gesetzes

Mit den oben genannten Richtlinien³ hat der Rat der Europäischen Union den Diskriminierungsschutz im Rahmen seiner Zuständigkeit nach Art. 13 EG-Vertrag umfassend geregelt. Es sollen hierdurch nicht nur zusätzliche Rechte bei Benachteiligungen eingeführt, sondern gleichzeitig auch die Möglichkeiten faktischer Rechtsdurchsetzung verbessert werden. 7

Die Umsetzung dieser Richtlinien in deutsches Recht gestaltete sich schwierig. Bestrebungen zur Umsetzung der europäischen Richtlinienvorgaben reichen bis in das Jahr 2001 zurück. Im Jahr 2004 wurde der Regierungsentwurf eines einheitlichen 8

² Zum allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz siehe nur *Boemke*, ArbR, § 5 Rn. 113 ff.

³ Siehe oben § 1 Rn. 1.

lichen Antidiskriminierungsgesetzes vorgelegt⁴, der zu erheblichen Diskussionen zwischen den politischen Parteien, aber auch in der Öffentlichkeit führte. Nach einigen Änderungen verabschiedete am 17.6.2005 der Bundestag das „Gesetz zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsvorschriften“ (ADG) in zweiter und dritter Lesung. Allerdings passierte dieses auf Grund vorgezogener Neuwahlen nicht mehr den Bundesrat und fiel deshalb dem Grundsatz der sachlichen Diskontinuität zum Opfer.

- 9 Die Fristen für die Umsetzung der drei erstgenannten Richtlinien waren bereits im Jahr 2003 abgelaufen. Nachdem der EuGH im Jahr 2005 einen Verstoß Deutschlands gegen die Verpflichtung zur Umsetzung der Richtlinie 2000/43 /EG⁵ sowie im Jahr 2006 auch einen Verstoß gegen die Verpflichtung zur Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG⁶ festgestellt hatte, drohten der Bundesrepublik nach Art. 228 Abs. 2 EG Zwangsgelder in unbegrenzter Höhe.
- 10 Es bestand daher akuter Handlungsbedarf. Trotz der von der CDU-/CSU-Fraktion als Oppositionsparteien geäußerten Kritik trugen sie nun als Regierungsparteien den Entwurf des „Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes“ (AGG) mit, der sich nur in Nuancen von dem zunächst abgelehnten Entwurf des Antidiskriminierungsgesetzes unterschied⁷. Auch In der Öffentlichkeit führte dieser Entwurf nochmals zu einer breiten politischen Diskussion. Am 29.6.2006 wurde das Gesetz letztendlich verabschiedet und trat am 18.8.2006 in Kraft. Bis auf wenige Ausnahmen entspricht das AGG dem 2005 verabschiedeten ADG.

IV. Änderungen des AGG

- 11 Mit Beschluss vom 19.10.2006 hat der Deutsche Bundestag bereits die erste Änderung des AGG beschlossen. Auf Vorschlag des Ausschusses für Arbeit und Soziales sollen § 10 Satz 3 Nr. 6 und Nr. 7 AGG gestrichen werden, weil wegen § 2 Abs. 4 AGG diese Bestimmungen leer liefen. Für Kündigungen gelten danach nämlich ausschließlich die Bestimmungen des allgemeinen und des besonderen Kündigungsschutzes⁸.

⁴ BT-Drucks. 15/4538.

⁵ *EuGH* vom 28.4.2005, *EuZW* 2005, S. 444.

⁶ *EuGH* vom 23.2.2006, *NZA* 2006, S. 553.

⁷ *Richardi*, *NZA* 2006, S. 881.

⁸ Begründung des Ausschusses, *BT-Drs.* 16/3007, S. 20.

§ 2 Differenzierungsverbote (§ 1 AGG)

I. Einleitung

Das AGG normiert kein umfassendes Gebot der Gleichbehandlung, sondern untersagt, bestimmte, in § 1 AGG genannte Kriterien zum Gegenstand einer Benachteiligung zu machen. Diese Kriterien sind: **1**

- Rasse und ethnische Herkunft,
- Geschlecht,
- Religion und Weltanschauung,
- Behinderung,
- Alter,
- sexuelle Identität.

Die Differenzierung anhand sonstiger Kriterien ist nach dem AGG und auch europarechtlich gestattet¹. Der Arbeitgeber ist jedoch im Rahmen bestehender Arbeitsverhältnisse nach nationalem deutschem Recht bei arbeitsrechtlichen Maßnahmen und Entscheidungen an den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden². **2**

Als Verbotshandlungen nennt und untersagt das AGG in § 3: **3**

- die unmittelbare Benachteiligung,
- die mittelbare Benachteiligung,
- die Belästigung,
- die sexuelle Belästigung,
- die Anweisung zur Benachteiligung.

¹ *Biester*, jurisPR-ArbR 35/2006 Nr. 6 unter A I.

² Zum allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz siehe nur *Boemke*, ArbR, § 5 Rn. 113 ff.

II. Rasse

1. Begriff

- 4 Das Merkmal „Rasse“ ist von der Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG vorgegeben. Die Verwendung des Begriffs „Rasse“ ist nicht unproblematisch. Tatsächlich gibt es keine unterschiedlichen „Rassen“, sondern nur eine menschliche „Rasse“. Deshalb weist die Gesetzesbegründung auch ausdrücklich darauf hin, dass das Gesetz nicht etwa das Vorhandensein verschiedener menschlicher „Rassen“ voraussetzt, sondern derjenige, der sich rassistisch verhält, eben dies annimmt. Glücklicher wäre es daher gewesen, wenn der deutsche Gesetzgeber in Anlehnung an Bestimmungen im belgischen Recht von „vorgeblicher“ Rasse gesprochen hätte³.
- 5 Eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse liegt vor, wenn der Benachteiligende wegen aus seiner Sicht bestehender unterschiedlicher Rassen einen von ihm einer solchen Rasse zugeordneten Menschen auf Grund dieser Zuordnung benachteiligt⁴. Gemeint ist damit das Verbot jeder Benachteiligung wegen der Hautfarbe oder anderer bestimmter, vererblicher körperlicher Merkmale, wie z. B. Physiognomie oder Körperbau, die mit einer bestimmten, nach biologischen Kriterien definierten Gruppe in Verbindung gebracht werden⁵. Der auch in Artikel 13 des EG-Vertrags erwähnte Begriff der Rasse ist in einem umfassenden Sinn zu verstehen, denn er soll einen möglichst lückenlosen Schutz vor rassistisch motivierter Benachteiligung gewährleisten⁶. Daher kommt es für das Eingreifen des Benachteiligungsverbots nicht darauf an, ob das gewählte Kriterium objektiv geeignet ist, eine bestimmte „Rassezugehörigkeit“ zu kennzeichnen. Wie § 7 Abs. 1 Hs. 2 AGG zeigt, muss es entsprechend der Schutzrichtung, Rassismus und Fremdenfeindlichkeit entgegenzuwirken, ausreichen, wenn der Benachteiligende selbst subjektiv das von ihm verwendete Merkmal als geeignet für eine Unterscheidung nach der Rasse ansieht.

2. Beispiele

- 6 Klassisches Beispiel für die grundsätzlich unzulässige Unterscheidung nach der Rasse ist die Anknüpfung an die Hautfarbe⁷, wie z. B. die Entscheidung, keine „Schwarzen“ oder nur „Weiße“ einzustellen. Entsprechendes gilt, wenn die Unterscheidung an eine nach dem Willen des Handelnden – vermeintlich – angenommene Rassezugehörigkeit anknüpfen soll.

³ Vgl. *Thüsing*, NZA 2004, Sonderbeilage zu Heft 22, S. 3, 9.

⁴ *Worzalla*, AGG, S. 29.

⁵ *Annuß*, BB 2006, S. 1629; *Biester*, jurisPR-ArbR 35/2006 Nr. 6 unter A I 1 a; *Thüsing*, NZA 2004, Sonderbeilage zu Heft 22, S. 3, 9.

⁶ BT-Drucks. 16/1780, S. 30.

⁷ *Thüsing*, NZA 2004, Sonderbeilage zu Heft 22, S. 3, 10.

3. Abgrenzung

Im Einzelfall stellt sich die Frage der Abgrenzung zur Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft oder der Religion, so z. B., wenn ein Geschäftsführer eines Unternehmens verkündet, keine Juden einzustellen. Soweit es dem Geschäftsführer hierbei auf die Herkunft bzw. auf die gelebte Religion des Einstellenden ankommt, ist keine Benachteiligung aus Gründen der Rasse gegeben. In der Regel werden sich solche Äußerungen jedoch auf die Zugehörigkeit der vom Benachteiligten angenommenen jüdischen „Rasse“ beziehen. 7

III. Ethnische Herkunft

1. Begriff

Das Merkmal „ethnische Herkunft“ wird ebenfalls von der Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG vorgegeben, ohne dass die Richtlinie eine positive Umschreibung des Begriffs enthält. Soweit die europarechtliche Dogmatik beim Verständnis eines Begriffs nicht weiterhilft, können nationale Grundsätze auch beim Verständnis auf Europarecht beruhender Normen berücksichtigt werden. Beim Begriff der „ethnischen Herkunft“ kann deshalb das Verständnis des Begriffs „Heimat und Herkunft“ des Art. 3 Abs. 3 GG herangezogen werden. 8

Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist dem Wort „Herkunft“, ähnlich wie dem verwandten, gelegentlich sogar synonym gebrauchten Wort „Abstammung“, das Element des Überkommenen eigentümlich, das zwar in die Gegenwart hineinwirkt, aber von der gegenwärtigen Lage des Menschen unabhängig ist. Häufig besteht gerade ein gewisses Spannungsverhältnis zwischen der gegenwärtigen sozialen Lage und derjenigen, in die der Mensch hineingeboren ist. „Herkunft“ meint also die von den Vorfahren hergeleitete soziale Verwurzelung, nicht die in den eigenen Lebensumständen begründete Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Schicht⁸. Herkunft ist danach die sozialökonomische oder ständige Verwurzelung, während Heimat dagegen örtlich im Sinn von Geburtsort und landsmannschaftlicher Zugehörigkeit zu verstehen ist⁹. 9

Darüber hinaus weist die Gesetzesbegründung zum AGG darauf hin, dass der Begriff auch Kriterien umfasst, wie sie das internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 7.3.1966 aufweist. Das ist neben der Benachteiligung auf Grund der Rasse und der Hautfarbe auch die Benachteiligung aus Gründen des nationalen Ursprungs oder des Volkstums im Sinn des ethnischen Ursprungs. Vor diesem Hintergrund und im Kontext mit den anderen Benachteiligungsmerkmalen kann mit dem Begriff „ethnische Herkunft“ eine auf Grund von Gebräuchen, Herkunft, Erscheinung, Hautfarbe, äußerem 10

⁸ BVerfG vom 22.1.1959, NJW 1959, S. 715 ff.

⁹ BVerfG vom 30.5.1978, BVerfGE 48, S. 281, 287 f.

Erscheinungsbild, Sprache oder Religion als einheitlich wahrgenommene „abgegrenzte“ Gruppe von Menschen beschrieben werden¹⁰. Auch hier kommt es entsprechend der Schutzrichtung des Gesetzes nicht darauf an, ob objektiv eine ethnische Gruppe vorliegt, sondern, dass der Benachteiligende Menschen wegen einer von ihm angenommenen Herkunft benachteiligt.

2. Beispiele

- 11 Dementsprechend knüpft eine Ausgrenzung, weil der Arbeitnehmer bzw. Bewerber zur Gruppe der Sinti und Roma gehört¹¹ oder arabischer Abstammung ist, unzulässig an die ethnische Herkunft an.
- 12 Der Anwendungsbereich setzt nicht voraus, dass es sich um ein Merkmal handelt, das auf ausländische Mitbürger bzw. Arbeitnehmer bezogen ist. Entsprechend dem Ziel, jede Art von Fremdenfeindlichkeit im Arbeitsleben zu verhindern, dürfen Menschen auch nicht benachteiligt werden, weil sie aus unterschiedlichen Gebieten innerhalb von Deutschland kommen (Bayern, Schwaben, Sachsen, Norddeutsche usw.)¹².
- 13 Soweit verbreitet die Auffassung vertreten wird, die Benachteiligung eines Deutschen, weil er aus dem Beitrittsgebiet oder der Bundesrepublik Deutschland in den Grenzen vom 2. Oktober 1990 komme, sei 16 Jahre nach der Wiedervereinigung keine Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft, kann dem nicht gefolgt werden¹³. Der Gesetzeszweck ist darin zu sehen, dass Menschen nicht auf Grund ihrer Geburt oder Herkunft wegen vermeintlicher Andersartigkeit im Berufsleben benachteiligt werden. Dahingehende Vorbehalte können aber nicht nur gegenüber Ausländern, sondern auch gegenüber Deutschen bestehen und müssen dementsprechend nach dem Gesetzeszweck pönalisiert werden.
- 14 **Beispiel:** *Der hanseatische Fischverkäufer Fritz Fischer sucht für seinen Verkaufsstand auf dem Hamburger Fischmarkt einen Verkäufer. Die Bewerbung von Roy Stange bleibt unberücksichtigt, weil dieser als Geburtsort Pirna/Sa. angegeben hat und Fischer die Zusammenarbeit mit „Ostdeutschen“, insbesondere Sachsen, aus grundsätzlichen Erwägungen heraus ablehnt.*
- Folge:** *Da Fischer die Bewerbung von Stange wegen dessen Herkunft aus Sachsen unberücksichtigt gelassen hat, liegt eine Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft vor. Fischer ist nach § 15 AGG zur Entschädigung, ggf. auch zum Schadensersatz verpflichtet (§ 15 Abs. 1 und Abs. 2 AGG). Ein Einstellungsanspruch von Stange besteht jedoch nicht (§ 15 Abs. 6 AGG).*

¹⁰ Worzalla, AGG, S. 30; ähnlich Thüsing, NZA 2004, Sonderbeilage zu Heft 22, S. 3, 9.

¹¹ Thüsing, NZA 2004, Sonderbeilage zu Heft 22, S. 3, 10.

¹² A. A. Biester, jurisPR-ArbR 35/2006 Nr. 6 unter A I 1 b; Worzalla, AGG, S. 31.

¹³ Biester, jurisPR-ArbR 35/2006 Nr. 6 unter A I 1 b; Worzalla, AGG, S. 31.

3. Abgrenzung

Überschneidungen bestehen zunächst zu dem Benachteiligungstatbestand „aus Gründen der Rasse“¹⁴. Dies kann aber letztlich dahinstehen, weil die Unterscheidung gleichermaßen untersagt ist und auch hinsichtlich der Rechtfertigungsmerkmale keine Unterschiede bestehen. So verstößt z. B. die Nichteinstellung von Asiaten entweder gegen das Verbot der Benachteiligung wegen der Rasse oder der ethnischen Herkunft. **15**

Da die Zugehörigkeit zu einer Religion prägendes Merkmal einer bestimmten Gruppe von Menschen sein kann, können sich auch Überschneidungen mit dem Benachteiligungsmerkmal „Religion“ ergeben. Hier ist genau zu untersuchen, ob der Grund für die Benachteiligung tatsächlich in der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religion zu sehen ist. Falls die Bezeichnung der Religion nur die Bezeichnung für Menschen einer Region, in der die Menschen in der Regel dieser Religion angehören, beinhaltet, handelt es sich um eine Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft. So wird zum Beispiel bei der Benachteiligung von „Islamisten“ häufig davon auszugehen sein, dass es sich bei dieser Bezeichnung um Menschen mit einer Herkunft aus arabischen Staaten handelt, ohne dass es auf deren tatsächliche Religionszugehörigkeit ankommen soll. **16**

Bei der Benachteiligung wegen der (objektiv gegebenen) Staatsangehörigkeit ist zu unterscheiden. Ist mit der diskriminierten Staatsangehörigkeit nicht die objektiv bestehende Staatsangehörigkeit, sondern die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Volks- und Kulturgemeinschaft gemeint, liegt eine unmittelbare Benachteiligung wegen ethnischer Herkunft vor¹⁵. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Arbeitgeber grundsätzlich „keine Türken“ einstellt und hierunter auch türkischstämmige Bewerber versteht, die deutsche Staatsbürger sind. Wird hingegen allein auf die objektiv bestehende Staatsbürgerschaft abgestellt, liegt keine unmittelbare, aber regelmäßig eine mittelbare Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft vor. Die Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Benachteiligung ist im Hinblick auf die unterschiedlichen Zulässigkeits- bzw. Rechtfertigungsanforderungen von wesentlicher Bedeutung. **17**

IV. Geschlecht

1. Begriff

Der Begriff des Geschlechts umfasst das männliche und das weibliche Geschlecht, maßgeblich ist allein die objektive Zugehörigkeit zu einem der beiden Geschlechter. Erfasst werden aber auch intersexuelle Personen (Hermaphroditen). **18**

¹⁴ Siehe oben § 2 Rn. 7.

¹⁵ *Thüsing*, NZA 2004, Sonderbeilage zu Heft 22, S. 3, 10.

2. Beispiele

- 19** Eine unterschiedliche Behandlung liegt vor, wenn Maßnahmen sich lediglich auf die Angehörigen eines Geschlechts beziehen, und zwar auch dann, wenn die Benachteiligung nicht in böser Absicht erfolgt. Dies ist z. B. der Fall, wenn in einem Einstellungsverfahren Frauen unberücksichtigt bleiben, weil für diese die Arbeit zu schwer sei¹⁶. Im Einzelfall kann hierbei auf die Rechtsprechung, namentlich des BAG und des EuGH, zu § 611a BGB a. F. zurückgegriffen werden.

3. Abgrenzung

- 20** Fraglich ist die Abgrenzung der sexuellen Identität zur Inter- sowie der Transsexualität.
- 21** Nach der Gesetzesbegründung wird auch die Intersexualität von dem Merkmal „sexuelle Identität“ erfasst. Intersexuelle Menschen weisen aber Merkmale beider Geschlechter auf, so dass es sich richtigerweise um eine Frage des Geschlechts handelt.
- 22** Nach dem EuGH¹⁷ soll es sich auch bei der Transsexualität um ein Geschlechtsmerkmal handeln. Beim Transsexuellen erfolgt die Benachteiligung jedoch wegen der Geschlechtsumwandlung, nicht wegen des Geschlechts. Spätestens mit der Einbeziehung der geschlechtlichen Identität in den Schutzbereich des Benachteiligungsschutzes dürfte die Rechtsprechung des EuGH deshalb obsolet sein. Auch die Gesetzesbegründung ordnet die Transsexualität der sexuellen Identität zu. Die Einordnung zum Geschlecht oder zur sexuellen Identität hat praktisch keine Relevanz, weil beide Benachteiligungsmerkmale gleichrangig vom Benachteiligungsschutz umfasst sind.
- 23** Zweifelhaft mag auch erscheinen, inwieweit geschlechtsspezifische Dispositionen durch das Kriterium des Geschlechts umfasst werden¹⁸. Jedenfalls für den Bereich Beschäftigung und Beruf ordnet § 3 Abs. 1 Satz 2 AGG ausdrücklich an, dass eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts auch im Fall einer ungünstigeren Behandlung einer Frau wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft vorliegt¹⁹.

¹⁶ BVerfG vom 16.11.1993, BVerfGE 89, S. 276 ff.

¹⁷ EuGH vom 30.4.1996, NJW 1996, S. 2421.

¹⁸ Prinzipiell ablehnend Staudinger/Annuf, § 611a Rn. 33.

¹⁹ Vgl. Annuf, BB 2006, S. 1630.