

Christian Oberwetter

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

Kommentar

(Stand: 1. November 2006)



Copyright © 2006 by Verlag R. S. Schulz GmbH
82319 Starnberg, Enzianstraße 4 a
ein Unternehmen von Wolters Kluwer Deutschland
85716 Unterschleißheim/München, Freisinger Straße 3
Telefon 089 36007-31 45, Telefax 089 36007-33 30
Internet www.rss.de www.wolterskluwer.de
E-Mail abackoefer@wolterskluwer.de

Alle Rechte,
insbesondere das Recht
der Vervielfältigung und Verbreitung sowie
der Übersetzung, vorbehalten.
Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form
(durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren)
ohne schriftliche Genehmigung
des Verlages reproduziert
oder unter Verwendung elektronischer Systeme
verarbeitet, vervielfältigt
oder verbreitet werden.

Satz: E. Mayer, Fotosatz, Baldham
Druck: Kessler Verlagsdruckerei, Bobingen

Einführung

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) ist am 18.8.2006 in der Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten (Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung).

Das AGG dient der Umsetzung von vier europäischen Richtlinien,¹⁾ geht aber im Einzelnen darüber hinaus. Ziel des Gesetzes ist es, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.

Das Gesetz ist in vier Artikel unterteilt. In Artikel 1 ist das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz geregelt, Artikel 2 beinhaltet das Gesetz über die Gleichbehandlung der Soldatinnen und Soldaten (SoldGG), Artikel 3 gibt Auskunft über die durch das Gleichbehandlungsrecht erfolgten Änderungen in anderen Gesetzen, Artikel 4 regelt das Inkrafttreten des Gesetzes. Das AGG und das SoldGG sind systematisch in Abschnitte und einzelne Paragraphen aufgeteilt.²⁾

Das AGG enthält im ersten Abschnitt einen Allgemeinen Teil (§§ 1–5) mit Bestimmungen, die für alle vom Gesetz betroffenen Rechtsgebiete gelten. Der zweite Abschnitt des Gesetzes (§§ 6–18) bezieht sich auf den Bereich des Arbeitsrechts, der dritte Abschnitt (§§ 19–21) wiederum bezieht sich auf das allgemeine Zivilrecht. Im vierten Abschnitt (§§ 22–23) sind Rechtsschutzvorschriften geregelt, der fünfte Abschnitt (§ 24) stellt Sonderregelungen für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse auf, der sechste Abschnitt (§§ 25–30) enthält Vorschriften zur Antidiskriminierungsstelle des Bundes und im siebten Abschnitt (§§ 31–33) sind schließlich einige Schlussvorschriften enthalten.

1) RL 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; RL 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; RL 2002 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); RL 2004/113 des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. EU Nr. 373, S. 37.

2) Gegenstand der Kommentierung ist Artikel 1.

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

Vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897)

ABSCHNITT 1 Allgemeiner Teil

§ 1 Ziel des Gesetzes

Ziel des Gesetzes ist, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.

Das Gesetz hat das Ziel, Benachteiligungen wegen der in § 1 genannten Gründe in dem in § 2 Abs. 1 näher bestimmten Anwendungsbereich zu verhindern oder zu beseitigen. Das Gesetz setzt damit die Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG, 2002/73/EG und 2004/113/EG um. Einen Schutz gegen Benachteiligung wegen anderer Gründe regelt das Gesetz nicht.

Im Gesetz wird der Begriff der „Benachteiligung“ statt des Begriffs „Diskriminierung“ gewählt. Grund dafür ist, dass nicht jede unterschiedliche Behandlung, die mit der Zufügung eines Nachteils verbunden ist, diskriminierenden Charakter hat; denn bei einer Diskriminierung handelt es sich im allgemeinen Sprachgebrauch um eine rechtswidrige, sozial verwerfliche Ungleichbehandlung.¹⁾

Der Begriff „Rasse“ ist von der Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG vorgegeben, ebenso wie der Begriff der „ethnischen Herkunft“. In der Richtlinie ist ausdrücklich festgehalten, dass die Europäische Union Theorien zurückweise, mit denen versucht werde, die Existenz verschiedener menschlicher Rassen zu belegen. Die Verwendung des Begriffs „Rasse“ impliziere nicht die Akzeptanz solcher Theorien.²⁾ Der Terminus Rasse wird demgemäß nur als sprachlicher Anknüpfungspunkt zum Begriff „Rassismus“ verwendet, der bekämpft werden soll.³⁾ Die ethnische Herkunft verweist auf eine Abstammung aus einer Ethnie, d. h. einer Gruppe von Menschen, die durch gleiche Sprache und Lebensgewohnheiten, eine gemeinsame Geschichte und Kultur und typischerweise durch ein Zusammengehörigkeitsgefühl verbunden sind. Die beiden Begriffe überschneiden sich, aufgrund übereinstimmender Rechtsfolgen ist eine Abgrenzung nicht erforderlich ist. Unter eines der Merkmale fallen z. B. Farbige, Türken, Mischlinge, Russlanddeutsche, Juden, Sinti und Roma, Sorben, in Schleswig-Holstein auch Dänen und Friesen. Auf der anderen Seite bilden Bayern, Sachsen und Schwaben keine Ethnie, sie gehören zur Ethnie Deutscher.⁴⁾ Damit wäre die Entscheidung eines Unternehmens, keine Russlanddeutschen einzustellen, ein Verstoß gegen das AGG, die Entscheidung des Unternehmens, keine Bayern einzustellen, würde nicht in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen.

Unter das Merkmal „Geschlecht“ fallen Männer und Frauen. Die den Schutz vor Benachteiligungen bislang geltenden Regelungen der §§ 611a, b, 612 BGB wurden aufgehoben. Zweifelsfrei ist, ob auch Transsexuelle und Transgender unter die Begrifflichkeit fallen. Die umgesetzten Richtlinien sprechen in Bezug auf das Merkmal Geschlecht von Männern und Frauen, diese Auslegung ergibt sich auch aus den gestrichenen §§ 611a ff. BGB. Die gängige Definition von Geschlecht: Das Wort Geschlecht (von „Schlag“, wie in „Menschenschlag“), bedeutet ursprünglich nicht mehr als „Art“, d. h. es besagt nur, dass es zwei Arten, also Geschlechter,

von Menschen gibt – weibliche und männliche. Das lateinische *Sexus* (von *secare*: schneiden, trennen) hat dieselbe Bedeutung. Es verweist auf die Trennung der Menschheit in zwei Arten oder Gruppen – eine weibliche und eine männliche. Jeder Mensch gehört also entweder der einen oder der anderen Gruppe an, d.h. er ist entweder weiblichen oder männlichen Geschlechts.⁵⁾ Nach dieser Maßgabe dürften Benachteiligungen von Transsexuellen und Transgendern unter das Merkmal „sexuelle Identität“ fallen. Erkennt man „Intersexuelle“ als eigenes Geschlecht an, so könnten sich die Gruppen allerdings auf das Merkmal „Geschlecht“ berufen.⁶⁾

Religion bezeichnet üblicherweise ein in größeren Bevölkerungsgruppen verankertes System von Vorstellungen über die Existenz von Gegebenheiten außerhalb des sinnlich Erfahrbaren.⁷⁾ Alle großen Weltreligionen sind darunter zu fassen, wie auch kleinere Religionsgemeinschaften. Sekten dürften als „Splittergruppen“ nicht unter den Begriff fallen, mangels metaphysischer Ausrichtung unterfällt auch die Scientology-Gruppe nicht dem Schutzbereich der Norm.⁸⁾

Weltanschauung ist weit auszulegen und betrifft jede Überzeugung von einiger Ernsthaftigkeit. Es handelt sich um einen Glauben in einer Ordnung der erlebbaren Wirklichkeit.⁹⁾ Die Regelung soll das Verbot wegen der Diskriminierung aufgrund der politischen und sonstigen Anschauung durchsetzen. Allerdings muss es sich um eine gefestigte Ansicht handeln, die die Persönlichkeit des Geschützten charakterisiert. Eine beliebige Äußerung zum politischen Tagesgeschäft fällt nicht in den Schutzbereich. Im Ergebnis wird es sich bei Weltanschauungen nur um Fundamentalkonzepte über die Ordnung des gesellschaftlichen Zusammenlebens handeln, die in Geschlossenheit und Sinnggebungskraft einer Religion vergleichbar sind.¹⁰⁾ Fraglich ist, ob auch Weltanschauungen geschützt sind, die dem Geiste des Gesetzes und dem Grundgesetz widersprechen. Das dürfte soweit zu bejahen sein, als die Äußerung eines Standpunktes oder einer Überzeugung zwar sozial missbilligt, aber nicht gesetzlich verboten ist.

Eine Behinderung nach nationalem Recht ist gegeben, wenn die körperliche Funktion, die geistige Fähigkeit oder die seelische Gesundheit eines Menschen mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher die Teilhabe des Menschen am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist.¹¹⁾ Der Begriff der Behinderung ist daher wesentlich weiter als derjenige der Schwerbehinderung einzuordnen. Chronische Krankheiten und Suchtkrankheiten fallen unter den Begriff der Behinderung.¹²⁾ Nach einer neueren Entscheidung des EuGH ist Behinderung eine Einschränkung, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist und die ein Hindernis für die Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben bildet.¹³⁾ Da der Begriff der Behinderung gemeinschaftsweit gleich definiert sein muss, ist diese Entscheidung des EuGH für die Auslegung des AGG zu beachten. Nicht chronisch kranke Arbeitnehmer können sich nicht auf eine Behinderung berufen.¹⁴⁾

Mit dem Merkmal der sexuellen Identität werden homosexuelle Männer und Frauen ebenso wie bisexuelle, transsexuelle oder zwischengeschlechtliche Menschen gefasst.¹⁵⁾ Der Begriff sexuelle Identität geht daher wesentlich weiter als der Begriff der sexuellen Orientierung. Im Rahmen der sexuellen Orientierung bestehen als Teilbereich der sexuellen Identität allerdings auch Orientierungen, die rechtswidrig sind – z. B. Pädophilie, soweit sie ausgelebt wird. Nach der Zweckbestimmung des Gesetzes sollen Unterschiede aufgrund verschiedener Veranlagungen aufgehoben werden, um ein gehobenes Maß an Toleranz zu erzeugen. Eine solche Toleranz ist in Bezug auf rechtswidrige Orientierungen als nicht gewünscht anzusehen, sodass sexuelle Ausrichtungen, die strafrechtlich sanktioniert sind, nicht in den Schutzbereich des § 1 fallen können.

Das Merkmal „Alter“ knüpft an das biologische Alter eines Menschen an. Es geht also sowohl um den Schutz älterer Menschen vor einer Benachteiligung gegenüber jüngeren, als auch umgekehrt, das heißt jüngeren gegenüber älteren. Der EuGH hat das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters als allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anerkannt.¹⁶⁾

1) BT-Drucks. 16/1780, S. 30.

2) RL 2000/43/EG, All. EG L 180/22.

3) Vgl. *Palandt/Heinrichs*, BGB, Anhang zu § 319, Rn. 2.

4) Vgl. *Palandt/Heinrichs*, a. a. O.; a. A. *Nicolai*, AGG, Rn. 39.

5) Archiv für Sexualwissenschaft, <http://www2.hu-berlin.de/sexology/ECD1/index1.htm>.

6) Vgl. *Annuß*, BB 2006, 1629 ff., S. 1630 f.

7) <http://de.wikipedia.org/wiki/Religion>; vgl. auch BAG, NZA 1995, S. 823 ff.

8) Differenzierend *Nicolai*, a. a. O., Rn. 43.

9) Art. 14 Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, die nach Nr. 1 der Erwägungsgründe der RL 2000/78/EG verwirklicht werden soll.

10) Vgl. *Annuß*, a. a. O., S. 1631.

11) BT-Drucks. 16/1780, S. 31.

12) *Nicolai*, a. a. O., Rn. 34.

13) EuGH, Urt. v. 11.7.2006 Rs. C-13/05, ArbRB 2006, S. 258.

14) Siehe Fn. 14.

15) BT-Drucks. 16/1780, S. 31.

16) EuGH v. 22.11.2005, C-144/04 (Rs. Mangold), BB 2005, S. 2748.

§ 2 Anwendungsbereich

(1) Benachteiligungen aus einem in § 1 genannten Grund sind nach Maßgabe dieses Gesetzes unzulässig in Bezug auf:

1. die Bedingungen, einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen, für den Zugang zu unselbstständiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit, unabhängig von Tätigkeitsfeld und beruflicher Position, sowie für den beruflichen Aufstieg,
2. die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich Arbeitsentgelt und Entlassungsbedingungen, insbesondere in individual- und kollektivrechtlichen Vereinbarungen und Maßnahmen bei der Durchführung und Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses sowie beim beruflichen Aufstieg,
3. den Zugang zu allen Formen und allen Ebenen der Berufsberatung, der Berufsbildung einschließlich der Berufsausbildung, der beruflichen Weiterbildung und der Umschulung sowie der praktischen Berufserfahrung,
4. die Mitgliedschaft und Mitwirkung in einer Beschäftigten- oder Arbeitgebervereinigung oder einer Vereinigung, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören, einschließlich der Inanspruchnahme der Leistungen solcher Vereinigungen,
5. den Sozialschutz, einschließlich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste,
6. die sozialen Vergünstigungen,
7. die Bildung,
8. den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum.

(2) Für Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch gelten § 33c des Ersten Buches Sozialgesetzbuch und § 19a des Vierten Buches Sozialgesetzbuch. Für die betriebliche Altersvorsorge gilt das Betriebsrentengesetz.

(3) Die Geltung sonstiger Benachteiligungsverbote oder Gebote der Gleichbehandlung wird durch dieses Gesetz nicht berührt. Dies gilt auch für öffentlich-rechtliche Vorschriften, die dem Schutz bestimmter Personengruppen dienen.

(4) Für Kündigungen gelten ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz.

Abs. 1 bestimmt – in Verbindung mit den Vorschriften der Abschn. 2 bis 5 – den sachlichen Anwendungsbereich des Gesetzes.

Nr. 1 nennt den Zugang zu unselbstständiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit unabhängig von Tätigkeitsfeld und beruflicher Position, sowie den beruflichen Aufstieg und betont aufgrund der besonderen Bedeutung Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen. Daran zeigt sich, dass bereits das Bewerbungsverfahren ab der Stellenausschreibung umfasst ist.¹⁾

Der Begriff der Vereinbarung in § 2 Abs.1 Nr. 2 ist weit zu verstehen. Er erfasst vertragliche Regelungen zwischen Arbeitgeber und Beschäftigten ebenso wie Vereinbarungen mit Arbeitnehmervertretungen sowie Tarifverträge und vergleichbare kollektive Regelungen. Das entspricht den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs.²⁾ Es spielt keine Rolle, ob der Arbeitgeber Partei der kollektivrechtlichen Regelung ist; erfasst wird daher auch ein Verbandstarifvertrag, der für den Arbeitgeber Tarifgeltung besitzt.³⁾ Angesichts des weiten Verständnisses der Norm wird es keine arbeitsrechtliche Maßnahme geben, die nicht in den Anwendungsbereich des Gesetzes fällt.⁴⁾ Das gilt auch für arbeitgeberseitige Maßnahmen im Rahmen einer Kündigung.

Die Nrn. 5 bis 7 gelten nicht nur für Beschäftigung und Beruf, sondern auch für den Sozialschutz, soziale Vergünstigungen und Bildung. Im Rahmen der Nr. 8 wird es meist um privat-rechtlich zu beurteilende Schuldverhältnisse gehen. Der Begriff der Dienstleistung ist weit zu fassen, er geht über den Dienst- und Werkvertrag des BGB hinaus. Solche Dienstleistungen stehen der Öffentlichkeit zur Verfügung, wenn ein Angebot über ein Medium publiziert wird – z. B. Zeitung, Internet, aber auch Schaufensterauslagen. Es kommt nicht darauf an, wie groß die angesprochene Öffentlichkeit ist, sondern nur darauf, dass die Erklärung über die Sphäre des Anbieters hinaus gelangt ist.³⁾

Für die betriebliche Altersversorgung soll gemäß Abs. 2 Satz 2 das Betriebsrentengesetz gelten. Allerdings hat das BAG mit Vorlagebeschluss vom 27. 6. 2006 dem EuGH die Frage vorgelegt, ob eine Altersabstandsklausel im Rahmen der betrieblichen Hinterbliebenenversorgung gegen EU-Recht verstößt, indem die Regelung eine Diskriminierung wegen des Alters sein könnte.⁶⁾

Abs. 3 stellt klar, dass das AGG keine abschließende Regelung des Schutzes vor Benachteiligung darstellt. Benachteiligungsverbote oder Gleichbehandlungsgebote, die auf anderen Rechtsvorschriften oder arbeitsrechtlichen Grundsätzen beruhen, finden Geltung neben dem AGG. Zu erwähnen ist hier vor allem die Vorschrift des § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX zum Schutz der schwerbehinderten Beschäftigten.⁷⁾

Nach Abs. 4 gelten für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz. Mit der Begrifflichkeit sind die arbeitsrechtlichen Regelungen zum Kündigungsschutz und nicht etwa sämtliche zivilrechtlichen Kündigungsfälle gemeint. Das ergibt sich aus der Begründung des Gesetzes, wonach Abs. 4 klarstellen soll, dass die Vorschriften des Kündigungsschutzes unberührt bleiben und verdeutlichen soll, dass Rechtsstreitigkeiten infolge einer Kündigung weiterhin nach dem Kündigungsschutzgesetz zu entscheiden sein werden.⁸⁾ Allerdings fallen arbeitgeberseitige Kündigungen als „Maßnahme bei Beendigung eines Arbeitsverhältnisses“ in den Geltungsbereich des arbeitsrechtlichen Teils des AGG. Es liegt somit ein Widerspruch zu § 2 Abs. 1 Nr. 2 vor. Da § 2 Abs. 4 gemeinschaftswidrig sein dürfte, muss die Vorschrift richtlinienkonform ausgelegt werden. Danach gilt Folgendes: Unterfällt das betroffene Arbeitsverhältnis dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG), so kommt es zunächst auf das Vorliegen eines Kündigungsgrundes an; die Wertungen des AGG können dann im Rahmen des Kündigungsgrundes relevant werden. Fällt das Beschäftigungsverhältnis nicht in den Bereich des KSchG, wird man die Wertungen des AGG bei Prüfung des Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder in Bezug auf einen Verstoß gegen Treu und Glauben einfließen lassen.⁹⁾

1) Nicolai, a. a. O., Rn. 190.

2) EuGH v. 27. 10. 1993 – C-127/92, NZA 1994, 797 ff.; vgl. Löwisch, DB 2006, S. 1729 ff.

3) Richardi, NZA 2006, S. 881 ff.

4) Vgl. Besgen, B+P 8, Info zu Heft 8, S. 3.

5) BT-Drucks. 16/1780, S. 32.

6) BAG, Vorlagebeschluss vom 27. 6. 2006–3 AZR 352/05, PM Nr. 43 v. 27. 6. 2006.

7) Vgl. hierzu Düwelling, BB 2006, 1741 ff.

8) BT-Drucks. 16/1780, S. 32.

9) Nicolai, a. a. O., Rn. 194 f.; vgl. auch ausführlich Bayreuther, DB 2006, S. 1842 ff.; differenzierend Diller/Krieger/Arnold, NZA 2006, S. 887 ff.; a. A. Willemsen/Schweibert, NJW 2006, S. 2583 ff.

§ 3 Begriffsbestimmungen

(1) Eine unmittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts liegt in Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 auch im Falle einer ungünstigeren Behandlung einer Frau wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft vor.

(2) Eine mittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.

(3) Eine Belästigung ist eine Benachteiligung, wenn unerwünschte Verhaltensweisen, die mit einem in § 1 genannten Grund in Zusammenhang stehen, bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.

(4) Eine sexuelle Belästigung ist eine Benachteiligung in Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4, wenn ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten, wozu auch unerwünschte sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie unerwünschtes Zeigen und sichtbares Anbringen von pornografischen Darstellungen gehören, bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.

(5) Die Anweisung zur Benachteiligung einer Person aus einem in § 1 genannten Grund gilt als Benachteiligung. Eine solche Anweisung liegt in Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 insbesondere vor, wenn jemand eine Person zu einem Verhalten bestimmt, das einen Beschäftigten oder eine Beschäftigte wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt oder benachteiligen kann.

Die Begriffsbestimmungen des § 3 wurden weitgehend wörtlich aus den Richtlinien übernommen. Das AGG definiert vier Grundformen der Benachteiligung.

Die unmittelbare Benachteiligung des Abs. 1 ist die direkteste Form der Benachteiligung. Die betroffene Person muss wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt werden. Nicht erforderlich ist, dass der Benachteiligte tatsächlich schlechter behandelt wird als eine real existierende dritte Person. Fehlt eine Vergleichsperson, ist eine hypothetische Vergleichsbetrachtung anzustellen.¹⁾ Das ergibt sich bereits aus dem Gesetzeswortlaut.

Die unmittelbare Benachteiligung muss entweder noch andauern oder bereits abgeschlossen sein. Ferner soll es ausreichen, wenn eine hinreichend konkrete Gefahr besteht, dass eine Benachteiligung eintritt. Das Bestehen einer hinreichend konkreten Gefahr soll eine Wiederholungsgefahr oder eine ernsthafte Erstbegehungsgefahr voraussetzen. Eine lediglich abstrakte Gefahr löst keine Ansprüche aus.²⁾ Die Gesetzesbegründung deckt sich allerdings nicht mit dem Wortlaut des Gesetzes. Nach dem Wortlaut muss der Betroffene eine unmittelbare Be-

nachteiligung *erfahren*. Das schließt eine Benachteiligung, die bereits abgeschlossen ist, ebenso aus wie eine noch bevorstehende Gefahr.³⁾

Satz 2 des Abs. 1 enthält eine Sonderregelung für geschlechtsbedingte Diskriminierungen. Die Gesetzesbegründung⁴⁾ nimmt dabei Bezug auf die Rechtsprechung des EuGH.⁵⁾ Daraus ergibt sich, dass nicht jede Benachteiligung gemeint ist, die sich aus dem Umstand der Mutterschaft ergibt, sondern nur um solche Benachteiligungen, die an den biologisch bedingten Schutz der Mutter vor und nach der Geburt eines Kindes, also den Mutterschaftsurlaub bzw. den Mutterschutz im Sinne des MuSchG anknüpft.⁶⁾

Bei der mittelbaren Diskriminierung des Abs. 2 ist das unzulässige Differenzierungsmerkmal im Sinne des § 1 nicht das Entscheidungskriterium für die personelle Maßnahme, die Diskriminierung ergibt sich erst als faktische Folge.⁷⁾ Ein Beispiel lässt sich der Rechtsprechung des BAG zu § 611a BGB in Bezug auf Diskriminierung nach dem Geschlecht entnehmen.⁸⁾ Entscheidend ist, ob sich eine neutrale Regelung, Maßnahme bzw. Verhaltensweise so auswirkt, dass Angehörige einzelner Gruppen, die ein Diskriminierungsmerkmal erfüllen, ungünstiger behandelt werden können.⁹⁾

Die Formulierung im Gesetz, dass eine mittelbare Benachteiligung vorliegen kann, wenn bestimmte Vorschriften Personen benachteiligen *können*, lässt darauf schließen, dass eine tatsächliche Benachteiligung nicht vorliegen muss. Es dürfte allerdings erforderlich sein, dass die Regel tatsächlich und nicht nur potenziell geeignet ist, die geschützte Gruppe zu benachteiligen.¹⁰⁾

Eine mittelbare Benachteiligung liegt nicht vor, wenn ein sachlicher Grund die Ungleichbehandlung rechtfertigt und die eingesetzten Mittel erforderlich und angemessen sind. Selbst wenn sich eine Regelung nachteilig auf Angehörige einer oder mehrerer Gruppen, die ein Diskriminierungsmerkmal nach § 1 erfüllen, auswirkt, liegt zunächst nur eine mittelbare Ungleichbehandlung und nicht bereits eine mittelbare Benachteiligung vor. Bereits bei der Feststellung, ob tatbestandlich eine mittelbare Benachteiligung vorliegt, ist zu prüfen, ob sachlich rechtfertigende Gründe vorliegen. Auf die weiteren speziellen Rechtfertigungsgründe des Gesetzes kommt es dann regelmäßig nicht mehr an. Der EuGH hat in einem aktuellen Urteil entschieden, dass Frauen im Regelfall nicht mittelbar diskriminiert werden, wenn sich ihr Vergütung nach den Dienstjahren beim Arbeitgeber richtet.¹¹⁾

Die Belästigung stellt nicht auf die Benachteiligung ab, sondern auf den Angriff auf die Persönlichkeit. Im Gegensatz zur unmittelbaren und mittelbaren Benachteiligung müssen deshalb auch keine Vergleichsgruppen gebildet werden.¹²⁾ Die Begrifflichkeit ist eng gefasst. Es ist nicht nur ein die Würde des Betroffenen verletzendes Verhalten notwendig, zusätzlich ist erforderlich, dass mit diesem Verhalten ein feindliches Umfeld bezweckt oder bewirkt wird.¹³⁾ Bereits eine einmalige Handlung reicht aus. Die Unerwünschtheit der Verhaltensweise muss nicht bereits vorher ausdrücklich den Belästigten gegenüber zum Ausdruck gebracht worden sein.¹⁴⁾ Sogenanntes Mobbing kann eine Belästigung im Sinne des Abs. 3 darstellen, soweit ein Zusammenhang mit einem Merkmal des § 1 AGG besteht.¹⁵⁾ Geringfügige Beeinträchtigungen stellen keine Belästigung im Sinne der Norm dar.¹⁶⁾

Die sexuelle Belästigung im Sinne des Abs. 4 war bereits im nun aufgehobenen Beschäftigtenschutzgesetz geregelt. Es muss sich um ein unerwünschtes sexuell bestimmtes Verhalten handeln. Dabei ist das Verhalten aus der Sicht eines objektiven Betrachters zu würdigen.¹⁷⁾ Im Gegensatz zu Abs. 3 ist nicht erforderlich, dass ein feindliches Umfeld geschaffen wird.¹⁸⁾ Das gesetzliche Verbot der sexuellen Belästigung bezieht sich auf die § 2 Abs. 1 Nr. 1–4 AGG, also auf Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisse sowie bei Gewerkschaften, Arbeitgebervereinigungen, Berufsverbänden und bei der Berufsbildung. Im allgemein zivilrechtlichen Bereich kann eine sexuelle Belästigung allerdings eine Belästigung im Sinne des § 3 Abs. 3 AGG darstellen – dazu ist jedoch dann auch die Schaffung eines feindlichen Umfeldes erforderlich.

In § 3 Abs. 5 AGG ist die Legaldefinition einer Anweisung zur Benachteiligung in Bezug auf § 2 Abs.1. Nr.1–4 niedergelegt. Die Anweisung zur Benachteiligung ist der Benachteiligung der Absätze 1–4 gleichgestellt. Die Anweisung muss vorsätzlich erfolgen; es ist nicht erforderlich, dass der Anweisende sich der Verbotswidrigkeit der Handlung bewusst ist.¹⁹⁾ Eine Anweisung im Sinne des § 3 Abs. 5 AGG kommt nur in Betracht bei Ausnutzung eines Weisungsverhältnisses, d.h. der Anweisende muss rechtlich befugt sein, von dem Angewiesenen ein bestimmtes Verhalten zu verlangen.²⁰⁾ Es muss sich also bei dem Anweisenden um den Arbeitgeber oder einen Vorgesetzten handeln. Für die Verwirklichung des Tatbestandes ist es nicht erforderlich, dass die Anweisung tatsächlich ausgeführt wird.²¹⁾

1) *Annuß*, a. a. O., S. 1631.

2) BT-Drucks. 16/1780, S. 32; differenzierend *Nicolai*, a. a. O., Rn. 58.

3) So auch *Annuß*, a. a. O., S. 1631.

4) BT-Drucks. 16/1780, S. 32.

5) EuGH v. 8.11.1990 – C 177/88 (Rs. Dekker), NZA 1991, 171 ff.

6) Vgl. *Nicolai*, a. a. O., Rn. 59.

7) *Besgen*, a. a. O., S. 4.

8) Vgl. *Palandt/Weidenkaff*, BGB, § 611a, Rn. 9.

9) *Nicolai*, a. a. O., Rn. 63.

10) *Nicolai*, a. a. O., Rn. 71.

11) EuGH v. 3.10.2006, C-17/05 (Cadman), <http://curia.europa.eu>.

12) *Besgen*, a. a. O., S. 4.

13) Vgl. *Annuß*, a. a. O., S. 1632.

14) BT-Drucks. 16/1780, S. 33.

15) *Besgen*, a. a. O., S. 4/5.

16) BT-Drucks. 16/1780, S. 33.

17) Vgl. *Nicolai*, a. a. O., Rn. 80.

18) *Annuß*, a. a. O., S. 1632.

19) BT-Drucks. 16/1780, S. 33.

20) *Annuß*, a. a. O., S. 1632; *Besgen*, a. a. O., S. 4.

21) BT-Drucks. 16/1780, S. 33.

§ 4

Unterschiedliche Behandlung wegen mehrerer Gründe

**Erfolgt eine unterschiedliche Behandlung wegen mehrerer der in § 1 genannten Gründe, so kann diese unterschiedliche Behandlung nach den §§ 8 bis 10 und 20 nur gerechtfertigt werden, wenn sich die Rechtfertigung auf alle diese Gründe erstreckt, de-
rentwegen die unterschiedliche Behandlung erfolgt.**

Die Vorschrift regelt die Möglichkeiten der Mehrfachdiskriminierung und stellt klar, dass jede einzelne Ungleichbehandlung gerechtfertigt sein muss. Die Regelung berücksichtigt den Umstand, dass bestimmte Personengruppen typischerweise der Gefahr der Benachteiligung aus mehreren nach § 1 unzulässigen Gründen ausgesetzt sind.¹⁾

1) BT-Drucks. 16/1780, S. 33.

§ 5 Positive Maßnahmen

Ungeachtet der in den §§ 8 bis 10 sowie in § 20 benannten Gründe ist eine unterschiedliche Behandlung auch zulässig, wenn durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile wegen eines in § 1 genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden sollen.

Nach der Vorschrift ist eine Ungleichbehandlung zulässig, wenn dadurch bestehende Nachteile tatsächlicher oder struktureller Art wegen eines in § 1 genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden sollen. Zulässig sind gezielte Maßnahmen zur Förderung bisher benachteiligter Gruppen durch den Gesetzgeber, aber auch durch den Arbeitgeber, durch Tarifvertrags- und Betriebspartner und durch die Parteien eines privatrechtlichen Vertrags.¹⁾

Voraussetzung ist, dass für eine bestimmte Gruppe, die in den Schutzbereich des § 1 AGG fällt, Nachteile bestehen. Entschieden wurde das in der Vergangenheit bezüglich der Benachteiligung von Frauen (Frauenquoten). Der EuGH hat dazu aufgeführt, dass eine positive Ungleichbehandlung zulässig, als Ausnahmetatbestand aber eng auszulegen sei.²⁾ Diese enge Auslegung muss auch § 5 AGG erfassen. Erforderlich ist, dass derjenige, der sich auf die Vorschrift beruft, die tatsächlich bestehenden Nachteile darlegen kann.³⁾

Die Maßnahmen, die dann getroffen werden können, müssen geeignet und angemessen sein. Da die Bevorzugung einer bestimmten Gruppe zur Benachteiligung anderer Gruppen führt, kann eine ungeeignete bzw. unangemessene Maßnahme dazu führen, dass die nun benachteiligte Gruppe sich gegebenenfalls auf eine Benachteiligung wegen eines der in § 1 genannten Merkmale berufen kann.

Die Anwendung dieser Vorschrift durch den Arbeitgeber oder Anbieter ist problematisch. Die Regelung dürfte nicht mit den europäischen Richtlinien vereinbar sein, da die Richtlinien das Recht zu positiven Maßnahmen allein den Mitgliedstaaten selbst einräumen.⁴⁾

1) BT-Drucks. 16/1780, S. 34.

2) EuGH v. 17. 10. 1995 – C-450/93 – Kalanke –, NZA 1995, S. 1095 ff.

3) Nicolai, a. a. O., Rn. 96.

4) Annuß, a. a. O., S. 1634.

ABSCHNITT 2 Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung

UNTERABSCHNITT 1 Verbot der Benachteiligung

§ 6 Persönlicher Anwendungsbereich

(1) Beschäftigte im Sinne dieses Gesetzes sind

- 1. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer,**
- 2. die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten,**
- 3. Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbstständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind; zu diesen gehören auch die in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten.**

Als Beschäftigte gelten auch die Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis sowie die Personen, deren Beschäftigungsverhältnis beendet ist.

(2) Arbeitgeber (Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen) im Sinne dieses Abschnitts sind natürliche und juristische Personen sowie rechtsfähige Personengesellschaften, die Personen nach Absatz 1 beschäftigen. Werden Beschäftigte einem Dritten zur Arbeitsleistung überlassen, so gilt auch dieser als Arbeitgeber im Sinne dieses Abschnitts. Für die in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten tritt an die Stelle des Arbeitgebers der Auftraggeber oder Zwischenmeister.

(3) Soweit es die Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit sowie den beruflichen Aufstieg betrifft, gelten die Vorschriften dieses Abschnitts für Selbstständige und Organmitglieder, insbesondere Geschäftsführer oder Geschäftsführerinnen und Vorstände, entsprechend.

Unter den Begriff der Beschäftigten aus Abs. 1 sind alle Beschäftigten in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst erfasst. Sonderregelungen bestehen für Beamte, Richter und Zivildienstleistende in § 24 AGG. Auf den Schutz können sich Arbeitnehmer, Auszubildende und andere zur Berufsbildung Beschäftigte wie Volontäre und Praktikanten berufen, arbeitnehmerähnliche Personen nach der Definition des § 5 ArbGG sowie Personen, denen nach dem SGB IX eine arbeitnehmerähnlich Stellung zukommt, Heimarbeiter, aber auch Bewerber und ausgeschiedene Arbeitnehmer, soweit es um nachwirkende Folgen aus einem bereits beendeten Arbeitsverhältnis geht.¹⁾

Der Arbeitgeberbegriff des § 6 Abs. 2 AGG weicht vom allgemeinen Arbeitgeberbegriff ab, da Personen umfasst sind, die arbeitnehmerähnliche Personen oder freie Mitarbeiter beschäftigen.²⁾ Nach Satz 2 des Abs. 2 ist im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung auch der Entleiher als Arbeitgeber anzusehen. Allerdings wird das nicht dazu führen, dass Leiharbeiter sich auf Benachteiligungen wegen unterschiedlicher Bezahlung wegen eines Grundes nach § 1 AGG berufen können, wenn für sie in Abweichung vom equal-pay-treatment Gebot ein Tarifvertrag gilt.³⁾

Nach Abs. 3 der Vorschrift sind auch Selbstständige und Organmitglieder vom persönlichen Anwendungsbereich des Gesetzes umfasst, soweit es sich um den Zugang zur Erwerbstätigkeit handelt oder um den beruflichen Aufstieg. Der Geltungsbereich ist damit eingeschränkt.

1) *Nicolai*, a. a. O., Rn. 169.

2) *Nicolai*, a. a. O., Rn. 182 ff..

3) *Nicolai*, a. a. O., Rn. 187.

§ 7 Benachteiligungsverbot

- (1) Beschäftigte dürfen nicht wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt werden; dies gilt auch, wenn die Person, die die Benachteiligung begeht, das Vorliegen eines in § 1 genannten Grundes bei der Benachteiligung nur annimmt.**
- (2) Bestimmungen in Vereinbarungen, die gegen das Benachteiligungsverbot des Absatzes 1 verstoßen, sind unwirksam.**
- (3) Eine Benachteiligung nach Absatz 1 durch Arbeitgeber oder Beschäftigte ist eine Verletzung vertraglicher Pflichten.**

§ 7 Abs. 1 stellt das zentrale Verbot der Benachteiligung in Beschäftigung und Beruf dar. Ein Beschäftigter darf nicht wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt werden. Objektiv muss der Benachteiligte das Merkmal aus § 1 nicht aufweisen; es genügt, wenn der Benachteiligende das Merkmal bei dem Betroffenen annimmt. Es reicht somit allein die gesetzesfeindliche Gesinnung aus, um die Voraussetzungen des § 7 zu schaffen.

Gemäß Abs. 2 handelt es sich um ein generelles, nicht abdingbares Verbot der Benachteiligung aus den in § 1 genannten Gründen. Alle gegen das Benachteiligungsverbot verstoßende Rechtsgeschäfte sind unheilbar nichtig, § 7 Abs. 1 AGG i. V. m. § 134 BGB. Darunter fällt auch ein Verzicht des Benachteiligten, da ein solcher Verzicht schuldrechtlich einen Vertrag gemäß § 397 BGB voraussetzt. Die Regelung des Abs. 2 entspricht der ständigen Rechtsprechung des BAG, wonach eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots die Unwirksamkeit der diskriminierenden Regelung nach sich zieht.¹⁾

Abs. 3 ist eine rein deklaratorische Feststellung. Damit sind die Vorschriften des Leistungsstörungenrechts des BGB anwendbar.²⁾

1) Vgl. *Willemsen/Schweibert*, NJW 2006, S. 2583 ff., 2588; BAG NZA 1994, S. 125.

2) BT-Drucks. 16/1780, S. 34.

§ 8

Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen beruflicher Anforderungen

(1) Eine unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 genannten Grundes ist zulässig, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist.

(2) Die Vereinbarung einer geringeren Vergütung für gleiche oder gleichwertige Arbeit wegen eines in § 1 genannten Grundes wird nicht dadurch gerechtfertigt, dass wegen eines in § 1 genannten Grundes besondere Schutzvorschriften gelten.

Nach Abs. 1 ist eine unterschiedliche Behandlung zulässig, wenn sie wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist. Eine unterschiedliche Behandlung ist dann zulässig, wenn dies wegen anerkannter Arbeitgeberinteressen geboten ist. Hat sich der Arbeitgeber auf ein bestimmtes Marktsegment spezialisiert, darf er die Beschäftigten entsprechend dieser Zielausrichtung seines Unternehmens zusammenstellen und suchen. Die Unternehmensphilosophie kann deshalb über die Belegschaftsstruktur entscheiden, wenn dieses Ziel nur ernsthaft verfolgt wird.¹⁾ Das gilt allerdings nur soweit, als mit der Philosophie nicht tradierte Rollenbilder übernommen werden, die durch das AGG gerade überwunden werden sollen.²⁾ Im Ergebnis ist danach zu entscheiden, in welcher Intensität die Arbeitgeberinteressen berührt werden. Ein Totalausfall eines Geschäftszweigs ist einem Arbeitgeber nicht zumutbar.³⁾ Insoweit kann er zum Beispiel nicht verpflichtet sein, eine Frau als Handelsvertreterin in islamisch geprägten Ländern einzusetzen, da eine Frau als Verhandlungspartnerin dort grundsätzlich abgelehnt wird.

Eine unterschiedliche Behandlung aufgrund des Geschlechts war bislang nur zulässig, soweit es sich bei dem Merkmal um eine unverzichtbare Voraussetzung für die betreffende Tätigkeit handelte, § 611a Abs. 1 BGB. Das ist bei bestimmten Beschäftigungen vorgegeben, so präsentiert ein männliches Model Herrenmoden und ein weibliches Model Damenmoden. Ebenso ist eine unterschiedliche Behandlung aufgrund des Geschlechts zulässig, wenn es z. B. um den Verkauf von Damen-Dessous geht.⁴⁾ Eine geschlechtsbedingte Ungleichbehandlung ist danach möglich, wenn die Tätigkeit geschlechtsspezifisch ausgerichtet ist.⁵⁾ Ob eine Ungleichbehandlung auch möglich ist, wenn die Zielsetzung des Unternehmens auf Angehörige eines Geschlechts ausgerichtet sind,⁶⁾ ist fraglich. Es muss sich in jedem Falle um das eigentliche Unternehmenskonzept und den Unternehmenszweck handeln, eine nur locker avisierte Ausrichtung reicht nicht aus. Eine ungerechtfertigte Benachteiligung wäre demnach die Ablehnung eines männlichen Stellenbewerbers auf eine Stelle als Unternehmensberater mit der Begründung, das Team bestünde ausschließlich aus Frauen und man wolle vorrangig Frauen als Kunden ansprechen.

Für Tätigkeiten, die mit körperlichen Anstrengungen verbunden sind und die der Bewerber wegen seiner Behinderung nicht ordnungsgemäß verrichten kann, kann der Arbeitgeber einen nicht behinderten Arbeitnehmer heranziehen. Der Arbeitgeber ist jedoch verpflichtet, durch geeignete Hilfsmittel eine Beschäftigung trotz der Behinderung zu ermöglichen; allerdings ist dieser Verpflichtung eine Grenze gesetzt, sobald der Arbeitgeber hier unverhältnismäßige Aufwendungen tätigen muss.⁷⁾ Die Frage nach einer Schwerbehinderten-Eigenschaft ist bei Einstellung unzulässig, soweit es sich um eine pauschale Frage handelt. Zulässig ist es jedoch, sich danach zu erkundigen, ob der Bewerber die Aufgabe körperlich und geistig erfüllen kann oder ob konkrete Hindernisse, z. B. Behinderungen entgegenstehen.⁸⁾

Eine Ungleichbehandlung aufgrund der Rasse / Ethnie kann gerechtfertigt sein, wenn die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Ethnie nach der Art der Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt. Das kann der Fall sein bei bestimmten Unternehmenskonzepten und um einen bestimmten Kundenkreis besser zu betreuen.⁹⁾ Ein Bewerber darf nicht deshalb benachteiligt werden, weil Kunden mit gewissen ethnischen Gruppen nicht gerne verkehren. Kundenerwartungen stellen keine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung dar.¹⁰⁾ Anforderungen an ein bestimmtes Äußeres oder eine bestimmte Kleidung können eine unzulässige Benachteiligung aus ethnischen Gründen darstellen, soweit Angehörige einer bestimmten ethnischen Gruppe diese Kleidung seltener tragen und wenn es für die Anforderung keinen rechtfertigenden Grund gibt.¹¹⁾

In Bezug auf die sexuelle Identität kann eine personenbedingte Kündigung gerechtfertigt sein, wenn der Wechsel des Geschlechts dazu führt, dass eine berechtigte Anforderung des Arbeitgebers an den oder die Beschäftigte nicht mehr erfüllt werden kann.¹²⁾ Keine unmittelbare Benachteiligung wegen der sexuellen Identität liegt vor, wenn der Arbeitgeber Leistungen oder Vorteile an den Ehestand knüpft und damit Beschäftigte, die in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft leben, ausschließt. Betroffen sind in diesem Fall nicht nur homosexuelle Lebensgemeinschaften, sondern auch heterosexuelle Lebensgemeinschaften.¹³⁾

Insgesamt wird man eher mit einer restriktiven Auslegung des Tatbestands durch die Gerichte zu rechnen haben.¹⁴⁾

Abs. 2 greift den Grundsatz der Entgeltgleichheit bezüglich des Geschlechts in § 612 Abs. 3 BGB auf. Dieser Anspruch wird nun auf alle in § 1 genannten Merkmale erstreckt.¹⁵⁾

1) *Besgen*, a. a. O., S. 6.

2) *Annuß*, a. a. O., S. 1633.

3) Vgl. *Wisskirchen*, DB 2006, S. 1491 ff., 1492.

4) Vgl. *Palandt/Weidenkaff*, § 611 a BGB, Rn. 13.

5) *Nicolai*, a. a. O., Rn. 238 m. w. N.

6) So *Nicolai*, a. a. O., Rn. 238.

7) *Wisskirchen*, a. a. O., S. 1492.

8) *Nicolai*, a. a. O., Rn. 398 ff.

9) Vgl. *Nicolai*, a. a. O., Rn. 267.

10) *Wisskirchen*, a. a. O., S. 1493; *Nicolai*, a. a. O., Rn. 402.

11) *Nicolai*, a. a. O., Rn. 407.

12) *Nicolai*, a. a. O., Rn. 415.

13) *Nicolai*, a. a. O., Rn. 421.

14) *Willemsen/Schweibert*, a. a. O., S. 2585.

15) BT-Drucks. 16/1780, S. 35.

§ 9 Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder Weltanschauung

(1) Ungeachtet des § 8 ist eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung bei der Beschäftigung durch Religionsgemeinschaften, die ihnen zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform oder durch Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion oder Weltanschauung zur Aufgabe machen, auch zulässig, wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung unter Beachtung des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft oder Vereinigung im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht oder nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt.

(2) Das Verbot unterschiedlicher Behandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung berührt nicht das Recht der in Absatz 1 genannten Religionsgemeinschaften, der ihnen zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform oder der Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion oder Weltanschauung zur Aufgabe machen, von ihren Beschäftigten ein loyales und aufrichtiges Verhalten im Sinne ihres jeweiligen Selbstverständnisses verlangen zu können.

Die Vorschrift ist als sogenannte Kirchenklausel bekannt. Generell ist es so, dass Religionsgemeinschaften berechtigt sind, besondere Loyalitätspflichten und Anforderungen festzulegen. Den Mitgliedstaaten ist nach der Richtlinie 2000/78/EG ausdrücklich das Recht eingeräumt worden, bereits geltende Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten beizubehalten, nach denen eine unterschiedliche Behandlung zulässig ist, wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung unter Beachtung des Selbstverständnisses nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt. Die Klausel gewährleistet, dass die kirchlichen Einrichtungen ihre Einstellungskriterien auch weiter an der Religionszugehörigkeit der Beschäftigten ausrichten können und eine Einstellung von Andersgläubigen ablehnen können. Dieses Recht steht aber nur den in § 9 erwähnten Einrichtungen zu. Das BAG hat entschieden, dass ein Warenhaus nicht berechtigt ist, einer Beschäftigten zu kündigen, die ein Kopftuch aus religiösen Gründen trägt.¹⁾

Nach Abs. 1 ist erforderlich, dass es sich nach der Art der Tätigkeit um eine gerechtfertigte berufliche Anforderung handeln muss. Bei Positionen, die nach außen nicht in Erscheinung treten und bei denen der Beschäftigte nach Art der auszuübenden Tätigkeit in keinsten Weise mit dem intellektuellen Gehalt der Botschaft der Religionsgemeinschaft oder Vereinigung in Berührung kommt (Beispiel Reinigungspersonal), gilt § 9 AGG nicht.

Der Begriff der Religionsgemeinschaft wird im Gesetz nicht definiert, ist aber in dem gleichen Sinne zu verstehen wie der Begriff der Religionsgesellschaft in Art. 137 WRV. § 9 AGG gilt daher vor allem für Kirchen und die ihnen zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf die Rechtsform. Auf § 9 können sich auch Vereinigungen berufen, die sich die Pflege einer Religion oder Weltanschauung zur Aufgabe machen. Daher sind auch konfessionelle Vereinigungen erfasst, die staatskirchenrechtlich nicht einer Kirche zugeordnet sind, sondern ausschließlich aufgrund ihrer Zweckbestimmung eine Religion oder Weltanschauung gemeinschaftlich pflegen.²⁾ Der Begriff ist nicht deckungsgleich mit dem Begriff des Tendenzbetriebes in § 118 I BetrVG, da § 9 AGG darauf abzielt, dass sich die geschützten Vereinigungen unmittelbar mit der Pflege einer Religion oder Weltanschauung befassen müssen.³⁾

Abs. 2 gesteht den Adressaten des Abs.1 zu, von ihren Beschäftigten ein loyales und aufrichtiges Verhalten im Sinne des jeweiligen Selbstverständnisses verlangen zu können. Verstöße ge-

gen solche Verhaltenspflichten können eine verhaltens- oder personenbedingte Kündigung rechtfertigen. Die bisherige Rechtsprechung des BAG zu diesem Themenkreis wird daher Bestand haben.

1) BAG, NZA 2003, S. 483.

2) *Richardi*, a. a. O., S. 885.

3) *Nicolai*, a. a. O., Rn. 363.

§ 10

Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen des Alters

Ungeachtet des § 8 ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters auch zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Die Mittel zur Erreichung dieses Ziels müssen angemessen und erforderlich sein. Derartige unterschiedliche Behandlungen können insbesondere Folgendes einschließen:

1. die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung und zur beruflichen Bildung sowie besonderer Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Bedingungen für Entlohnung und Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses, um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren Beschäftigten und Personen mit Fürsorgepflichten zu fördern oder ihren Schutz sicherzustellen,
2. die Festlegung von Mindestanforderungen an das Alter, die Berufserfahrung oder das Dienstalter für den Zugang zur Beschäftigung oder für bestimmte mit der Beschäftigung verbundene Vorteile,
3. die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung aufgrund der spezifischen Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes oder aufgrund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand,
4. die Festsetzung von Altersgrenzen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit als Voraussetzung für die Mitgliedschaft oder den Bezug von Altersrente oder von Leistungen bei Invalidität einschließlich der Festsetzung unterschiedlicher Altersgrenzen im Rahmen dieser Systeme für bestimmte Beschäftigte oder Gruppen von Beschäftigten und die Verwendung von Alterskriterien im Rahmen dieser Systeme für versicherungsmathematische Berechnungen,
5. eine Vereinbarung, die die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses ohne Kündigung zu einem Zeitpunkt vorsieht, zu dem der oder die Beschäftigte eine Rente wegen Alters beantragen kann; § 41 des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch bleibt unberührt,
6. eine Berücksichtigung des Alters bei der Sozialauswahl anlässlich einer betriebsbedingten Kündigung im Sinne des § 1 des Kündigungsschutzgesetzes, soweit dem Alter kein genereller Vorrang gegenüber anderen Auswahlkriterien zukommt, sondern die Besonderheiten des Einzelfalls und die individuellen Unterschiede zwischen den vergleichbaren Beschäftigten, insbesondere die Chancen auf dem Arbeitsmarkt entscheiden,
7. die individual- oder kollektivrechtliche Vereinbarung der Unkündbarkeit von Beschäftigten eines bestimmten Alters und einer bestimmten Betriebszugehörigkeit, soweit dadurch nicht der Kündigungsschutz anderer Beschäftigter im Rahmen der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 des Kündigungsschutzgesetzes grob fehlerhaft gemindert wird,
8. Differenzierungen von Leistungen in Sozialplänen im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes, wenn die Parteien eine nach Alter oder Betriebszugehörigkeit gestaffelte Abfindungsregelung geschaffen haben, in der die wesentlich vom Alter abhängenden Chancen auf dem Arbeitsmarkt durch eine verhältnismäßig starke Betonung des Lebensalters erkennbar berücksichtigt worden sind, oder Beschäftigte von den Leistungen des Sozialplans ausgeschlossen haben, die wirtschaftlich abgesichert sind, weil sie, gegebenenfalls nach Bezug von Arbeitslosengeld, rentenberechtigt sind.

§ 10 regelt, unter welchen Voraussetzungen eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters gerechtfertigt ist. Dieser Vorschrift kommt im Hinblick auf die ungünstige Situation älterer Beschäftigter auf dem Arbeitsmarkt und der sich abzeichnenden demografischen Entwicklung

eine besondere Bedeutung zu. Hinzu kommt die voraussichtliche Höhersetzung des Renteneintrittsalters auf 67 Jahre.

Das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters wirkt allerdings auch in die umgekehrte Richtung. So können jüngere Beschäftigte durch Vorschriften, die ältere Beschäftigte begünstigen, benachteiligt werden.¹⁾

Nach § 10 Satz 1 ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters ungeachtet des § 8 auch zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Die Mittel zur Erreichung dieses Ziels müssen angemessen und erforderlich sein. Die Legitimität eines Ziels soll unter Berücksichtigung der fachlich beruflichen Zusammenhänge aus Sicht des Arbeitgebers oder der Tarifvertragsparteien zu beurteilen sein, wobei es sich auch um Ziele handeln kann, die über die Situation eines einzelnen Unternehmens oder einer Branche hinausgehen können und von allgemeinem Interesse sind, wie z. B. Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt oder berufliche Bildung.²⁾ Aus Sicht des Arbeitgebers oder der Tarifvertragsparteien bedeutet das eine subjektive Wertung. Das ist problematisch, da § 10 eine objektive Betrachtung verlangt, die dem Gewicht des Verbotes einer Benachteiligung wegen Alters angemessen Rechnung trägt.³⁾ Eine gesetzliche Regelung, die Arbeitsvertrags- und Tarifvertragsparteien einräumt, ihrerseits vorzusehen, welche Formen der Ungleichbehandlung zulässig sein sollen, dürfte gemeinschaftsrechtlich nicht zulässig sein, vielmehr muss der Gesetzgeber Zweck und Ausmaß der Ungleichbehandlung, welche Arbeits- und Tarifvertragsparteien zulassen dürfen, selbst näher bestimmen.⁴⁾

§ 10 Satz 3 normiert Regelbeispiele, die die unbestimmten Rechtsbegriffe des § 10 Satz 1 und Satz 2 ausfüllen. Die Regelbeispiele sind nicht abschließend. Das ergibt sich aus der Bezeichnung „insbesondere“ in Satz 3 vor Nennung der Beispiele. Es sind somit durchaus weitere gerechtfertigte unterschiedliche Behandlungen auf Basis dieser Norm denkbar.

Die Nrn. 1 bis 3 des Satz 3 regeln besondere Rechtfertigungsgründe für eine Ungleichbehandlung in Bezug auf den Zugang zur Beschäftigung und in Bezug auf Beschäftigungsbedingungen und Beendigung der Beschäftigung.

Nach Nr. 1 ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters zulässig, um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren Beschäftigten und Personen mit Fürsorgepflichten zu fördern oder ihren Schutz sicherzustellen. Nr. 1 sagt allerdings nichts darüber aus, wann die Verfolgung dieses Ziels gerechtfertigt ist. Dass ist anhand der Generalklausel des § 10 Satz 1 zu entscheiden.

Nach Nr. 2 können Mindestanforderungen an das Alter, die Berufserfahrung oder das Dienstalter gesetzt werden. Legitimes Ziel für die Rechtfertigung dieses Ziels kann der Wunsch nach einer gewissen Lebenserfahrung sein.⁵⁾ Allerdings wird zur Darlegung des Arbeitgebers, der die Anforderungen festsetzt, gehören müssen, aus welchem Grunde die Lebenserfahrung erforderlich ist. In Bezug auf die Berufserfahrung wird leicht zu argumentieren sein, eingeschränkt mag dies auch für das Dienstalter gelten. Schwieriger wird es bei Setzung einer Lebensaltergrenze. Die Argumentation, ein Beschäftigter sei allein wegen seines höheren Lebensalters und der damit verbundenen höheren Lebenserfahrung für eine Position besser geeignet, wird nicht ausreichen, denn dabei wird es sich im Regelfall um eine Pauschalierung handeln. Problematisch im Zusammenhang mit Nr. 2 ist die Regelung des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB. Nach dieser Norm sind bei Berechnung der Dauer der Betriebszugehörigkeit nur die Zeiten nach Vollendung des 25. Lebensjahres zu berücksichtigen. Ein legitimes Ziel für diese Anforderung ist nicht zu erkennen.⁶⁾ Die gleichen Maßstäbe werden für tarifliche gleich gestaltete Regelungen Anwendung finden.

Nr. 3 lässt die Festlegung eines Höchstalters für die Einstellung zu. Die erste Alternative „spezifische Ausbildungsanforderungen“ betrifft in erster Linie den Zugang zu Ausbildungsplätzen.

Bei den Anforderungen kann es um solche gehen, über die üblicherweise eher jüngere Menschen verfügen. Solche Spezifika müssen aber konkret dargelegt werden. Pauschalierungen wie die Behauptung, jüngere Menschen besäßen eine schnellere Auffassungsgabe, reichen nicht aus. Auf dieser Basis wird es nicht leicht sein, ein Höchstalter festzusetzen. Zweite Alternative ist die Festsetzung einer Höchstaltergrenze aufgrund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor Eintritt in den Ruhestand. Bei älteren Beschäftigten, deren Rentenalter bereits absehbar ist, muss einer aufwendigen Einarbeitung am Arbeitsplatz auch eine betriebswirtschaftlich sinnvolle Mindestdauer einer produktiven Arbeitsleistung zugrunde liegen.⁷⁾ Grundsätzlich muss also eine Abwägung dergestalt getroffen werden, welchen Wert die Arbeitsleistung, näher, welchen Gewinn seine Leistung für das Unternehmen bedeutet. Eindeutig dürften nur die Fälle sein, in welchen sich die Einstellung des Beschäftigten außerhalb des festgesetzten Höchstalters als Verlust darstellen sollten, die Nachteile also auf der Hand liegen und nicht näher erläutert werden müssen.

Nr. 4 soll verdeutlichen, dass die Festsetzung von Altersgrenzen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherung, insbesondere der betrieblichen Altersversorgung, regelmäßig keine Benachteiligung wegen des Alters darstellt.⁸⁾ Die Erwähnung der betrieblichen Systeme der sozialen Sicherung in Nr. 4 überrascht, ist doch der Bereich der betrieblichen Altersversorgung nach § § 2 Abs. 2 vom Anwendungsbereich des AGG ausgeschlossen, denn für die betriebliche Altersvorsorge soll nach dieser Norm das Betriebsrentengesetz gelten. Vor dem Hintergrund dieser widersprüchlichen Regelung werden sich die Gerichte mit der Frage des Anwendungsbereichs beschäftigen müssen. Vor Inkrafttreten des AGG hat das BAG dem EuGH mit Vorlagebeschluss die Frage vorgelegt, ob eine Altersabstandsklausel im Rahmen der betrieblichen Hinterbliebenenversorgung gegen EU-Recht verstößt.⁹⁾

Die üblichen Vereinbarungen in Arbeitsverträgen, dass das Beschäftigungsverhältnis ohne Kündigung zu dem Zeitpunkt endet, zu dem der oder die Beschäftigte eine (ungekürzte) Rente wegen Alters beantragen kann, bleiben gemäß § 10 Nr. 5 zulässig. Altersgrenzen, die nicht auf die Vollendung des 65. Lebensjahres bzw. die Möglichkeiten des ungekürzten Rentenbezuges abstellen, sind damit aber nicht ohne Weiteres wirksam, sie sind schon nach nationalem Recht nur eingeschränkt zulässig.¹⁰⁾

Nr. 6 wirft wiederum Anwendungsprobleme auf. Nach Ziffer 6 darf das Lebensalter im Rahmen einer Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG berücksichtigt werden, soweit dem Alter kein genereller Vorrang gegenüber anderen Auswahlkriterien zukommt und die jeweiligen Besonderheiten des Einzelfalls berücksichtigt werden. Der Gesetzgeber hat Kündigungen in § 2 Abs. 4 AGG ausdrücklich vom Anwendungsbereich des AGG ausgenommen. § 2 Abs. 4 AGG muss jedoch europarechtskonform ausgelegt werden, sodass eine ausschließliche Geltung des Kündigungsschutzgesetzes ausscheidet und damit ein Leerlaufen der Nr. 6 verhindert wird. Die Berücksichtigung des Alters ist als positive Maßnahme zum Schutz älterer Beschäftigter nach Art. 7 Abs. 2 RL 2000778/EG zu rechtfertigen, denn ältere Beschäftigte verfügen über schlechtere Vermittlungschancen auf dem Arbeitsmarkt als jüngere. Das gilt selbstverständlich nicht in jedem denkbaren Fall. Es muss im Rahmen der Sozialauswahl auch geprüft werden, ob nicht jüngere Beschäftigte ausnahmsweise über geringere Chancen am Arbeitsmarkt verfügen. Fakt ist, dass das Lebensalter des Beschäftigten nach wie vor ein Auswahlkriterium im Rahmen der Sozialauswahl bilden kann.¹¹⁾ Anzuraten ist allerdings eine ungefähr gleiche Gewichtung aller Sozialauswahlkriterien. Die Verwendung starrer Punktetabellen, in denen jedes Lebensjahr mit einem bestimmten Punktwert berücksichtigt wurde, sodass ältere Beschäftigte bei ansonsten vergleichbaren Sozialdaten besser gestellt sind als jüngere Mitarbeiter, dürfte unzulässig sein.¹²⁾ Nach den gleichen Kriterien wie in § 10 Nr. 6 ist bei Nr. 7 zu verfahren. Eine Unkündbarkeit, die allein an das Alter anknüpft, wäre unzulässig. Der Gesetzgeber hat mittlerweile die Problematik in Bezug auf § 2 Absatz 4 AGG erkannt und beabsichtigt, die Nrn. 6 und 7 ersatzlos zu streichen.¹³⁾

Nach der ersten Alternative der Nr. 8 sind Differenzierungen von Leistungen in Sozialplänen zulässig, wenn die Parteien eine nach Alter oder Betriebszugehörigkeit gestaffelte Abfindungsregelung geschaffen haben, in der die wesentlich vom Alter abhängigen Chancen auf dem Arbeitsmarkt durch eine verhältnismäßig starke Betonung des Lebensalters erkennbar berücksichtigt worden sind. Es kann vermutet werden, dass der Gesetzgeber die bisherige, vom BAG gebilligte Praxis unterstützen wollte. Zulässig bleibt, dass sich die Höhe der Abfindungen in erster Linie an den Chancen auf dem Arbeitsmarkt orientiert, das hat der EuGH als Grund für unterschiedliche Abfindungshöhen bei Männern und Frauen anerkannt.¹⁴⁾ Nach der zweiten Alternative der Ziffer 8 sind unterschiedliche Behandlungen zulässig, wenn die Parteien Beschäftigte von den Leistungen eines Sozialplans ausgeschlossen haben, die wirtschaftlich abgesichert sind, weil sie – gegebenenfalls nach Bezug von Arbeitslosengeld – rentenberechtigt sind. Eine solche Regelung ist zulässig, soweit eine Abfindung wegen des Bezugs einer ungekürzten Altersrente ausgeschlossen oder gemindert wird, da dies der Überbrückungsfunktion des Sozialplans entspricht.¹⁵⁾

1) BT-Drucks. 16/1780, S. 36.

2) BT-Drucks. 16/1780, S. 36.

3) *Annuß*, a. a. O., S. 1633.

4) *Löwisch*, a. a. O., S. 1730.

5) *Nicolai*, a. a. O., Rn. 299.

6) Vgl. *Willemsen/Schweibert*, a. a. O., S. 2586.

7) BT-Drucks. 16/1780, S. 36.

8) BT-Drucks. 16/1780, S. 36.

9) BAG v. 27. 6. 2006, 3 AZR 352/05, PM Nr. 43 v. 27. 6. 2006.

10) Vgl. *Nicolai*, a. a. O., Rn. 327.

11) *Bayreuther*, a. a. O., S. 1845.

12) So auch *Annuß*, a. a. O., S. 1633; a. A. *Besgen*, a. a. O., S. 6.

13) BR-Drucks. 741/06, S. 8.

14) EuGH v. 9. 12. 2004 – C-19/03 (Rs. Hložek), BB 2005, 273; vgl. *Nicolai*, a. a. O., Rn. 342.

15) *Nicolai*, a. a. O., Rn. 342.

UNTERABSCHNITT 2 Organisationspflichten des Arbeitgebers

§ 11 Ausschreibung

Ein Arbeitsplatz darf nicht unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 ausgeschrieben werden.

Die Vorschrift bezweckt, dass schon bei der Ausschreibung einer Stelle eine mögliche Benachteiligung bestimmter Gruppen von Bewerbern unterbleibt und verbietet daher jede benachteiligende Form der Stellenausschreibung.¹⁾

In der Praxis ist die Verpflichtung zu neutralen Stellenausschreibungen bereits bekannt. Bereits § 611b BGB regelte die neutrale Stellenausschreibung in Bezug auf das Geschlecht. § 611b BGB ist nunmehr im AGG aufgegangen. In Bezug auf Ungleichbehandlungen aufgrund des Geschlechts durch benachteiligende Stellenausschreibungen existiert bereits eine Rechtsprechung im Rahmen der §§ 611a, 611b BGB.²⁾ Nach der Rechtsprechung rechtfertigt ein Verstoß gegen die neutrale Stellenausschreibung nicht in jedem Fall Entschädigungsansprüche des Bewerbers. Ein solcher Anspruch besteht nur dann, wenn der Bewerber sich subjektiv ernsthaft um die Stelle beworben hat und er objektiv für die Besetzung der Stelle in Betracht kam.³⁾

Es wird jede Ausschreibung einer Stelle für den in § 6 Abs. 1 genannten Kreis der Beschäftigten erfasst, insbesondere auch für den Bereich der beruflichen Aus- und Fortbildung.⁴⁾

Ausschreibung ist jede Form der Bekanntmachung, gleichgültig, ob die Bekanntmachung durch den Arbeitgeber oder durch Dritte erfolgt (z. B. Personalagenturen). Eine Pflichtverletzung des Dritten wird dem Arbeitgeber in der Regel zugerechnet.⁵⁾

Ein Verstoß gegen die Verpflichtung löst die Beweiserleichterung nach § 22 AGG aus.

1) BT-Drucks. 16/1780, S. 36.

2) Vgl. *Diller*, BB 2006, S. 1968 ff. m. w. N.

3) BAG, 8 AZR 365/97, BB 1999, S. 372; so zuletzt auch LAG Berlin, 10 Sa 2395/05 v. 30.3.2006, PM 24/06 des LAG Berlin.

4) BT-Drucks. 16/1780, S. 36.

5) Vgl. BAG, NJW 2004, S. 2112.

§ 12

Maßnahmen und Pflichten des Arbeitgebers

(1) Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen wegen eines in § 1 genannten Grundes zu treffen. Dieser Schutz umfasst auch vorbeugende Maßnahmen.

(2) Der Arbeitgeber soll in geeigneter Art und Weise, insbesondere im Rahmen der beruflichen Aus- und Fortbildung, auf die Unzulässigkeit solcher Benachteiligungen hinweisen und darauf hinwirken, dass diese unterbleiben. Hat der Arbeitgeber seine Beschäftigten in geeigneter Weise zum Zwecke der Verhinderung von Benachteiligung geschult, gilt dies als Erfüllung seiner Pflichten nach Absatz 1.

(3) Verstoßen Beschäftigte gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1, so hat der Arbeitgeber die im Einzelfall geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zur Unterbindung der Benachteiligung wie Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung zu ergreifen.

(4) Werden Beschäftigte bei der Ausübung ihrer Tätigkeit durch Dritte nach § 7 Abs. 1 benachteiligt, so hat der Arbeitgeber die im Einzelfall geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zum Schutz der Beschäftigten zu ergreifen.

(5) Dieses Gesetz und § 61b des Arbeitsgerichtsgesetzes sowie Informationen über die für die Behandlung von Beschwerden nach § 13 zuständigen Stellen sind im Betrieb oder in der Dienststelle bekannt zu machen. Die Bekanntmachung kann durch Aushang oder Auslegung an geeigneter Stelle oder den Einsatz der im Betrieb oder der Dienststelle üblichen Informations- und Kommunikationstechnik erfolgen.

§ 12 normiert verschiedene Maßnahmen und Pflichten des Arbeitgebers, durch welche ein diskriminierungsfreies Unternehmen geschaffen werden soll.

Abs. 1 verpflichtet den Arbeitgeber, Schutzmaßnahmen zu ergreifen. Es handelt sich um eine Generalklausel. Im Wesentlichen werden präventive Maßnahmen gemeint sein, auch wenn Satz 2 in diesem Zusammenhang dann keinen Sinn ergibt („auch vorbeugende Maßnahmen“). Da in den folgenden Absätzen jedoch weitere Maßnahmen, auch Repressionsmaßnahmen, benannt sind, ist bei Abs. 1 nur von präventiven Verpflichtungen auszugehen.¹⁾ Was erforderlich ist, richtet sich allein nach objektiven Gesichtspunkten, die subjektive Einschätzung des Arbeitgebers ist irrelevant. Welche Maßnahmen erforderlich sind, hängt auch von der Größe des Betriebs ab. An kleinere Unternehmen werden geringere Anforderungen gestellt.²⁾

Abs. 2 statuiert für den Arbeitgeber Hinweispflichten und die Verpflichtung, darauf hinzuwirken, dass unzulässige Benachteiligungen unterbleiben. Man könnte die Auffassung vertreten, dass Abs. 2 im Gegensatz zu Abs. 1 einen eher offensiven Charakter besitzt, indem der Arbeitgeber nach dieser Vorschrift aktiv gegenüber der Belegschaft tätig werden muss, während er nach Abs. 1 präventiv tätig werden kann, ohne dass die Belegschaft von seinem Tun Kenntnis besitzt. Das wird aber durch Abs. 2 Satz 2 widerlegt. Satz 2 hält fest, dass der Arbeitgeber durch Schulung seinen Verpflichtungen aus Abs. 1 nachkommen kann. Man wird diese Regelung wohl besser so verstehen können, dass der Arbeitgeber durch Schulung seiner Mitarbeiter sowohl seinen Pflichten aus Abs. 1 nachkommen kann als auch seinen Hinweispflichten aus Abs. 2. Offen ist die Frage, wer geschult werden muss und in welcher Form das erfolgen muss. Es ist zunächst nach der Betriebsgröße zu unterscheiden. Bei kleineren Unternehmen reichen Schulungen auf Betriebsversammlungen aus, bei größeren Unternehmen sind abgestufte Schulungen sinnvoll. So sollten Beschäftigte mit Weisungsbefugnis besonders ausführlich geschult

werden, während bei den übrigen Beschäftigten Computerschulungen per Selbsttest oder die Einstellung der wesentlichen Verhaltensregeln im Intranet ausreichen dürften.³⁾ Der Meinung, dass auf der untersten Hierarchieebene der Hinweis ausreiche, dass Benachteiligungen wegen eines in § 1 genannten Grundes unzulässig seien und zu unterbleiben haben,⁴⁾ ist nur eingeschränkt zu folgen. Tatsächlich wird eine umfassende Schulung auf der untersten Hierarchieebene unpraktikabel sein. Die Schulung muss jedoch über die bloße Wiederholung des Gesetzestextes hinausgehen, denn Schulung heißt auch immer, den Geschulten etwas mit Verständnis beizubringen. Gerade die Mitteilung eines Gesetzestextes bewirkt auf der untersten Hierarchieebene kein solches Verständnis. Insgesamt wird je nach Größe ein abgestuftes Schulungssystem zu entwickeln sein, das den tatsächlichen Möglichkeiten im Unternehmen gerecht wird, ohne jedoch die Ernsthaftigkeit der Pflicht in Zweifel zu ziehen. Führungskräfte müssen in jedem Fall mit den Inhalten des Gesetzes vertraut sein, sodass eine Auseinandersetzung im Rahmen einer qualifizierten Schulungsmaßnahme erfolgen sollte.⁵⁾ Ferner sollten Führungsrichtlinien erarbeitet werden, die das Verhalten der Führungskraft detailliert regeln und die zum Gegenstand des Arbeitsvertrages gemacht werden.⁶⁾

Abs. 3 regelt die Verpflichtungen des Arbeitgebers bei Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot. Ausdrücklich erwähnt werden Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung; die Aufzählung ist nicht abschließend, sodass weitere Maßnahmen des Arbeitgebers denkbar sind. Die Maßnahme muss der Situation angemessen sein, sodass bei leichteren Verstößen Ermahnungen ausreichend sein werden.⁷⁾ Bei rassistischen Äußerungen dürfte nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG eine außerordentliche Kündigung ohne das Erfordernis einer vorherigen Abmahnung erforderlich sein.⁸⁾ Das hat zuletzt das Arbeitsgericht Berlin bestätigt.⁹⁾ Im Ergebnis ist jeder Verstoß anhand seiner Intensität zu prüfen. Dabei ist der Sachverhalt dahingehend aufzuklären, aus welchem Grund es zu dem Verstoß kam. Provokationen des Geschädigten sind mildernd zu berücksichtigen.

Abs. 4 regelt die Pflicht des Arbeitgebers, Schutzmaßnahmen vor Benachteiligungen durch Dritte zu schaffen. Voraussetzung ist dabei, dass der Betroffene die Benachteiligung in Ausübung seiner Tätigkeit erfährt¹⁰⁾ und der Dritte mit dem Arbeitgeber in vertraglichen Beziehungen steht. Möglichkeiten des Schutzes können sein, dass der Arbeitgeber den betroffenen Beschäftigten aus der Kundebeziehung nimmt, dass der Unternehmenskodex auch an die Kunden weitergeleitet wird bzw. entsprechende vertragliche Verpflichtungen z. B. in den eigenen AGB aufgenommen werden. Eine Beendigung der Kundenbeziehung wird dem Arbeitgeber in der Regel unzumutbar sein.¹¹⁾

Abs. 5 statuiert eine Bekanntmachungspflicht. Der Arbeitgeber muss den Text des Gesetzes sowie § 61b ArbGG in allgemeiner Form im Betrieb bekannt machen. § 61b ArbGG regelt die maßgebliche Klagefrist. Mit dieser Bekanntmachung sind den Beschäftigten auch die für die Behandlung von Beschwerden gemäß § 13 Abs. 1 AGG zuständigen Stellen im Betrieb mitzuteilen. Die Bekanntmachung kann durch Aushang oder Auslegung an geeigneter Stelle oder den Einsatz der im Betrieb oder der Dienststelle üblichen Informations- und Kommunikationstechnik erfolgen. Ein Aushang am Schwarzen Brett oder im Intranet reicht grundsätzlich aus. Bei bestimmten Branchen und Tätigkeiten (z. B. Arbeitnehmerüberlassung, Handelsreisende) wird ein Hinweis an die Arbeitnehmer zu erfolgen haben, mit der Mitteilung, dass die notwendigen Informationen eingesehen werden können. Dem Beschäftigten muss die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme geschaffen werden, ein tatsächlicher Zugang der Information muss nicht bewiesen werden.

Die Organisationsmaßnahmen nach § 12 AGG sind in der Regel nach § 87 Abs.1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig.¹²⁾

-
- 1) Vgl. *Grobys*, NJW 2006, S. 2950, 2951.
 - 2) BT-Drucks. 16/1780, S. 37.
 - 3) *Wisskirchen*, a. a. O., S. 1496.
 - 4) So *Grobys*, NJW 2006, S. 2952.
 - 5) So auch *Grobys*, NJW 2006, S. 2952.
 - 6) *Grobys*, NJW 2006, S. 2952.
 - 7) *Wisskirchen*, a. a. O., S. 1496.
 - 8) Vgl. BAG, 2 AZR 676/98, ARES.
 - 9) ArbG Berlin v. 5. 9.2006, BB 2006, S. 140.
 - 10) BT-Drucks. 16/1780, S. 37.
 - 11) *Wisskirchen*, a. a. O., S. 1496.
 - 12) *Wisskirchen*, a. a. O., S. 1496.

UNTERABSCHNITT 3 Rechte der Beschäftigten

§ 13 Beschwerderecht

(1) Die Beschäftigten haben das Recht, sich bei den zuständigen Stellen des Betriebs, des Unternehmens oder der Dienststelle zu beschweren, wenn sie sich im Zusammenhang mit ihrem Beschäftigungsverhältnis vom Arbeitgeber, von Vorgesetzten, anderen Beschäftigten oder Dritten wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt fühlen. Die Beschwerde ist zu prüfen und das Ergebnis der oder dem beschwerdeführenden Beschäftigten mitzuteilen.

(2) Die Rechte der Arbeitnehmervertretungen bleiben unberührt.

Abs. 1 regelt ein Beschwerderecht der Beschäftigten. Der Begriff der zuständigen Stelle ist weit zu verstehen; zuständige Stelle kann beispielsweise ein Vorgesetzter, eine Gleichstellungsbeauftragte oder eine betriebliche Beschwerdestelle sein.¹⁾ Daraus ergibt sich, dass eine Verpflichtung zur Errichtung einer gesonderten betrieblichen Beschwerdestelle nicht besteht.²⁾ Der betroffene Beschäftigte muss sich wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt sehen. Der Anspruch ist nicht mit den Schadensersatzansprüchen aus § 15 Abs. 1 und 2 zu verwechseln. Aus Abs. 1 Satz 2 ergibt sich, dass die Beschwerde von den zuständigen Stellen zu prüfen ist und das Ergebnis der oder dem beschwerdeführenden Beschäftigten mitzuteilen ist.

Die Regelung des Abs. 1 ist im Vergleich zu den Regelungen der §§ 14, 15 AGG als ein eher „schwaches“ Recht des oder der Beschäftigten zu sehen. Der Anspruch gewährt weder Schadensersatz- noch sonstige Entschädigungsansprüche, sondern grundsätzlich lediglich einen Anspruch des oder der Beschäftigten auf Prüfung durch die zuständige Stelle und auf Mitteilung des Ergebnisses. Der Arbeitgeber wird wohl auch verpflichtet sein, eine Begründung des Ergebnisses zu geben.³⁾ Neben den Prüfungs- und Mitteilungspflichten ergeben sich für den Arbeitgeber gegebenenfalls aber noch weitere Pflichten. Kommt die zuständige Stelle zu dem Ergebnis, dass der oder die Beschäftigte wegen eines in § 1 genannten Merkmals benachteiligt wurde, so muss der Arbeitgeber handeln. Ihn treffen dann die Pflichten des § 12, das heißt, ihn können ergänzende Schulungsmaßnahmen treffen und er kann verpflichtet sein, arbeitsrechtliche Maßnahmen gegenüber benachteiligenden Mitarbeitern oder Mitarbeiterinnen oder zum Schutz der oder des Beschäftigten vor Dritten zu ergreifen. Eine Verletzung der Verpflichtung aus Satz 2, sei es, dass überhaupt keine Prüfung oder nur eine mangelhafte Prüfung durchgeführt wurde, bedeutet zwar zunächst nicht, dass der oder die Beschäftigte unmittelbar Ansprüche gegen den Arbeitgeber besitzt. Die Nichtlösung des Problems auf der Ebene der zuständigen Beschwerdestelle kann jedoch dazu führen, dass der oder die Beschäftigte den nächsten Schritt ergreifen und Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche aus § 15 geltend machen. Es empfiehlt sich daher eine eingehende Prüfung der Beschwerde durch die zuständige Stelle und die Abgabe einer ausführlichen Begründung. Das empfiehlt sich auch im Hinblick auf eine eventuelle gerichtliche Auseinandersetzung. Soweit Rechtfertigungsgründe für eine Benachteiligung erst vor Gericht vorgetragen werden, könnten die Arbeitsgerichte dazu neigen, diese Rechtfertigungen zu ignorieren.⁴⁾ Entgegen anderer Auffassung⁵⁾ kann auch eine fehlende Prüfung der Beschwerde Nachteile für den Arbeitgeber im Prozess ergeben. Die zuständige Stelle ist nach Abs. 1 zur Prüfung der Beschwerde verpflichtet. Das bedeutet, dass eine Untersuchung des Vorfalls durchgeführt werden muss. Aus dieser Prüfung folgt das Ergebnis. Gravierende Fehler bei der Prüfung (z. B. die Nichtdurchführung erforderlicher Anhörungen) kön-

nen dazu führen, dass die Arbeitsgerichte die Verpflichtungen des Arbeitgebers als nicht eingehalten betrachten. Im Prozess „nachgeschobene“ Begründungen, die die Benachteiligung rechtfertigen, könnten dann präkludiert sein. Das wird aber sicherlich nur bei erheblichen Mängeln des Beschwerdeverfahrens gelten. Besteht überhaupt keine zuständige Beschwerdestelle im Unternehmen, so dürfte das vor den Arbeitsgerichten ebenso dazu führen, dass Rechtfertigungsgründe im Prozess von den Arbeitsgerichten nicht beachtet werden. Die Durchführung eines Beschwerdeverfahrens ist allerdings nicht Prozessvoraussetzung.⁶⁾ Der oder die betroffene Beschäftigte ist also nicht verpflichtet, ein Beschwerdeverfahren „vorzuschalten“. Das Beschwerdeverfahren hemmt nicht den Fristablauf nach § 15 Abs. 4 AGG.⁷⁾

Abs. 2 regelt, dass die Rechte der Arbeitnehmervertretungen unberührt bleiben. Diese Rechte können also neben den Beschwerderechten geltend gemacht werden. Es handelt sich im Wesentlichen um die Rechte aus §§ 84, 85 BetrVG.

1) BT-Drucks. 16/1780, S. 37.

2) So auch *Annuß*, a. a. O., S. 1635.

3) *Grobys*, NJW 2006, S. 2952.

4) *Grobys*, NJW 2006, S. 2952.

5) *Grobys*, NZA 2006, S. 893 ff., 903.

6) BT-Drucks. 16/1780, S. 37.

7) *Nicolai*, a. a. O., Rn. 576.

§ 14 Leistungsverweigerungsrecht

Ergreift der Arbeitgeber keine oder offensichtlich ungeeignete Maßnahmen zur Unterbindung einer Belästigung oder sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz, sind die betroffenen Beschäftigten berechtigt, ihre Tätigkeit ohne Verlust des Arbeitsentgelts einzustellen, soweit dies zu ihrem Schutz erforderlich ist. § 273 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bleibt unberührt.

Die Vorschrift ist eine Sondervorschrift für Fälle der (sexuellen) Belästigung von Beschäftigten im Sinne des § 3 Abs. 3 und Abs. 4 AGG. Betroffene Beschäftigte sind berechtigt, ihre Tätigkeit ohne Verlust des Entgeltanspruchs einzustellen, wenn der Arbeitgeber keine oder ungeeignete Maßnahmen zur Unterbindung einer (sexuellen) Belästigung ergreift. Das Recht gilt nur für Belästigungen, nicht für mittelbare und unmittelbare Benachteiligungen.¹⁾

Voraussetzung des Anspruchs ist es, dass der oder die Beschäftigte die Belästigung gegenüber dem Arbeitgeber kundtut, damit dieser handeln kann. Eine ausschließliche Beschwerdezuständigkeit der zuständigen Stelle aus § 13 AGG ist nicht gegeben. Die Beschwerde kann demnach auch beim Arbeitgeber selbst, bei Vorgesetzten oder beim Betriebs-/Personalrat erhoben werden. Es empfiehlt sich jedoch, eine Beschwerde bei der zuständigen Stelle aus § 13 AGG zu erheben, da es sich bei § 14 AGG um einen Anspruch aus diesem Gesetz handelt und in vielen Fällen auch ein Zusammenhang mit einem sich aus § 1 AGG ergebenden Merkmal vorliegen wird.

Das Leistungsverweigerungsrecht besteht nicht bei geringfügigen Beeinträchtigungen. Betroffene Beschäftigte werden also bei der Entscheidung über die Ausübung des Rechts abwägen müssen, ob eine Zurückbehaltung opportun ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der oder die betroffene Beschäftigte im Streitfall darlegen und beweisen muss, dass die Voraussetzungen des § 14 AGG erfüllt sind.²⁾ Das Recht besteht nur, soweit es zum Schutz des oder der Betroffenen erforderlich ist, die Arbeit einzustellen. Ist also eine weitere Belästigung auszuschließen, muss der Arbeitgeber keine Maßnahmen ergreifen und der oder die Beschäftigte ist nicht berechtigt, seine Arbeitsleistung zurückzubehalten.

Der Arbeitgeber muss bei einer Belästigung keine offensichtlich ungeeigneten Maßnahmen ergreifen. Es reicht also nicht aus, dass lediglich ungeeignete Maßnahmen ergriffen werden, die Ungeeignetheit muss vielmehr offen auf der Hand liegen.

Bei Übergriffen durch den Arbeitgeber selbst kann der oder die Betroffene die Leistung sofort einstellen.

Das allgemeine Leistungsverweigerungsrecht nach § 273 BGB bleibt unberührt, da die Vorschrift des § 14 und des § 273 BGB unterschiedliche Ziele verfolgen. § 273 BGB soll einen Zwang zur Erfüllung einer Verbindlichkeit ausüben, während § 14 dem Schutz der Beschäftigten vor weiteren (sexuellen) Belästigungen dient.³⁾

1) Nicolai, a.a.O., Rn. 578.

2) Nicolai, a.a.O., Rn. 625.

3) BT-Drucks. 16/1780, S. 37.

§ 15

Entschädigung und Schadensersatz

- (1) Bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot ist der Arbeitgeber verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Dies gilt nicht, wenn der Arbeitgeber die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.
- (2) Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der oder die Beschäftigte eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Die Entschädigung darf bei einer Nichteinstellung drei Monatsgehälter nicht übersteigen, wenn der oder die Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre.
- (3) Der Arbeitgeber ist bei der Anwendung kollektivrechtlicher Vereinbarungen nur dann zur Entschädigung verpflichtet, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig handelt.
- (4) Ein Anspruch nach Absatz 1 oder 2 muss innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden, es sei denn, die Tarifvertragsparteien haben etwas anderes vereinbart. Die Frist beginnt im Falle einer Bewerbung oder eines beruflichen Aufstiegs mit dem Zugang der Ablehnung und in den sonstigen Fällen einer Benachteiligung zu dem Zeitpunkt, in dem der oder die Beschäftigte von der Benachteiligung Kenntnis erlangt.
- (5) Im Übrigen bleiben Ansprüche gegen den Arbeitgeber, die sich aus anderen Rechtsvorschriften ergeben, unberührt.
- (6) Ein Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 begründet keinen Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses, Berufsausbildungsverhältnisses oder einen beruflichen Aufstieg, es sei denn, ein solcher ergibt sich aus einem anderen Rechtsgrund.

Die Vorschrift ist die zentrale Regelung zu Schadensersatz- und Entschädigungsansprüchen im AGG. In der Vorschrift werden auch Ausschlussfristen geregelt.

Nach Abs. 1 ist der Arbeitgeber verpflichtet, bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot den entstandenen Schaden zu ersetzen. Es handelt sich um einen vertraglichen Anspruch. Das gilt auch bei der Benachteiligung bei Einstellungen als vorvertragliche Pflichtverletzung.¹⁾

Ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot liegt vor, wenn der oder die Beschäftigte wegen eines in § 1 genannten Merkmals benachteiligt wurde und keine Rechtfertigungstatbestände des AGG vorliegen.

Nach Abs. 1 Satz 2 ist der Arbeitgeber nicht zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Damit muss ein dem Arbeitgeber zurechenbares Verschulden vorliegen.²⁾ Gegen Satz 2 wird eingewandt, dass es sich um eine nicht gemeinschaftsrechtskonforme Norm handelt, da der EuGH entschieden habe, dass es mit der Gender-Richtlinie nicht vereinbar sei, eine vom Verschulden des Arbeitgebers abhängige Haftung auf eine Entschädigung einzuführen.³⁾ Für die Gemeinschaftskonformität der Regelung des Abs. 1 spricht allerdings, dass der Gesetzgeber bereits mit dem Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 eine verschuldensunabhängige Haftung geschaffen hat, sodass eine hinreichende verschuldensunabhängige Sanktion bei Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot vorliegt.⁴⁾

Der Arbeitgeber hat vorsätzliche und fahrlässige Pflichtverletzungen zu vertreten, die er aktiv begeht. Ferner kann ihn auch eigenes Verschulden bei Verstößen Dritter gegen das Benachteiligungsverbot treffen, soweit er seinen Handlungspflichten aus § 12 nicht oder nicht ausreichend nachgekommen ist. Es handelt sich um eine Haftung wegen eines Organisationsverschul-

dens. Ist der Arbeitgeber aber seinen Schulungsverpflichtungen aus § 12 nachgekommen, haftet er nicht für einen Erstverstoß eines Beschäftigten. Allerdings hat der Arbeitgeber in diesem Fall die erforderlichen Maßnahmen gemäß § 12 zu ergreifen.

Der Arbeitgeber muss sich fremdes Verschulden nach § 278 BGB zurechnen lassen, er hat also für Pflichtverletzungen des gesetzlichen Vertreters oder von Erfüllungsgehilfen einzustehen. Als Erfüllungsgehilfen gelten die Personen, denen der Arbeitgeber ein Weisungsrecht gegenüber den benachteiligten Beschäftigten übertragen hat. Die Benachteiligung durch Personen, die nicht Vorgesetzte des betroffenen Beschäftigten sind, ist daher über § 278 BGB nicht erfasst. Eine weitere Einschränkung ergibt sich daraus, dass die Benachteiligung in Zusammenhang mit den vertraglichen Pflichten stehen muss.⁵⁾ Verstößt ein vom Arbeitgeber mit der Personalsuche beauftragter Dritter gegen das Gebot der neutralen Stellenausschreibung, so wird dem Arbeitgeber dieser Verstoß zugerechnet.⁶⁾

Rechtsfolge des Anspruchs ist ein Anspruch auf Ersatz des materiellen Schadens, also auf einen Ersatz in Geld. Bezüglich des zu ersetzenden Schadens gelten die Vorschriften der §§ 249 ff. BGB. Es sind damit alle Vermögenseinbußen zu ersetzen, die in Verbindung mit der Benachteiligung stehen. Der Schadensersatzanspruch ist zeitlich nicht befristet. Theoretisch bedeutet das, dass z. B. ein Arbeitgeber bei Ablehnung eines Bewerbers wegen eines in § 1 genannten Merkmals verpflichtet sein kann, dem abgelehnten Bewerber faktisch bis zum Lebensende Schadensersatz zu leisten, in Form entgangener Vergütung bzw. wegen geringerer Rentenansprüche. Nach anderer Auffassung ist der Schadensersatz begrenzt auf die bis zum Erreichen des ersten Kündigungstermins hypothetisch entstehenden Vermögensvorteile.⁷⁾ Begründet wird das damit – für den Fall von Einstellungen – dass während der Probezeit unproblematisch gekündigt werden kann, ohne dass die Regelungen des Kündigungsschutzgesetzes eingreifen.⁸⁾ Das ist ein praktisches Argument, verfängt jedoch nicht bei Beförderungssachverhalten. Im Ergebnis wird aber davon auszugehen sein, dass Abs. 1 dahingehend europarechtskonform auszulegen ist, dass es eine auf den Einzelfall bezogene verhältnismäßige Haftungsobergrenze geben muss, denn durch die Richtlinien wurden die Mitgliedstaaten zwar aufgefordert, eine wirksame und abschreckende, aber auch verhältnismäßige Sanktion zu schaffen.⁹⁾ Im Übrigen ist der betroffene Beschäftigte gemäß § 254 BGB zur Schadensminderung verpflichtet. So ist die oder der abgelehnte Beschäftigte verpflichtet, alles Zumutbare zu unternehmen, um einen Arbeitsplatz zu finden.¹⁰⁾

Abs. 2 ist eine besondere Regelung für Nichtvermögensschäden. Nach der Vorschrift kann der oder die Beschäftigte eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Es handelt sich um einen verschuldensunabhängigen Anspruch.¹¹⁾ Erforderlich ist damit nur, dass ein Verstoß objektiv gegeben ist und der Verstoß dem Arbeitgeber kausal zurechenbar ist.

Die Höhe der im Einzelfall zu zahlenden Entschädigung steht im Ermessen der Arbeitsgerichte. Bei der Entscheidung ist die Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen, wonach zur Gewährleistung eines tatsächlichen und wirksamen Rechtsschutzes eine Entschädigung geeignet sein muss, eine abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber zu erzielen und in jedem Fall in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen muss.¹²⁾ Einen wichtigen Anhaltspunkt bilden die von den Zivilgerichten zugebilligten Schmerzensgeldbeträge bei der Verletzung der körperlichen Unversehrtheit oder des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.¹³⁾

Für die Fälle der Nichteinstellung ist der Schadensersatz auf maximal drei Monatsgehälter beschränkt, soweit der oder die Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. Der Gesetzgeber hat sich dazu entschlossen, die gleichlautende Vorschrift des (aufgehobenen) § 611 a BGB zu übernehmen. Bei Nichteinstellung eines benachteiligten Bewerbers, der anderenfalls eingestellt worden wäre, gilt die Begrenzung der Schadensersatzverpflichtung nicht.¹⁴⁾ Allerdings wird vertreten, den Entschädigungsanspruch nach oben hin entsprechend §§ 9, 10 KSchG zu beschränken.¹⁵⁾ Im Ergebnis würde das bedeuten, dass die

Entschädigung – allein schon aufgrund der Tatsache, dass kein Beschäftigungsverhältnis eingegangen wurde – regelmäßig unter den drei Monatsgehältern läge, die ein Beschäftigter geltend machen kann, der auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. Daher bestehen gegenüber dieser Ansicht Bedenken. Die Entschädigungssumme muss vielmehr über der des grundsätzlich zu Recht abgelehnten Bewerbers liegen. Das ist bei der Bemessung durch die Gerichte zu berücksichtigen. Das Arbeitsgericht Berlin hat in einer Entscheidung einer bestqualifizierten Bewerberin eine Entschädigung von sechs Monatsgehältern (darunter drei Monatsgehälter für den materiellen Schaden) zugesprochen.¹⁶⁾

Nach Abs. 3 ist der Arbeitgeber bei der Anwendung kollektivrechtlicher Vereinbarungen nur dann zur Entschädigung verpflichtet, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig handelt. Diese Haftungsmilderung wurde in das Gesetz aufgenommen, weil kollektivrechtlichen Vereinbarungen eine höhere Richtigkeitsgewähr zukommt und es sich bei solchen Regelungen um Vorschriften handelt, für die der Arbeitgeber nicht allein verantwortlich ist.¹⁷⁾ Diese Haftungserleichterung gilt sowohl für Ansprüche aus Absatz 1 als auch für Ansprüche aus Abs. 2.¹⁸⁾

Abs. 4 regelt, dass Schadensersatzansprüche nach Abs. 1 und 2 innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden müssen, es sei denn, es liegen andere tarifvertragliche Vereinbarungen vor. Offen bei dieser Regelung ist, welche Ausschlussfristen gemeint sind, ob also bereits tariflich bestehende Ausschlussfristen davon umfasst sind oder ob es sich um spezielle Ausschlussfristen für den Bereich des AGG handeln muss. Dem kann eine gewisse Bedeutung zukommen, denn die allgemeinen tariflichen Fristen können länger oder kürzer als die Zweimonatsfrist des Abs. 4 sein. Auch wenn bei Abschluss eines Tarifvertrages das AGG noch nicht bekannt war, dürften die tariflichen Ausschlussfristen auch für die Ansprüche aus § 15 AGG gelten. Es gibt keinen Grund, warum die Fristen des AGG eine Sonderbehandlung gegenüber anderen Gesetzen erfahren sollten.¹⁹⁾

Der Anspruch muss schriftlich geltend gemacht werden, sodass die Formvorschriften des § 126 BGB gelten. Dem Arbeitgeber muss also eine eigenhändig unterzeichnete Originalurkunde zugehen, Telefax, E-Mail oder mündliche Geltendmachung reichen nicht aus.²⁰⁾ Die Frist beginnt erst mit Kenntnis von der Benachteiligung, im Falle von Bewerbungen und Beförderungen mit dem Zugang der Ablehnung. Wird die Frist nicht eingehalten, erlischt der Anspruch.

Ansprüche aus anderen Rechtsvorschriften gegen den Arbeitgeber bleiben nach Abs. 5 unberührt. Es handelt sich vor allem um Ansprüche auf Unterlassung nach § 1004 BGB oder auf Schadensersatz nach den §§ 252, 823 BGB.²¹⁾ Diese Ansprüche können neben den Ansprüchen aus dem AGG geltend gemacht werden.

Abs. 6 hält fest, dass Erfüllungsansprüche im Rahmen des § 15 AGG nicht bestehen, also keine Ansprüche auf die Begründung von Arbeitsverhältnissen oder die Erteilung von Beförderungen.

1) *Bauer/Evers*, NZA 2006, S. 893 ff., 893.

2) *Bauer/Evers* NZA 2006, S. 893.

3) *Nicolai*, a. a. O., Rn. 437; EuGH v. 22. 4. 1997 – C-180/95 (Rs. Draempfahl), NZA 1997, 645 ff.

4) *Bauer/Evers*, a. a. O., S. 893.

5) *Bauer/Evers*, a. a. O., S. 983; ähnlich *Nicolai*, a. a. O., Rn. 439.

6) *Bauer/Evers*, a. a. O., S. 894.

7) *Nicolai*, a. a. O., Rn. 440.

8) Vgl. *Annuß*, a. a. O., S. 1634; *Wisskirchen* a. a. O., S. 1499.

9) Vgl. *Willemsen/Schweibert*, a. a. O., S. 2589.

10) *Bauer/Evers*, a. a. O., S. 895.

11) *Palandt/Heinrichs*, BGB, 65. Aufl., § 254 BGB, Rn. 40.

12) BT-Drucks. 16/1780, S. 38; siehe a. EuGH, Fn. 3.

13) BT-Drucks. 16/1780, S. 38; EuGH, Fn. 3.

14) *Bauer/Evers*, a. a. O., S. 896.

- 15) So auch *Besgen*, a. a. O., S. 8.
- 16) *Bauer/Evers*, a. a. O., S. 897.
- 17) ArbG Berlin, NZA-RR 2005, S. 608.
- 18) BT-Drucks. 16/1780, S. 38.
- 19) Vgl. *Bauer/Evers*, a. a. O., S. 897.
- 20) I. E. auch *Nicolai*, a. a. O., Rn. 459.
- 21) *Besgen*, a. a. O., S. 8.
- 22) BT-Drucks. 16/1780, S. 38.

§ 16 Maßregelungsverbot

- (1) Der Arbeitgeber darf Beschäftigte nicht wegen der Inanspruchnahme von Rechten nach diesem Abschnitt oder wegen der Weigerung, eine gegen diesen Abschnitt verstoßende Anweisung auszuführen, benachteiligen. Gleiches gilt für Personen, die den Beschäftigten hierbei unterstützen oder als Zeuginnen oder Zeugen aussagen.**
- (2) Die Zurückweisung oder Duldung benachteiligender Verhaltensweisen durch betroffene Beschäftigte darf nicht als Grundlage für eine Entscheidung herangezogen werden, die diese Beschäftigten berührt. Absatz 1 Satz 2 gilt entsprechend.**
- (3) § 22 gilt entsprechend.**

Abs. 1 entspricht dem bereits in § 612a BGB und § 5 TzBfG enthaltenen Grundsatz, dass Beschäftigte wegen der Inanspruchnahme ihrer Rechte aus diesem Abschnitt bzw. wegen der Weigerung, eine nach diesem Abschnitt verstoßende Anweisung auszuführen, nicht benachteiligt werden dürfen. Im Übrigen dürften dem Arbeitgeber benachteiligende Handlungen bereits aus der arbeitsrechtlichen Treupflicht verwehrt sein. Gleiches gilt für andere Personen, die den Beschäftigten unterstützen oder als Zeugen aussagen. Der Arbeitgeber darf also z. B. keine Abmahnungen oder Kündigungen aussprechen, wenn der Beschäftigte Ansprüche aus diesem Abschnitt wahrnimmt.

Die Regelung des Abs. 2 ist grundsätzlich bereits in Abs. 1 enthalten.

Gemäß Abs. 3 finden die Regelungen zur Beweislastverteilung auch im Falle eines Verstoßes des Arbeitgebers gegen das Maßregelungsverbot Anwendung.¹⁾

1) Zur Beweislastverteilung ausführlich unter § 22.

UNTERABSCHNITT 4 Ergänzende Vorschriften

§ 17

Soziale Verantwortung der Beteiligten

(1) Tarifvertragsparteien, Arbeitgeber, Beschäftigte und deren Vertretungen sind aufgefordert, im Rahmen ihrer Aufgaben und Handlungsmöglichkeiten an der Verwirklichung des in § 1 genannten Ziels mitzuwirken.

(2) In Betrieben, in denen die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 des Betriebsverfassungsgesetzes vorliegen, können bei einem groben Verstoß des Arbeitgebers gegen Vorschriften aus diesem Abschnitt der Betriebsrat oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft unter der Voraussetzung des § 23 Abs. 3 Satz 1 des Betriebsverfassungsgesetzes die dort genannten Rechte gerichtlich geltend machen; § 23 Abs. 3 Satz 2 bis 5 des Betriebsverfassungsgesetzes gilt entsprechend. Mit dem Antrag dürfen nicht Ansprüche des Benachteiligten geltend gemacht werden.

Abs. 1 soll die bezeichneten Parteien anhalten, ihren Beitrag zur Verwirklichung der Ziele des Gesetzes zu leisten. Das Gesetz kann etwa Anlass dafür sein, Personalprozesse in Unternehmen unter dem Gesichtspunkt des Benachteiligungsschutzes zu überprüfen und gegebenenfalls neu zu definieren oder Verhaltenskodizes zu vereinbaren.¹⁾ Die Betriebspartner können den Umgang mit dem AGG zum Beispiel in einer Gleichbehandlungsbetriebsvereinbarung festlegen. Dort können die gesetzlichen Vorgaben näher geregelt werden.²⁾

Abs. 2 eröffnet dem Betriebsrat oder den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften unter der Voraussetzung des § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG die dort genannten Rechte gerichtlich geltend zu machen, soweit ein grober Verstoß gegen die Vorschriften dieses Abschnitts vorliegt. Dabei handelt es sich um ein eigenständiges Klagerecht des Betriebsrates. Die Klage richtet sich entsprechend § 23 Abs. 3 BetrVG gegen den Arbeitgeber, mit dem Antrag, dem Arbeitgeber aufzugeben, eine Handlung zu unterlassen, die Vornahme einer Handlung zu dulden oder eine Handlung vorzunehmen. Erforderlich ist, dass es sich um einen betriebsratsfähigen Betrieb handelt.

Ein grober Verstoß des Arbeitgebers gegen seine Verpflichtungen nach dem AGG liegt vor bei einer objektiven und offensichtlich schwerwiegenden Pflichtverletzung, ohne dass es auf ein Verschulden ankommt.³⁾ Ein grober Verstoß ist nicht anzunehmen, wenn der Arbeitgeber in einer schwierigen und ungeklärten Rechtsfrage nach einer vertretbaren Rechtsansicht handelt.⁴⁾ Im Übrigen wird man das Antragsrecht nach Absatz 2 nur bejahen können, wenn es sich bei dem groben Verstoß um eine Benachteiligung mit kollektivem Bezug handelt. Das folgt aus der Verknüpfung des § 17 Abs. 2 AGG mit 23 Abs. 3 BetrVG, weil der Gesetzgeber den betriebsverfassungsrechtlichen und damit kollektivbezogenen Zusammenhang herstellt.⁵⁾ Konsequenz wird in Abs. 2 Satz 2 klargestellt, dass mit dem Antrag nicht Ansprüche des Benachteiligten, also die Rechte aus §§ 13 ff. AGG, geltend gemacht werden können.

1) BT-Drucks. 16/1780, S. 39.

2) Näher *Wisskirchen*, a. a. O., S. 1497.

3) *Nicolai*, a. a. O., Rn. 667.

4) *Nicolai*, a. a. O., Rn. 668.

5) *Klumpp*, NZA 2006, S. 904ff., 906.

§ 18

Mitgliedschaft in Vereinigungen

(1) Die Vorschriften dieses Abschnitts gelten entsprechend für die Mitgliedschaft oder die Mitwirkung in einer

- 1. Tarifvertragspartei,**
- 2. Vereinigung, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören oder die eine überragende Machtstellung im wirtschaftlichen oder sozialen Bereich innehat, wenn ein grundlegendes Interesse am Erwerb der Mitgliedschaft besteht,**

sowie deren jeweiligen Zusammenschlüssen.

(2) Wenn die Ablehnung einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 darstellt, besteht ein Anspruch auf Mitgliedschaft oder Mitwirkung in den in Absatz 1 genannten Vereinigungen.

Abs. 1 besagt, dass für die Mitgliedschaft und Mitwirkung in Berufsorganisationen die Regelungen über die Benachteiligungsverbote und deren Rechtsfolgen entsprechend wie im Beschäftigungsverhältnis gelten.

Abs. 2 gewährt einen Anspruch auf Mitgliedschaft bzw. Mitwirkung in einer Vereinigung. Damit wird über die Ansprüche des § 15 AGG hinausgegangen. Begründet wird das damit, dass aufgrund der monopolartigen Stellung der Berufsvereinigungen eine Benachteiligung regelmäßig nur in der Weise behoben werden kann, dass den Benachteiligten ein Anspruch auf Aufnahme bzw. auf Inanspruchnahme der satzungsmäßigen Leistungen zugebilligt wird, soweit die übrigen verfahrensrechtlichen und satzungsmäßigen Voraussetzungen erfüllt sind.¹⁾

1) BT-Drucks. 16/1780, S. 39.

ABSCHNITT 3 Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr

§ 19 Zivilrechtliches Benachteiligungsverbot

(1) Eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, die

1. typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (Massengeschäfte) oder bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen oder

2. eine privatrechtliche Versicherung zum Gegenstand haben,

ist unzulässig.

(2) Eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft ist darüber hinaus auch bei der Begründung, Durchführung und Beendigung sonstiger zivilrechtlicher Schuldverhältnisse im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 5 bis 8 unzulässig.

(3) Bei der Vermietung von Wohnraum ist eine unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf die Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen und ausgewogener Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse zulässig.

(4) Die Vorschriften dieses Abschnitts finden keine Anwendung auf familien- und erbrechtliche Schuldverhältnisse.

(5) Die Vorschriften dieses Abschnitts finden keine Anwendung auf zivilrechtliche Schuldverhältnisse, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird. Bei Mietverhältnissen kann dies insbesondere der Fall sein, wenn die Parteien oder ihre Angehörigen Wohnraum auf demselben Grundstück nutzen. Die Vermietung von Wohnraum zum nicht nur vorübergehenden Gebrauch ist in der Regel kein Geschäft im Sinne des Absatzes 1 Nr. 1, wenn der Vermieter insgesamt nicht mehr als 50 Wohnungen vermietet.

Die §§ 19–21 AGG regeln die Geltung des Gesetzes im Zivilrechtsbereich. Die Richtlinien des Gemeinschaftsrechts sehen entsprechende Regelungen nur für die Merkmale Rasse und Ethnie vor, der Gesetzgeber hat sich jedoch entschlossen, auch die für die Beschäftigungsverhältnisse geltenden Diskriminierungsmerkmale unter Ausnahme des Merkmals Weltanschauung in den zivilrechtlichen Abschnitt des AGG aufzunehmen.

Der persönliche Anwendungsbereich im Zivilrechtsverkehr ist – im Gegensatz zum persönlichen Anwendungsbereich bei Beschäftigungsverhältnissen (§ 6 AGG) im Gesetz nicht fixiert. Man wird davon ausgehen müssen, dass grundsätzlich alle Vertragsbeteiligten erfasst sind. Das bedeutet, dass nicht nur Verbraucher im Sinne des § 13 BGB anspruchsberechtigt sein können, sondern auch Unternehmer im Sinne des § 14 BGB, sofern es sich nicht um juristische Personen handelt. Grundsätzlich dürften demnach alle natürlichen Personen gesetzlich geschützt sein, sofern sie wegen eines in § 19 genannten Merkmals benachteiligt werden.¹⁾ Anspruchs-

verpflichtet sind im Wesentlichen Unternehmer im Sinne des § 14 BGB, jedoch sind auch Vermieter verpflichtet, ebenso unter bestimmten Umständen Private (siehe zu Abs. 2).

Abs. 1 regelt das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot. Benachteiligungen bei einer bestimmten Art von Geschäften wegen eines in § 19 genannten Merkmals sind danach unzulässig. Wegen der einzelnen Benachteiligungsmerkmale sei auf die Kommentierung zu § 1 AGG verwiesen. Im Rahmen des sachlichen Anwendungsbereichs werden die erfassten Schuldverhältnisse in zwei Alternativen in den Nrn. 1 und 2 definiert. Nr. 1 erfasst die sogenannten Massengeschäfte. Ein und derselbe Anbieter muss gleichartige Güter oder Dienstleistungen zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen anbieten.

Ob die Dienstleistungen und Güter in einer Vielzahl von Fällen angeboten werden, ist aus Sicht des Anbieters zu beurteilen.²⁾ Im Ergebnis wird man darauf abstellen müssen, ob sich eine Person unternehmerisch am Markt betätigen will.³⁾ Vergleichbare Bedingungen liegen vor, wenn der Anbieter Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet.⁴⁾ Typischerweise ohne Ansehen der Person kommt ein Schuldverhältnis insbesondere im Bereich der Konsumgüterwirtschaft und bei standardisierten Dienstleistungen zustande, beispielsweise im Einzelhandel, in der Gastronomie und im Transportwesen.⁵⁾ Den Massengeschäften gleich gestellt werden Schuldverhältnisse, die in einer Vielzahl von Fällen zu vergleichbaren Bedingungen zustande kommen und bei denen das Ansehen der Person eine nachrangige Bedeutung hat. Das gilt vor allem bei Wohnraummietverträgen, sofern ein großer Wohnungsanbieter eine Vielzahl von Wohnungen anbietet.⁶⁾

Abs. 1 Nr. 2 bezieht als Spezialvorschrift ausdrücklich alle privaten Versicherungsverhältnisse ein. Zwar erfasst schon Abs. 1 Nr. 1 Versicherungsverträge, allerdings nur solche, die typischerweise auf die Ermittlung von einschlägigen Risikoindikatoren verzichten.⁷⁾ Mit Nr. 2 werden aber auch Versicherungen mit individueller vorheriger Risikoprüfung erfasst.

Abs. 2 erweitert den Anwendungsbereich des Gesetzes bei Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft auf sonstige zivilrechtliche Schuldverhältnisse im Sinne des § 2 Abs. 1 Nrn. 5–8. Damit sind auch Geschäfte Privater erfasst, soweit gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 8 die Waren der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen. Das soll der Fall sein, wenn ein Angebot zum Vertragsschluss durch Anzeigen in Tageszeitungen, Schaufensterauslagen, Veröffentlichungen im Internet oder auf vergleichbare Weise öffentlich gemacht wird. Es kommt nur darauf an, dass die Erklärung über die Privatsphäre des Anbietenden hinaus gelangt.⁸⁾ Nach einer anderen Auffassung stehen Dienstleistungen und Güter der Öffentlichkeit nur zur Verfügung, wenn sie typischerweise in einer Vielzahl von Fällen und ohne Ansehen der Person der anderen Partei kontrahiert werden.⁹⁾

Nach Abs. 3 ist bei der Vermietung von Wohnraum eine unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf die Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen und ausgewogener Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse zulässig. Diese Bestimmung ist nicht als Ausnahme, sondern als Klarstellung zu verstehen; eine unterschiedliche Behandlung mit dieser Zielsetzung ist bereits tatbestandlich keine Benachteiligung.¹⁰⁾

Abs. 4 schließt die im Familien- und Erbrecht geregelten Schuldverhältnisse aus. Vereinbarungen, die eine Erbfolge vorwegnehmen, sind ebenfalls von der Vorschrift erfasst.¹¹⁾ Die Vorschrift ist überflüssig, denn familien- und erbrechtliche Ansprüche können weder Massengeschäft sein, noch den möglicherweise bezüglich Rasse und ethnischer Herkunft erweiterten Tatbestand des § 2 Abs.1 Nummer 8 AGG erfüllen.¹²⁾

Gemäß Abs. 5 finden die Vorschriften des Absatzes keine Anwendung auf zivilrechtliche Schuldverhältnisse, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird. Das wird der Fall sein, wenn es sich für die durch das Be-

nachteiligungsverbot verpflichtete Person um ein besonders bedeutsames Geschäft handelt oder der Vertrag besonders engen oder langen Kontakt mit dem Vertragspartner mit sich bringen würde.¹³⁾ Satz 2 nennt als Beispiel den Fall, dass die Parteien oder ihre Angehörigen Wohnraum auf demselben Grundstück nutzen. Mit Satz 3 wird der Begriff des Massengeschäfts aus Abs. 1 dergestalt relativiert, dass kein solches Massengeschäft vorliegt, wenn der Vermieter insgesamt nicht mehr als 50 Wohnungen vermietet. Als Wohnungen werden alle Räume erfasst, die der Vermieter der separaten, entgeltlichen Gebrauchsüberlassung zum privaten Aufenthalt von Menschen durch Begründung eines schuldrechtlichen Vertrages gewidmet hat.¹⁴⁾ Unter Umständen können auch unentgeltlich zur Verfügung gestellte Wohnungen hinzugerechnet werden, wenn eine atypische Gegenleistung erbracht wird, z. B. Hausmeisterdienste.¹⁵⁾

-
- 1) *Nicolai*, a. a. O., Rn. 716.
 - 2) BT-Drucks. 16/1780, S. 41.
 - 3) *Nicolai*, a. a. O., Rn. 732.
 - 4) *Nicolai*, a. a. O., Rn. 732.
 - 5) BT-Drucks. 16/1780, S. 41.
 - 6) BT-Drucks. 16/1780, S. 41.
 - 7) BT-Drucks. 16/1780, S. 41.
 - 8) BT-Drucks. 16/1780, S. 32.
 - 9) *Maier/Reimer*, NJW 2006, S. 2577 ff., S. 2580.
 - 10) *Maier/Reimer*, a. a. O., S. 2580.
 - 11) BT-Drucks. 16/1780, S. 42.
 - 12) *Maier/Reimer*, a. a. O., S. 2580.
 - 13) BT-Drucks. 16/1780, S. 42/43.
 - 14) *Lützenkirchen*, MietRB 2006, S. 249 ff., 249.
 - 15) *Lützenkirchen*, a. a. O., S. 250.

§ 20

Zulässige unterschiedliche Behandlung

(1) Eine Verletzung des Benachteiligungsverbots ist nicht gegeben, wenn für eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen Identität oder des Geschlechts ein sachlicher Grund vorliegt. Das kann insbesondere der Fall sein, wenn die unterschiedliche Behandlung

- 1. der Vermeidung von Gefahren, der Verhütung von Schäden oder anderen Zwecken vergleichbarer Art dient,**
- 2. dem Bedürfnis nach Schutz der Intimsphäre oder der persönlichen Sicherheit Rechnung trägt,**
- 3. besondere Vorteile gewährt und ein Interesse an der Durchsetzung der Gleichbehandlung fehlt,**
- 4. an die Religion eines Menschen anknüpft und im Hinblick auf die Ausübung der Religionsfreiheit oder auf das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften, der ihnen zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform sowie der Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion zur Aufgabe machen, unter Beachtung des jeweiligen Selbstverständnisses gerechtfertigt ist.**

(2) Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts ist im Falle des § 19 Abs. 1 Nr. 2 bei den Prämien oder Leistungen nur zulässig, wenn dessen Berücksichtigung bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist. Kosten im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft dürfen auf keinen Fall zu unterschiedlichen Prämien oder Leistungen führen. Eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität ist im Falle des § 19 Abs. 1 Nr. 2 nur zulässig, wenn diese auf anerkannten Prinzipien risikoadäquater Kalkulation beruht, insbesondere auf einer versicherungsmathematisch ermittelten Risikobewertung unter Heranziehung statistischer Erhebungen.

§ 20 regelt, in welchen Fällen eine unterschiedliche Behandlung aufgrund der genannten Merkmale zulässig ist. In diesen Fällen liegt keine Verletzung des Benachteiligungsverbots vor. Bei der Norm handelt es sich um einen Rechtfertigungsgrund. Bei mittelbaren Diskriminierungen kann gemäß § 3 Abs. 2 AGG bereits eine Zulässigkeit auf der Tatbestandsebene erfolgen.

Satz 1 regelt, dass eine Benachteiligung nicht vorliegt, wenn ein sachlicher Grund besteht. Differenzierungen im allgemeinen Zivilrecht sind häufig akzeptiert oder sogar erwünscht, so z. B. bei Schüler- und Studentenrabatten.¹⁾ Die Feststellung eines sachlichen Grundes bedarf der wertenden Feststellung im Einzelfall nach den Grundsätzen von Treu und Glauben.²⁾ Die folgenden Nummern bezeichnen sachliche Gründe und sind als Regelbeispiele zu werten, wie sich aus dem Wort „insbesondere“ ergibt. § 20 gilt nicht für Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft.

Nr. 1 rechtfertigt eine Ungleichbehandlung, die der Vermeidung von Gefahren, der Verhütung von Schäden oder anderen Zwecken vergleichbarer Art dient. Eine unterschiedliche Behandlung ist aber nur dann gerechtfertigt, wenn sie zur Zweckerreichung grundsätzlich geeignet und erforderlich ist. Dem Anbieter steht in solchen Fällen jedoch ein gewisser Beurteilungsspielraum zur Verfügung. Das ist zulässig, weil eine vorbeugende Schadensverhütung auf Prognosen beruht, die mit Unsicherheiten behaftet ist.³⁾ Im Ergebnis werden aus diesem Grunde nur willkürliche Handlungen des Anbieters unzulässig sein.

Nr. 2 rechtfertigt eine unterschiedliche Behandlung, wenn dem Bedürfnis nach Schutz der Intimsphäre oder der persönlichen Sicherheit Rechnung getragen wird. Es handelt sich insbesondere um Fälle geschlechtsbedingter Umstände. Der Schutz der Intimsphäre kann unterschiedliche Öffnungszeiten von Schwimmbädern von Männern und Frauen rechtfertigen.⁴⁾ Eine Ungleichbehandlung aus Gründen der persönlichen Sicherheit kann z. B. bei der Bereitstellung von Frauenparkplätzen gerechtfertigt sein.⁵⁾

Nach Nr. 3 ist eine Ungleichbehandlung zulässig, wenn sie besondere Vorteile gewährt und ein Interesse an der Durchsetzung der Gleichbehandlung fehlt. Im Geschäftsverkehr handelt es sich dabei meist um Preisermäßigungen, die bestimmten Gruppen gewährt werden und damit andere Gruppen benachteiligen. In Bezug auf Schüler- und Studentenrabatte ist eine Ungleichbehandlung sicher nachzuvollziehen, da diese Gruppen in der Regel über ein geringeres Erwerbseinkommen verfügen.⁶⁾ Eine Ungleichbehandlung soll auch dann gerechtfertigt sein, wenn der Anbieter mit dem Angebot bestimmte Kundenkreise anlocken möchte.⁷⁾ Bei Online-Partnervermittlungsplattformen müssen Frauen häufig keine Beiträge bezahlen, Männer jedoch schon. Das könnte dadurch gerechtfertigt werden, dass Frauen sich sonst bei den Diensten nicht anmelden würden und damit der Dienst insgesamt gefährdet sei. Das ist jedoch fraglich, denn dabei handelt es sich zunächst um eine bloße Vermutung. Der Anbieter wäre mit seinem Argument darlegungs- und beweisbelastet.

Nach Nr. 4 können Ungleichbehandlungen wegen der Religion oder der Weltanschauung gerechtfertigt sein, wenn diese auf religiösen oder weltanschaulichen Motiven des Anbieters beruhen. Der Anbieter ist aber gehalten, in diesen Fällen darzulegen, welcher religiöse Grundsatz bzw. welcher Grundsatz seiner Weltanschauung im Einzelnen die Ungleichbehandlung rechtfertigen soll.⁸⁾ Beachtet werden muss gerade bei dieser Regelung, dass es sich um einen sachlichen Grund handeln muss. So ist weder ein Christ noch ein Moslem berechtigt, Verkäufe nur an Glaubensbrüder zu tätigen. Es fehlt der sachliche Grund. Es genügt nicht die Berufung auf die behaupteten Glaubensgebote, vielmehr muss ein Gewissenskonflikt als Konsequenz aus dem Zwang, der eigenen Glaubensüberzeugung zuwider zu handeln, konkret substantiiert und objektiv nachvollziehbar dargelegt werden.⁹⁾ Hinzu kommt, dass in solchen Fällen in der Regel auch eine Benachteiligung wegen der Rasse oder der Ethnie in Betracht kommt. In Bezug auf Scientology dürfte sich die Frage nicht stellen, denn bei dieser Gruppierung handelt es sich um keine Religion, sondern um eine Weltanschauung, sodass Scientology bereits nicht unter den Schutz des § 19 AGG fällt. Der Gesetzgeber hat die fehlerhafte Regelung bezüglich des Merkmals „Weltanschauung“ in § 20 nun auch gesehen. Da das Merkmal „Weltanschauung“ vom Benachteiligungsverbot in § 19 nicht erfasst wird, soll es nun in § 20 ersatzlos gestrichen werden.¹⁰⁾

Abs. 2 enthält besondere Bestimmungen für private Versicherungsverträge nach § 19 Abs. 1 Nr. 2. Private Versicherer müssen eine Prämiendifferenzierung durch risikoadäquate Kalkulationen unter Heranziehung statistischer Risikoerhebungen rechtfertigen, und zwar bei Ungleichbehandlungen wegen des Geschlechts in strikterer Form, als es bei den anderen Merkmalen aus § 19 der Fall ist. Relevant und genau im Sinne der Norm sind nur solche Daten, die eine stichhaltige Aussage über das Merkmal Geschlecht als versicherungsmathematischen Risikofaktor erlauben. Die Daten müssen daher verlässlich sein, regelmäßig aktualisiert werden und auch der Öffentlichkeit zugänglich sein.¹¹⁾ Im Streitfall werden Versicherer also ihre Kalkulation rechtfertigen müssen.¹²⁾ Kosten in Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft dürfen gemäß Satz 2 auf keinen Fall zu unterschiedlichen Leistungen oder Prämien führen. Satz 3 regelt die Voraussetzungen, unter denen Versicherungen die Merkmale Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität als Risikofaktoren bei der Festlegung der Prämien und Leistungen heranziehen können. Der Begriff „anerkannte Prinzipien risikoadäquater Kalkulation“ kann als eine Zusammenfassung der Grundsätze gesehen werden, die von den Versicherungsmathematikern bei der Berechnung von Prämien und De-

ckungsrückstellungen anzuwenden sind. Es sind bestimmte Rechnungsgrundlagen, mathematische Formeln und kalkulatorische Herleitungen zu verwenden, ferner muss auf anerkannte medizinische Erfahrungswerte und Einschätzungstabellen der Rückversicherer zurückgegriffen werden.¹³⁾

-
- 1) BT-Drucks. 16/1780, S. 43.
 - 2) BT-Drucks. 16/1780, S. 43.
 - 3) BT-Drucks. 16/1780, S. 43.
 - 4) BT-Drucks. 16/1780, S. 44.
 - 5) BT-Drucks. 16/1780, S. 44.
 - 6) BT-Drucks. 16/1780, S. 44.
 - 7) BT-Drucks. 16/1780, S. 44.
 - 8) Vgl. *Nicolai*, a. a. O., Rn. 829.
 - 9) BT-Drucks. 16/1780, S. 45.
 - 10) BR-Drucks. 741/06, S. 8.
 - 11) BT-Drucks. 16/1780, S. 45.
 - 12) *Maier/Reimer*, a. a. O., S. 2581.
 - 13) BT-Drucks. 16/1780, S. 45.

§ 21 Ansprüche

(1) Der Benachteiligte kann bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot unbeschadet weiterer Ansprüche die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen.

(2) Bei einer Verletzung des Benachteiligungsverbots ist der Benachteiligende verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Dies gilt nicht, wenn der Benachteiligende die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der Benachteiligte eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen.

(3) Ansprüche aus unerlaubter Handlung bleiben unberührt.

(4) Auf eine Vereinbarung, die von dem Benachteiligungsverbot abweicht, kann sich der Benachteiligende nicht berufen.

(5) Ein Anspruch nach den Absätzen 1 und 2 muss innerhalb einer Frist von zwei Monaten geltend gemacht werden. Nach Ablauf der Frist kann der Anspruch nur geltend gemacht werden, wenn der Benachteiligte ohne Verschulden an der Einhaltung der Frist verhindert war.

Die Vorschrift regelt die Ansprüche der Betroffenen nach einem Verstoß gegen das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot.

Nach Abs. 1 kann im Falle einer Verletzung des Verbots der Benachteiligung der Benachteiligte die Beseitigung der Beeinträchtigung und bei Wiederholungsgefahr Unterlassung verlangen. Es handelt sich um verschuldensunabhängige Ansprüche, d. h., der objektive Verstoß gegen das Verbot reicht aus.

Nach Abs. 2 Satz 1 kann der Benachteiligte Ersatz des materiellen Schadens verlangen. Die Schadensersatzverpflichtung richtet sich nach den §§ 280 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB. Ein Schadensersatzanspruch entfällt gemäß Satz 2 allerdings, wenn der Anbieter die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Der Anbieter muss also – im Gegensatz zu Abs. 1 – schuldhaft gehandelt haben, ihm muss Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorwerfbar sein. Ob das Verschulden als Voraussetzung der Verpflichtung zum Ersatz materieller Schäden aus einer Benachteiligung wegen Geschlecht, Rasse oder ethnischer Herkunft den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts genügt, wird bezweifelt.¹⁾ Für die Gemeinschaftskonformität der Regelung spricht allerdings, dass der Gesetzgeber bereits mit dem Entschädigungsanspruch nach Abs. 2 Satz 3 eine verschuldensunabhängige Haftung geschaffen hat, sodass eine hinreichende verschuldensunabhängige Sanktion bei Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot vorliegt.²⁾ Satz 3 regelt im Hinblick auf § 253 Absatz 1 BGB den Ersatz des durch die Benachteiligung eingetretenen immateriellen Schadens.

Ein Anspruch auf Abschluss eines Vertrages, wie ihn der Vorgängerentwurf vorsah, existiert im Gesetz nicht. Der Anspruch ist jedoch auch nicht ausdrücklich ausgeschlossen – so wie in § 15 Abs. 6 für das Beschäftigungsverhältnis. Das legt die Auffassung nahe, dass sich ein Anspruch des Benachteiligten auf einen Vertragsabschluss ergeben kann.³⁾ Andererseits ist der Anspruch auf Abschluss eines Vertrages kein Schadensersatzanspruch, sondern ein Erfüllungsanspruch. Ein solcher Anspruch kann sich demgemäß allenfalls im Rahmen des Abs. 1 als Beseitigungsanspruch ergeben.

Vermögensschäden, die sich aufgrund eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot ergeben, sind zu ersetzen. Der Benachteiligte muss sowohl die Entstehung des Schadens als auch die Kausalität zwischen dem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot und dem geltend gemachten Schaden darlegen und beweisen.⁴⁾

Satz 3 regelt den Ersatz des immateriellen Schadens. Dieser Anspruch wird für die Rechtspraxis eine größere Rolle spielen, da er bereits bei Verstoß gegen ein zivilrechtliches Benachteiligungsverbot ausgelöst wird und es keiner Darlegung zum Schaden selbst und der Kausalität bedarf.⁵⁾ Bezüglich der Höhe der Entschädigung ist auf die Rechtsprechung bezüglich der Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zurückzugreifen. Angemessen ist die Entschädigung, wenn sie dem Benachteiligten Genugtuung für die durch die Benachteiligung zugefügte Herabsetzung oder Zurücksetzung verschaffen kann. Das Verweisen auf eine lediglich symbolhafte Entschädigung wäre unzulässig und entspräche auch nicht den Anforderungen der Richtlinie, die wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen verlangt.⁶⁾

Abs. 3 stellt klar, dass Ansprüche aus unerlaubter Handlung unberührt bleiben. Das kann z. B. ein Anspruch aus § 823 Absatz 2 BGB i. V. m. § 185 StGB wegen Beleidigung sein. Allerdings ist es für den Benachteiligten in der Regel vorteilhafter, sich auf § 21 AGG zu berufen, da ihm hier Beweiserleichterungen zur Verfügung stehen.⁷⁾

Abs. 4 stellt klar, dass es sich bei den Regelungen zu § 21 AGG um zwingendes Recht handelt und abweichende Vereinbarungen nichtig sind, der Benachteiligende sich also darauf nicht berufen kann. Damit soll verhindert werden, dass durch Vertragsklauseln – sei es per Individualvereinbarung oder per AGB – die Schadensersatzregelungen ausgeschlossen werden können.

Abs. 5 bestimmt Ausschlussfristen. Ansprüche auf Beseitigung oder Schadensersatz müssen innerhalb einer Frist von zwei Monaten geltend gemacht werden. Die Ausschlussfrist ist von Amts wegen zu berücksichtigen und muss nicht mit einer Einrede geltend gemacht werden.⁸⁾

Allerdings kann die Fristversäumnis gemäß Abs. 5 Satz 2 geheilt werden, wenn der Benachteiligte ohne Verschulden an der Einhaltung der Frist verhindert war. Das soll der Fall sein, wenn der Benachteiligte erst nach Fristablauf von den anspruchsbegründenden Tatsachen Kenntnis erlangt, ohne dass dies von ihm zu vertreten ist.⁹⁾ Der Anspruchsteller muss in diesem Fall den Anspruch binnen zwei Monaten nach Kenntniserlangung geltend machen. Wie der Anspruch geltend gemacht werden muss, ist offen.¹⁰⁾ In jedem Fall ist der Begriff „geltend machen“ nicht so zu verstehen, dass der Benachteiligte den Anspruch gerichtlich geltend machen muss, eine außergerichtliche, nicht notwendig schriftliche Geltendmachung reicht aus.¹¹⁾

1) Vgl. *Nicolai*, a. a. O., Rn. 846; *Maier/Reimer*, a. a. O., S. 2581.

2) Vgl. *Bauer/Evers*, a. a. O., S. 893 (zu § 15 AGG).

3) So auch *Nicolai*, a. a. O., Rn. 849.

4) *Nicolai*, a. a. O., Rn. 856.

5) *Nicolai*, a. a. O., Rn. 861.

6) BT-Drucks. 16/1780, S. 46.

7) BT-Drucks. 16/1780, S. 46.

8) *Nicolai*, a. a. O., Rn. 865.

9) BT-Drucks. 16/1780, S. 47.

10) *Maier/Reimer*, a. a. O., S. 2582.

11) Vgl. *Nicolai*, a. a. O., Rn. 871 f.

ABSCHNITT 4 Rechtsschutz

§ 22 Beweislast

Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.

Bei der Vorschrift handelt es sich um eine Regelung über die Beweislast. Sie gilt allgemein, sowohl für Beschäftigungsverhältnisse, als auch im Zivilrechtsverkehr. Die Vorschrift entspricht im Wesentlichen dem § 611 a Abs. 1 Satz 3 BGB, der durch das AGG abgelöst worden ist. Die Regelung in § 22 AGG trägt dem Umstand Rechnung, dass das diskriminierende Element in einer bestimmten Handlung, Vereinbarung oder Maßnahme für einen Beschäftigten häufig nur schwer nachweisbar ist. Das gilt besonders für Auswahlentscheidungen bei Bewerbungen oder Beförderungen, da der Beschäftigte als Außenstehender keine Einsicht in die interne Entscheidungsstruktur besitzt.¹⁾

Beweist der Anspruchsteller im Streitfall Tatsachen, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen, muss der Anspruchsgegner darlegen und beweisen, dass sein Handeln gerechtfertigt ist. Im Einzelnen gilt für den Anspruchsteller zunächst Folgendes: Der Benachteiligte muss zunächst beweisen, dass er eine der in § 1 AGG genannten Diskriminierungsmerkmale erfüllt. Ferner hat der Benachteiligte zu beweisen, dass eine Benachteiligung erfolgt ist, er also gegenüber einer anderen Person ungünstiger behandelt worden ist. Schließlich hat er darzulegen, dass die unterschiedliche Behandlung auf einem Diskriminierungsmerkmal des § 1 AGG basiert. Für den Beweis dieser Kausalität lässt das Gesetz Indizien ausreichen, d.h. Anhaltspunkte, die eine Benachteiligung gerade aus diesem Grunde plausibel erscheinen lassen.²⁾ Die Beweiserleichterung des § 22 gilt damit ausschließlich für die Frage, ob eine unterschiedliche Behandlung wegen eines Diskriminierungsmerkmals aus § 1 AGG erfolgt. Bei unmittelbaren Benachteiligungen im Sinne des § 3 Abs. 1 AGG muss der Vortrag des Anspruchstellers den Schluss auf eine entsprechende Motivlage des Anspruchsgegner, bei mittelbaren Benachteiligungen gemäß § 3 Abs. 2 AGG einen Schluss auf die besondere Betroffenheit des Benachteiligten zulassen.³⁾ Der Benachteiligte genügt seiner Darlegungslast, wenn er Hilfstatsachen darlegt und unter Beweis stellt, die eine Benachteiligung wegen eines Merkmals aus § 1 AGG vermuten lassen. Die Beweisanforderungen für diese Vermutung der Diskriminierung wird deutlich abgesenkt. Es genügt, wenn das Gericht ihr Vorliegen für überwiegend wahrscheinlich hält. Stehen dem Kläger keine anderen Beweismittel, insbesondere Zeugen, zur Verfügung, hat das Gericht alle zulässigen Möglichkeiten auszunutzen, so die Anhörung der Partei zur Sachaufklärung gemäß § 141 ZPO und die Parteivernehmung nach § 448 ZPO. Ist nach dieser Beweisaufnahme eine unterschiedliche Behandlung zu vermuten, trägt der Beklagte die volle Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot vorliegt.⁴⁾ Das bedeutet, dass der Anspruchsgegner einen anderen, nicht diskriminierenden Auswahlgrund für die Entscheidung nachweisen muss. Was der in Anspruch Genommene nachweisen muss, um ein unzulässiges Motiv für die Ungleichbehandlung zu widerlegen, hängt vom Einzelfall ab. So wird z.B. nicht geschlechtsneutralen Stellenanzeigen ein so hoher Indizwert beigemessen, dass der Arbeitgeber den Gegenbeweis kaum mit Aussicht auf Erfolg führen kann.⁵⁾ Bei Einstellungs- und Beförderungsbedingungen wird der Arbeitgeber seine Auswahlkriterien sowie die jeweilige Entscheidungsbasis offenlegen müssen.⁶⁾ Es besteht keine aus-

drückliche Pflicht des Anspruchsgegners, dem Anspruchsteller auf Anfrage Auskünfte über mögliche Differenzierungsgründe zu erteilen. Im Einzelfall kann sich aber eine solche Pflicht nach den allgemeinen Regeln von Treu und Glauben ergeben, wenn innerhalb einer Rechtsbeziehung eine Partei über das Bestehen eines Rechts im Ungewissen ist und die andere Partei die zur Beseitigung der Ungewissheit erforderliche Auskunft unschwer erteilen kann.⁷⁾ Das mag für den Bereich der Beschäftigungsverhältnisse im internen Bereich, z. B. im Rahmen von Beförderungen oder im Bereich der Entgeltgleichheit,⁸⁾ zulässig sein. Gegenüber Außenstehenden Personen, so z. B. abgelehnten Bewerbern, scheidet diese Auskunftsverpflichtung regelmäßig unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten, denn eine Verpflichtung, möglicherweise gegenüber Hunderten von Bewerbern für jeden Einzelfall die Auswahlentscheidung detailliert zu rechtfertigen, würde die Grenze des Zumutbaren weit überschreiten und das Kerngeschäft des Arbeitgebers gefährden.⁹⁾ Das wird im Bereich des Zivilrechtsverkehrs auch für die Massen- und ähnliche Geschäfte im Rahmen des § 19 AGG gelten, soweit der Anspruchsgegner Auskunft nur unter großem Aufwand erteilen kann.

1) Vgl. *Grobys*, NZA 2006, S. 899.

2) *Willemsen/Schweibert*, a. a. O., S. 2591.

3) Vgl. *Grobys*, NZA 2006, S. 900.

4) BT-Drucks. 16/1780, S. 47.

5) *Nicolai*, a. a. O., Rn. 111 m. w. N.

6) Vgl. *Nicolai*, a. a. O., Rn. 113.

7) *Palandt/Heinrichs*, BGB, § 261 Rn. 8.

8) Vgl. auch BAG, NZA 2005, S. 289.

9) So auch *Grobys*, NZA 2006, S. 903.

§ 23

Unterstützung durch Antidiskriminierungsverbände

- (1) Antidiskriminierungsverbände sind Personenzusammenschlüsse, die nicht gewerbsmäßig und nicht nur vorübergehend entsprechend ihrer Satzung die besonderen Interessen von benachteiligten Personen- oder Personengruppen nach Maßgabe von § 1 wahrnehmen. Die Befugnisse nach den Absätzen 2 bis 4 stehen ihnen zu, wenn sie mindestens 75 Mitglieder haben oder einen Zusammenschluss aus mindestens sieben Verbänden bilden.**
- (2) Antidiskriminierungsverbände sind befugt, im Rahmen ihres Satzungszwecks in gerichtlichen Verfahren, in denen eine Vertretung durch Anwälte und Anwältinnen nicht gesetzlich vorgeschrieben ist, als Beistände Benachteiligter in der Verhandlung aufzutreten. Im Übrigen bleiben die Vorschriften der Verfahrensordnungen, insbesondere diejenigen, nach denen Beiständen weiterer Vortrag untersagt werden kann, unberührt.**
- (3) Antidiskriminierungsverbänden ist im Rahmen ihres Satzungszwecks die Besorgung von Rechtsangelegenheiten Benachteiligter gestattet.**
- (4) Besondere Klagerechte und Vertretungsbefugnisse von Verbänden zugunsten von behinderten Menschen bleiben unberührt.**

Die Vorschrift regelt Mitwirkungsbefugnisse von Verbänden, die sich die Bekämpfung von Benachteiligten zur Aufgabe gemacht haben.

Abs. 1 gibt eine Legaldefinition des Antidiskriminierungsverbandes. Es muss sich um einen Personenzusammenschluss handeln, der nicht gewerbsmäßig und nicht nur vorübergehend die besonderen Interessen benachteiligter Personen und Personengruppen wahrnimmt. Es muss sich um keine allgemeinen Vereine oder Verbände handeln, die hinsichtlich jeglichen Diskriminierungsmerkmals tätig werden. Vielmehr kann es sich um Vereine und Verbände handeln, die sich für die spezifischen Interessen von z.B. Migranten oder älteren Personen engagieren.¹⁾ Wegen der Begrifflichkeiten „nicht gewerbsmäßig“ und „nicht nur vorübergehend“ wird auf § 4 Absatz 2 UklG verwiesen.²⁾ Die satzungsgemäßen Aufgaben dürfen demnach nicht auf Erzielung dauernder Einnahmen gerichtet sein, sondern der Verband muss sich aus eigenen Mitteln finanzieren. Der Verein darf sich deshalb nicht aus reiner Abmahnfähigkeit finanzieren.³⁾ Der Verband muss die satzungsgemäßen Aufgaben ferner tatsächlich dauerhaft und sachgerecht wahrnehmen.⁴⁾ Satz 2 regelt, unter welchen Voraussetzungen die Verbände die besonderen Befugnisse aus den Absätzen 2 bis 4 wahrnehmen dürfen. Sie müssen mindestens 75 Mitglieder haben oder bei Dachverbänden aus mindestens sieben Vereinen oder Verbänden bestehen. Ein besonderes Anerkennungsverfahren ist nicht erforderlich.⁵⁾

Gemäß Abs. 2 sind die Verbände, die die Kriterien des Abs. 1 erfüllen, befugt, in gerichtlichen Verfahren, in denen eine Vertretung durch Anwälte nicht gesetzlich vorgeschrieben ist, als Beistände Benachteiligter in der Verhandlung aufzutreten. Im Zivilprozess können die Verbände demnach gemäß § 90 ZPO auftreten. Der Beistand darf alle Prozesshandlungen für die Partei erklären, zu denen die mündliche Verhandlung Anlass gibt. Der Vortrag des Beistands ist derjenige der Partei, soweit diese nicht sofort widerspricht.⁶⁾ Im arbeitsgerichtlichen Verfahren sollten die Verbände gemäß § 11 Abs. 1 Satz 6 ArbGG als Bevollmächtigte auftreten dürfen. Der Gesetzgeber wird § 11 Abs. 1 Satz 6 ArbGG allerdings nunmehr streichen,⁷⁾ sodass zukünftig auch vor den Arbeitsgerichten eine Tätigkeit nur als Beistand möglich sein wird.

Nach Abs. 3 ist den Verbänden, die alle Kriterien des Abs. 1 erfüllen, im Rahmen ihres Satzungszwecks die Besorgung von Rechtsangelegenheiten Benachteiligter gestattet. Sie dürfen also Benachteiligte vor und in einem Gerichtsverfahren beraten und ihnen Hilfe bei der Vorberei-

tung von Klagen und Schriftsätzen bieten. Den Antidiskriminierungsverbänden steht allerdings kein eigenes Verbandklagerecht zu; ebenso können Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche nicht abgetreten werden.⁸⁾

Abs. 4 stellt klar, dass besondere Klagebefugnisse von Verbänden zugunsten von Menschen mit Behinderungen unberührt bleiben. Als Beispiel kann die in § 63 SGB IX geregelte Prozessstandschaft gelten.⁹⁾

1) BT-Drucks. 16/1780, S. 48.

2) BT Drucks. 16/1780, S. 48.

3) *Palandt/Bassenge*, UklAG, § 4, Rn. 6.

4) *Palandt/Bassenge*, UklAG, § 4, Rn. 6.

5) BT-Drucks. 16/1780, S. 48.

6) *Zöller/Vollkommer*, ZPO, § 90 Rn. 4.

7) BR-Drucks. 741/06, S. 8.

8) *Nicolai*, a. a. O., Rn. 157 f.; a. A. *Maier/Reimer*, a. a. O., S. 2582.

9) BT-Drucks. 16/1780, S. 48.

ABSCHNITT 5
Sonderregelungen für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse

§ 24
Sonderregelung für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse

Die Vorschriften dieses Gesetzes gelten unter Berücksichtigung ihrer besonderen Rechtsstellung entsprechend für

1. **Beamtinnen und Beamte des Bundes, der Länder, der Gemeinden, der Gemeindeverbände sowie der sonstigen der Aufsicht des Bundes oder eines Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts,**
2. **Richterinnen und Richter des Bundes und der Länder,**
3. **Zivildienstleistende sowie anerkannte Kriegsdienstverweigerer, soweit ihre Heranziehung zum Zivildienst betroffen ist.**

Die Regelung bezieht in Nr. 1 die Beamtinnen und Beamten des Bundes, der Länder, der Gemeinden, der Gemeindeverbände sowie der sonstigen der Aufsicht des Bundes oder eines Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts in den Anwendungsbereich des Gesetzes ein. Die Einbeziehung der Beamten muss jedoch unter Berücksichtigung ihrer besonderen Rechtsstellung erfolgen. Danach gilt das sich aus § 14 AGG ergebende Leistungsverweigerungsrecht für die Beschäftigten des Öffentlichen Dienstes nicht, soweit im Einzelfall dienstliche Belange entgegenstehen.¹⁾ Die zitierte Gesetzesbegründung ist hier verwirrend, da von Beschäftigten des öffentlichen Dienstes die Rede ist. Das müssen keine Beamtenverhältnisse sein, sondern können auch Angestelltenverhältnisse sein. Aufgrund des klaren Gesetzeswortlauts wird sich die einschränkende Regelung jedoch nur für Beamtinnen und Beamte ergeben. Die Nm. 2 und 3 ziehen Richterinnen und Richter des Bundes und der Länder ein, sowie anerkannte Kriegsdienstverweigerer und Zivildienstleistende soweit ihre Heranziehung zum Zivildienst betroffen ist. Für Soldatinnen und Soldaten gilt das Gesetz über die Gleichbehandlung der Soldatinnen und Soldaten, das gleichzeitig mit dem AGG in Kraft getreten ist.

1) BT-Drucks. 16/1780, S. 49.

ABSCHNITT 6 Antidiskriminierungsstelle

§ 25 Antidiskriminierungsstelle des Bundes

(1) Beim Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend wird unbeschadet der Zuständigkeit der Beauftragten des Deutschen Bundestages oder der Bundesregierung die Stelle des Bundes zum Schutz vor Benachteiligungen wegen eines in § 1 genannten Grundes (Antidiskriminierungsstelle des Bundes) errichtet.

(2) Der Antidiskriminierungsstelle des Bundes ist die für die Erfüllung ihrer Aufgaben notwendige Personal- und Sachausstattung zur Verfügung zu stellen. Sie ist im Einzelplan des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend in einem eigenen Kapitel auszuweisen.

Nach Abs. 1 wird beim Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend eine Antidiskriminierungsstelle eingerichtet. Die Stelle wird die Benachteiligten hinsichtlich ihrer Rechte aufklären und sie bei der Verfolgung ihrer Rechte unterstützen.¹⁾ Die Errichtung lässt die Zuständigkeiten anderer Beauftragter des Deutschen Bundestages oder der Bundesregierung unberührt.

Nach Abs. 2 erhält die Antidiskriminierungsstelle eine eigene Personal- und Sachausstattung.

1) BT-Drucks. 16/1780, S. 49.

§ 26

Rechtsstellung der Leitung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes

(1) Die Bundesministerin oder der Bundesminister für Familie, Senioren, Frauen und Jugend ernennt auf Vorschlag der Bundesregierung eine Person zur Leitung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes. Sie steht nach Maßgabe dieses Gesetzes in einem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis zum Bund. Sie ist in Ausübung ihres Amtes unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen.

(2) Das Amtsverhältnis beginnt mit der Aushändigung der Urkunde über die Ernennung durch die Bundesministerin oder den Bundesminister für Familie, Senioren, Frauen und Jugend.

(3) Das Amtsverhältnis endet außer durch Tod

1. mit dem Zusammentreten eines neuen Bundestages,
2. durch Ablauf der Amtszeit mit Erreichen der Altersgrenze nach § 41 Abs. 1 des Bundesbeamtengesetzes,
3. mit der Entlassung.

Die Bundesministerin oder der Bundesminister für Familie, Senioren, Frauen und Jugend entlässt die Leiterin oder den Leiter der Antidiskriminierungsstelle des Bundes auf deren Verlangen oder wenn Gründe vorliegen, die bei einer Richterin oder einem Richter auf Lebenszeit die Entlassung aus dem Dienst rechtfertigen. Im Falle der Beendigung des Amtsverhältnisses erhält die Leiterin oder der Leiter der Antidiskriminierungsstelle des Bundes eine von der Bundesministerin oder dem Bundesminister für Familie, Senioren, Frauen und Jugend vollzogene Urkunde. Die Entlassung wird mit der Aushändigung der Urkunde wirksam.

(4) Das Rechtsverhältnis der Leitung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes gegenüber dem Bund wird durch Vertrag mit dem Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend geregelt. Der Vertrag bedarf der Zustimmung der Bundesregierung.

(5) Wird eine Bundesbeamtin oder ein Bundesbeamter zur Leitung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes bestellt, scheidet er oder sie mit Beginn des Amtsverhältnisses aus dem bisherigen Amt aus. Für die Dauer des Amtsverhältnisses ruhen die aus dem Beamtenverhältnis begründeten Rechte und Pflichten mit Ausnahme der Pflicht zur Amtsschwiegenheit und des Verbots der Annahme von Belohnungen oder Geschenken. Bei unfallverletzten Beamtinnen oder Beamten bleiben die gesetzlichen Ansprüche auf das Heilverfahren und einen Unfallausgleich unberührt.

Gemäß Abs. 1 ist durch den zuständigen Bundesminister oder die zuständige Bundesministerin eine Person zur Leitung der Antidiskriminierungsstelle zu ernennen. Das Amtsverhältnis der ernannten Person ist öffentlich-rechtlich ausgestattet. Die ernannte Person ist unabhängig und in der Ausübung des Amtes nur dem Gesetz unterworfen. Durch diese Unabhängigkeit soll eine hohe Akzeptanz bei den von Diskriminierung Betroffenen ermöglicht werden.¹⁾

Abs. 2 regelt den Beginn des Amtsverhältnisses.

Abs. 3 benennt die Fälle der Beendigung des Amtsverhältnisses. Enden kann es durch Tod. Ferner endet das Amt turnusmäßig mit dem Zusammentreten eines neuen Bundestages, durch Ablauf der Amtszeit mit Erreichen der Altersgrenze nach § 41 Abs. 1 des Bundesbeamtengesetzes und mit der Entlassung. Die Entlassung erfolgt auf Verlangen der Antidiskriminierungsstelle oder wenn Gründe vorliegen, die bei einem Richter auf Lebenszeit die Entlassung aus dem

Dienst rechtfertigen. Für die Inhalte des letzteren Entlassungsgrundes bietet § 21 des Deutschen Richtergesetzes Beispiele. Unter welchen Voraussetzungen die Antidiskriminierungsstelle den Leiter der Stelle entlassen kann, bleibt offen. Fest steht, dass aufgrund der Regelung eine vorzeitige Entlassung möglich ist. Die Sätze 3 und 4 regeln die Modalitäten der Entlassung.

Nach Abs. 4 wird zwischen der Antidiskriminierungsstelle und dem Leiter der Stelle ein Dienstvertrag geschlossen. Dieser Vertrag regelt die Dienstrechte und – pflichten, wie Bezahlung und Versorgung, Nebentätigkeiten, Annahme von Belohnungen und Geschenken, Amtsverschwiegenheit, Aussagegenehmigung, Vertretungsfragen und Dienst- und Rechtsaufsicht.²⁾

Abs. 5 enthält Regelungen für den Fall, dass ein Bundesbeamter oder eine Bundesbeamtin zur Leitung der Antidiskriminierungsstelle bestimmt wird.

1) BT-Drucks. 16/1780, S. 49.

2) BT-Drucks. 16/1780, S. 50.

§ 27 Aufgaben

(1) Wer der Ansicht ist, wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt worden zu sein, kann sich an die Antidiskriminierungsstelle des Bundes wenden.

(2) Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes unterstützt auf unabhängige Weise Personen, die sich nach Absatz 1 an sie wenden, bei der Durchsetzung ihrer Rechte zum Schutz vor Benachteiligungen. Hierbei kann sie insbesondere

1. über Ansprüche und die Möglichkeiten des rechtlichen Vorgehens im Rahmen gesetzlicher Regelungen zum Schutz vor Benachteiligungen informieren,
2. Beratung durch andere Stellen vermitteln,
3. eine gütliche Beilegung zwischen den Beteiligten anstreben.

Soweit Beauftragte des Deutschen Bundestages oder der Bundesregierung zuständig sind, leitet die Antidiskriminierungsstelle des Bundes die Anliegen der in Absatz 1 genannten Personen mit deren Einverständnis unverzüglich an diese weiter.

(3) Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes nimmt auf unabhängige Weise folgende Aufgaben wahr, soweit nicht die Zuständigkeit der Beauftragten der Bundesregierung oder des Deutschen Bundestages berührt ist:

1. Öffentlichkeitsarbeit,
2. Maßnahmen zur Verhinderung von Benachteiligungen aus den in § 1 genannten Gründen,
3. Durchführung wissenschaftlicher Untersuchungen zu diesen Benachteiligungen.

(4) Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes und die in ihrem Zuständigkeitsbereich betroffenen Beauftragten der Bundesregierung und des Deutschen Bundestages legen gemeinsam dem Deutschen Bundestag alle vier Jahre Berichte über Benachteiligungen aus den in § 1 genannten Gründen vor und geben Empfehlungen zur Beseitigung und Vermeidung dieser Benachteiligungen. Sie können gemeinsam wissenschaftliche Untersuchungen zu Benachteiligungen durchführen.

(5) Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes und die in ihrem Zuständigkeitsbereich betroffenen Beauftragten der Bundesregierung und des Deutschen Bundestages sollen bei Benachteiligungen aus mehreren der in § 1 genannten Gründe zusammenarbeiten.

Nach Abs. 1 soll sich jeder, der der Ansicht ist, wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt zu sein, an die Antidiskriminierungsstelle wenden. Ausreichend ist, dass der Betroffene einen als benachteiligend empfundenen Sachverhalt vorbringt. Das kann formlos geschehen und ist an keine Frist gebunden.¹⁾

Gemäß Abs. 2 soll die Antidiskriminierungsstelle die Betroffenen unterstützen, und zwar vor allem durch allgemeine und umfassende Information über Ansprüche und Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung, der Vermittlung der Beratung durch andere Stellen und durch Verfahren der gütlichen Streitbeilegung. Eine Hemmung der gesetzlichen Ausschlussfristen für den Fall eines Güteversuchs ist nicht vorgesehen und auch nicht den Umständen zu entnehmen. Insoweit ist fraglich, ob die Verfahren vor der Antidiskriminierungsstelle genutzt werden. Nach Satz 3 kann der Zuständigkeitsbereich des Beauftragten der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration sowie der Zuständigkeitsbereich des Beauftragten für Aussiedlerfragen und nationale Minderheiten betroffen sein, schließlich hinsichtlich des Merkmals der Behinderung der Zuständigkeitsbereich der Beauftragten der Bundesregierung für die Belange behinderter

Menschen. Aus datenschutzrechtlichen Gründen ist die Weiterleitung des Sachverhalts an diese Stellen von der Zustimmung des Betroffenen erforderlich.²⁾

In Abs. 3 sind die wesentlichen weiteren Tätigkeiten der Stelle geregelt, nämlich die Öffentlichkeitsarbeit, Verfahren zur Verhinderung von Benachteiligungen, z. B. durch Angebot und Durchführung von Fortbildung in Betrieben und schließlich die Durchführung wissenschaftlicher Untersuchungen bezüglich Benachteiligungen. Die Stelle hat auch das Recht, die Untersuchungen an Dritte, z. B. wissenschaftliche Vereinigungen zu übergeben.³⁾

Gemäß Abs. 4 besteht eine Pflicht der Antidiskriminierungsstelle gemeinsam mit den entsprechenden Bundesbeauftragten alle vier Jahre Berichte über Benachteiligungen und die Möglichkeiten der Vermeidung vorzulegen.

Abs. 5 hält fest, dass die Stelle und die betroffenen Bundesbeauftragten bei Benachteiligungssachverhalten zusammenarbeiten sollen. Eine ausdrückliche Pflicht zur Zusammenarbeit ergibt sich daraus nicht.

1) BT-Drucks. 16/1780, S. 50.

2) BT-Drucks. 16/1780, S. 51.

3) BT-Drucks. 16/1780, S. 51.

§ 28 Befugnisse

(1) Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes kann in Fällen des § 27 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 Beteiligte um Stellungnahmen ersuchen, soweit die Person, die sich nach § 27 Abs. 1 an sie gewandt hat, hierzu ihr Einverständnis erklärt.

(2) Alle Bundesbehörden und sonstigen öffentlichen Stellen im Bereich des Bundes sind verpflichtet, die Antidiskriminierungsstelle des Bundes bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zu unterstützen, insbesondere die erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Die Bestimmungen zum Schutz personenbezogener Daten bleiben unberührt.

Nach Abs. 1 kann die Antidiskriminierungsstelle in Verfahren der gütlichen Einigung gemäß § 27 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 Beteiligte um Stellungnahmen ersuchen, soweit die Person, die sich an die Stelle gewandt hat, sich damit einverstanden erklärt. Das soll die Ombudsfunktion der Stelle stärken. Die gegenseitige Bereitschaft, eine gütliche Beilegung zu erreichen, soll durch dieses Verfahren erhöht werden.¹⁾ Es bleibt abzuwarten, wie dieses Verfahren angenommen wird. Im Ergebnis wird es darauf ankommen, ob die Parteien an dem Verfahren der gütlichen Streitbeilegung aktiv mitwirken und ob die Antidiskriminierungsstelle zeitnah eine Lösung wird herbeiführen können.

Mit Abs. 2 werden der Antidiskriminierungsstelle des Bundes mit Ausnahme des eigenständigen Akteneinsichtsrechts die gleichen Auskunftsrechte gegenüber allen Bundesbehörden und sonstigen öffentlichen Stellen ein, die die oder der Beauftragte der Bundesregierung für die Belange behinderter Menschen hat. Die Regelung des Satzes 2 umfasst auch die entsprechende Anwendung des § 24 Abs. 4 BDSG auf die Verpflichtung zur Auskunftserteilung gegenüber der Antidiskriminierungsstelle des Bundes.²⁾

1) BT-Drucks. 16/1780, S. 51.

2) BT-Drucks. 16/1780, S. 52.

§ 29
**Zusammenarbeit mit Nichtregierungsorganisationen
und anderen Einrichtungen**

Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes soll bei ihrer Tätigkeit Nichtregierungsorganisationen sowie Einrichtungen, die auf europäischer, Bundes-, Landes- oder regionaler Ebene zum Schutz vor Benachteiligungen wegen eines in § 1 genannten Grundes tätig sind, in geeigneter Form einbeziehen.

Durch die Regelung wird ein Erfahrungs- und Kenntnisaustausch angestrebt, um Diskriminierungen wegen eines in § 1 genannten Merkmals wirksam bekämpfen zu können. Unklar an der Regelung ist, ob es sich bei den Einrichtungen, die wegen Benachteiligung tätig werden, auch um Regierungsorganisationen handeln kann. Der Wortlaut spricht nicht ausdrücklich dagegen. Die europäischen Richtlinien sehen neben einer Bundesstelle keine anderen dezentralen Institutionen vor. Der Gesetzgeber ist daher nicht verpflichtet, eine solche dezentrale Struktur zu schaffen. Eine Einrichtung solcher dezentraler Stellen wäre allerdings erwägenswert, da es erhebliche regionale Unterschiede in Bezug auf Träger der Diskriminierungsmerkmale gibt.

§ 30 Beirat

(1) Zur Förderung des Dialogs mit gesellschaftlichen Gruppen und Organisationen, die sich den Schutz vor Benachteiligungen wegen eines in § 1 genannten Grundes zum Ziel gesetzt haben, wird der Antidiskriminierungsstelle des Bundes ein Beirat beigeordnet. Der Beirat berät die Antidiskriminierungsstelle des Bundes bei der Vorlage von Berichten und Empfehlungen an den Deutschen Bundestag nach § 27 Abs. 4 und kann hierzu sowie zu wissenschaftlichen Untersuchungen nach § 27 Abs. 3 Nr. 3 eigene Vorschläge unterbreiten.

(2) Das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend beruft im Einvernehmen mit der Leitung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes sowie den entsprechend zuständigen Beauftragten der Bundesregierung oder des Deutschen Bundestages die Mitglieder dieses Beirats und für jedes Mitglied eine Stellvertretung. In den Beirat sollen Vertreterinnen und Vertreter gesellschaftlicher Gruppen und Organisationen sowie Expertinnen und Experten in Benachteiligungsfragen berufen werden. Die Gesamtzahl der Mitglieder des Beirats soll 16 Personen nicht überschreiten. Der Beirat soll zu gleichen Teilen mit Frauen und Männern besetzt sein.

(3) Der Beirat gibt sich eine Geschäftsordnung, die der Zustimmung des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend bedarf.

(4) Die Mitglieder des Beirats üben die Tätigkeit nach diesem Gesetz ehrenamtlich aus. Sie haben Anspruch auf Aufwandsentschädigung sowie Reisekostenvergütung, Tagegelder und Übernachtungsgelder. Näheres regelt die Geschäftsordnung.

Abs. 1 sieht die Bildung eines Beirats vor, der der Antidiskriminierungsstelle des Bundes beigeordnet wird. Die Aufgabe des Beirats besteht darin, die Antidiskriminierungsstelle des Bundes bei der Vorlage von Berichten und Abgabe von Empfehlungen an den Bundestag nach § 27 Absatz 4 AGG zu beraten. Der Beirat hat die Möglichkeit, eigene Vorschläge zu unterbreiten.

Abs. 2 enthält Regelungen zu Besetzung und Berufung des Beirats. Bei dem Beirat handelt es sich um kein autonomes Organ, sodass seine Mitglieder und Stellvertreter durch das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend in Einvernehmen mit der Leitung der Antidiskriminierungsstelle und den entsprechenden Beauftragten berufen werden. Das Bundesministerium hat den Beirat auch verwaltungstechnisch zu unterstützen.¹⁾ Es sollen Vertreterinnen und Vertreter gesellschaftlicher Gruppen und Organisationen sowie Expertinnen und Experten in Benachteiligungsfragen berufen werden. Es soll somit ein Netzwerk aufgebaut werden.²⁾ Satz 3 setzt die Höchstmitgliederzahl mit 16 fest, wobei es sich um eine „Soll“-Vorschrift handelt. Ebenso soll der Beirat paritätisch mit Männern und Frauen besetzt sein.

Nach Abs. 3 gibt sich der Beirat eine Geschäftsordnung, die der Zustimmung des Bundesministeriums bedarf. Gegenstand der Geschäftsordnung sollen Regelungen zum Vorsitz, zur Häufigkeit der Sitzungen und zum Verfahren der Beschlussfassung sein.³⁾

Gemäß Abs. 4 handelt es sich bei der Beiratstätigkeit um eine ehrenamtliche Tätigkeit. Die Berufung kann daher abgelehnt werden und jederzeit niedergelegt werden.⁴⁾ Es besteht ein Anspruch der Mitglieder auf eine Aufwandsentschädigung und die Erstattung notwendiger Kosten. Nähere Regelungen werden der Geschäftsordnung überlassen.

1) BT-Drucks. 16/1780, S. 52.

2) BT-Drucks. 16/1780, S. 52.

3) BT-Drucks. 16/1780, S. 53.

4) BT-Drucks. 16/1780, S. 53.

ABSCHNITT 7 Schlussvorschriften

§ 31 Unabdingbarkeit

Von den Vorschriften dieses Gesetzes kann nicht zuungunsten der geschützten Personen abgewichen werden.

Bei den Regelungen des Gesetzes handelt es sich um zwingendes Recht, ein Abweichen von den Regelungen zuungunsten des Benachteiligten durch Vertrag ist nicht möglich, gleichgültig, ob durch Individualvereinbarung oder durch Allgemeine Geschäftsbedingungen. Auch ein Verzicht ist nicht möglich. Ein Abweichen zugunsten des Benachteiligten soll aber möglich sein.¹⁾

1) Vgl. BT-Drucks. 16/1780, S. 53.

§ 32
Schlussbestimmung

Soweit in diesem Gesetz nicht Abweichendes bestimmt ist, gelten die allgemeinen Bestimmungen.

Nach dieser Regelung sind die allgemeinen Bestimmungen wie z. B. das Kündigungsschutzgesetz, die Gewerbeordnung, das Handelsgesetzbuch, das Betriebsverfassungsgesetz oder die Personalvertretungsgesetze ergänzend anzuwenden, soweit das AGG keine abschließende Regelung trifft.¹⁾

1) BT-Drucks. 16/1780, S. 53.

§ 33 Übergangsbestimmungen

(1) Bei Benachteiligungen nach den §§ 611a, 611b und 612 Abs. 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs oder sexuellen Belästigungen nach dem Beschäftigtenschutzgesetz ist das vor dem 18. August 2006 maßgebliche Recht anzuwenden.

(2) Bei Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft sind die §§ 19 bis 21 nicht auf Schuldverhältnisse anzuwenden, die vor dem 18. August 2006 begründet worden sind. Satz 1 gilt nicht für spätere Änderungen von Dauerschuldverhältnissen.

(3) Bei Benachteiligungen wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität sind die §§ 19 bis 21 nicht auf Schuldverhältnisse anzuwenden, die vor dem 1. Dezember 2006 begründet worden sind. Satz 1 gilt nicht für spätere Änderungen von Dauerschuldverhältnissen.

(4) Auf Schuldverhältnisse, die eine privatrechtliche Versicherung zum Gegenstand haben, ist § 19 Abs. 1 nicht anzuwenden, wenn diese vor dem 22. Dezember 2007 begründet worden sind. Satz 1 gilt nicht für spätere Änderungen solcher Schuldverhältnisse.

Abs. 1 bestimmt, dass für Benachteiligungen, die vor dem 18. August 2006 lagen, die alte Rechtslage Anwendung finde und verweist auf die Regelungen in §§ 611 ff. BGB und das Beschäftigtenschutzgesetz. Auch § 81 Abs. 2 SGB IX ist davon umfasst.

Nach Abs. 2 sollen die Vorschriften der §§ 19 bis 21 AGG, also für Schuldverhältnisse des allgemeinen Zivilrechts, in Bezug auf Benachteiligung wegen Rasse und Ethnie nur Anwendung finden, wenn die Schuldverhältnisse nach dem 18. August 2006 begründet worden sind. Die Begründung des Schuldverhältnisses beginnt allerdings nicht etwa erst mit einem Vertragsabschluss, sondern mit der Abgabe des öffentlichen Vertragsangebots.¹⁾ Die Regelung gilt in dieser Form nicht für Dauerschuldverhältnisse, die vor dem 18. August 2006 begründet wurden, wenn diese später geändert werden.

Abs. 3 setzt eine andere Frist für zivilrechtliche Schuldverhältnisse, nämlich den 1. Dezember 2006. Erst ab diesem Zeitpunkt finden die Regelungen des AGG Anwendung. Auch hier gilt diese Regelung nicht für Dauerschuldverhältnisse, die vor diesem Termin begründet wurden und später geändert werden. Für spätere Änderungen gelten dann die Regelungen des AGG. Die verlängerte Frist zum Inkrafttreten am 1. Dezember 2006 geschah auf Betreiben der Wirtschaft.²⁾

Abs. 4 setzt wiederum eine besondere Frist für die Versicherungswirtschaft und trägt damit den Bedürfnissen der Versicherungswirtschaft Rechnung, einen angemessenen zeitlichen Vorlauf zu haben, um ihre Kalkulationen, Vertragsmuster und Versicherungsbedingungen anzupassen.³⁾ Frist ist der 22. Dezember 2007. Ausgenommen von der Übergangsregelung bleibt allerdings eine Benachteiligung wegen Rasse oder ethnischer Herkunft. Das ergibt sich daraus, dass Abs. 4 allein auf § 19 Abs. 1 und nicht auch auf § 19 Abs. 2 verweist. Das Verbot des § 19 Abs. 2 gilt daher auch für neu begründete private Versicherungsverträge nach § 33 Abs. 2.⁴⁾

1) Vgl. Nicolai, a. a. O., Rn. 757.

2) BT-Drucks. 16/1780, S. 53.

3) BT Drucks. 16/1780, S. 53.

4) Armbrüster, VersR 2006, S. 1297.

