

# Vorschläge zur Novellierung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG)

von Doris Liebscher und Alexander Klose

im Auftrag des **Büros zur Umsetzung von Gleichbehandlung e.V. (BUG)**

Stand: März 2014

Das Papier wurde erarbeitet mit der Unterstützung des Gunda Werner Institutes in der Heinrich Böll Stiftung.

## **Vorwort**

Über einen Zeitraum von circa zwei Jahren haben einige AGG Expert\_innen mit Sachverstand und Engagement an dem hier vorliegenden Hintergrundpapier gearbeitet, mit dem Ziel die Engführungen des AGG aufzubrechen, Grauzonen des Gesetzes zu beleuchten und den Diskriminierungsschutz durch eine Novellierung des AGG zukünftig zu stärken. Das Büro zur Umsetzung von Gleichbehandlung e.V. (BUG) hat die Arbeiten koordiniert und möchte Doris Liebscher und Alexander Klose als Autor\_innen und Claus Brandt und Monika Bergen als Unterstützer\_innen in diesem Prozess sehr herzlich danken.

Bei einer Konsultierung im Herbst 2013 haben wir vielfältige und hilfreiche Anmerkungen auf einen Textentwurf von unterschiedlichsten NGOs und Verbänden erhalten, die wir so weit als möglich, in die hier vorliegenden Ergänzungsvorschläge eingearbeitet haben. Auch hierfür möchte sich das BUG recht herzlich bedanken.

Mit den im Bundestag vertretenen Parteien und der Ende 2013 neu zustande gekommenen Bundesregierung wird das BUG ab 2014 in Kontakt treten, um die Änderungen und Ergänzungen zum AGG (in Form des Hintergrundpapiers und die im Anhang vorliegende Gesetzestextänderung) und den Vorschlag für ein Bundesantidiskriminierungsgesetz, das diskriminierendes staatliches Handeln sanktionieren soll, zu kommunizieren.

Das BUG freut sich über jegliche zivilgesellschaftliche und politische Unterstützung, um den Diskriminierungsschutz in Deutschland zu stärken.

Vera Egenberger

Geschäftsführerin des BUG

Dr. Rainer Nickel

Vorsitzender des BUG

## **Inhalt**

1. Die Stärkung des AGG im Überblick.....	4
2. Sich von Diskriminierung einen Begriff machen .....	8
3. Gründe für Diskriminierungen – Diskriminierungskategorien .....	11
4. Diskriminierungsgefährdete Lebensbereiche .....	15
5. Positive Maßnahmen und proaktives Antidiskriminierungsrecht .....	19
6. Zulässige Ungleichbehandlungen.....	23
7. Wirksam vor Diskriminierung schützen.....	28
8. Wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen.....	31
9. Stark und unabhängig: Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes .....	32

## 1. Die Stärkung des AGG im Überblick

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) ist ein **wichtiger symbolischer und rechtspraktischer Schritt** auf dem Weg zu mehr gleichberechtigter Teilhabe aller Bürger\_innen und einer Kultur der Anerkennung und Wertschätzung von Vielfalt. Sieben Jahre nach Verabschiedung des AGG haben zahlreiche Stellungnahmen, Beschwerden, außergerichtliche Einigungen und gerichtliche Verfahren bewiesen, dass das Gesetz notwendig ist.

Zugleich hat sich **Verbesserungsbedarf** gezeigt. So wurde die EU-richtlinienkonforme Auslegung einzelner Vorschriften angemahnt bzw. geklärt, es haben sich Lücken und widersprüchliche Regelungen beim Anwendungsbereich und auf der Rechtfertigungsebene herauskristallisiert und richterliche Auslegungspraktiken wurden etabliert. Die Erfahrungen der Rechtsanwendung in der Praxis verweisen auf zahlreiche materiell-rechtliche und prozessuale Hürden für Betroffene von Diskriminierung, die mit Hilfe des AGG ihr Recht auf Gleichbehandlung durchsetzen und ihre Menschenwürde verteidigen wollen.

Ausgehend von diesen Befunden stellt dieses Papier **konkrete Reformvorschläge** bezüglich des AGG zur Diskussion. Wir möchten damit einen Beitrag leisten zur Anpassung des Gesetzes an europarechtliche Standards und zur Etablierung eines verständlichen, kohärenten, horizontalen und der Realität der Diskriminierung in Deutschland und Europa entsprechenden progressiven Antidiskriminierungsrechts.

### **Im Zentrum stehen folgende Erkenntnisse:**

Reformbedarf ergibt sich aus drei Gründen. Erstens bestehen weiterhin Defizite hinsichtlich der Umsetzung der Regelungen der Europäischen Gleichbehandlungsrichtlinien. Zweitens bedarf es an zentralen Stellen der sprachlichen Präzisierung und Anpassung des Gesetzestextes an die in der Zwischenzeit durch Gerichte und Rechtswissenschaft klagestellte Rechtslage. Drittens erfordert die gesellschaftliche Realität der Diskriminierung in Deutschland Regelungen zum effektiven Rechtsschutz jenseits der europarechtlichen oder verfassungsrechtlichen Vorgaben und über diese hinaus.

## 1.) Reformen zur Umsetzung der EU-Gleichbehandlungsrichtlinien

Zahlreiche Vorschriften müssen in **Einklang mit europäischem Recht** gebracht werden. Zum Teil wurde dies bereits durch die Rechtsprechung klargestellt, zum Beispiel für diskriminierende Kündigungen oder Diskriminierung assoziierter Dritter. Der Gesetzgeber muss seine Verantwortung für eine richtlinien- und verfassungskonforme Umsetzung jedoch selbst wahrnehmen und darf nicht auf Entscheidungen des Gerichtshofes der Europäischen Union oder des Bundesverfassungsgerichtes warten. Dies gilt für den Anspruch auf angemessene Vorkehrungen zugunsten von Menschen mit Behinderung im Arbeitsleben, der ins AGG aufgenommen werden muss, wie auch für eine Ausweitung des Verbotes der sexuellen Belästigung und des Maßregelungsverbotes über das Arbeitsleben hinaus. Dringend an europarechtliche Standards anzupassen ist das Kirchen- und Religionsprivileg in § 9 AGG. Schließlich müssen Umsetzungslücken im Antidiskriminierungsrechtsschutz auf Landesebene und Bundesebene insbesondere im Bereich des staatlichen Handelns (Bildung und Behörden) geschlossen werden.

## 2.) Sprachliche Präzisierung und gesetzliche Klarstellung der geltenden Rechtslage

Die im Antidiskriminierungsrecht verwendeten **Begriffsbestimmungen** senden klare Signale an die Betroffenen, an die Rechtsberufe und an die Gesamtgesellschaft und schaffen damit Rechtssicherheit. Gesetzliche Regelungen, die eine deutliche und ihrerseits diskriminierungsfreie Sprache verwenden, tragen entscheidend dazu bei, über Diskriminierungen sachlich sprechen und urteilen zu können, ohne zu bagatellisieren oder zu moralisieren. Der Terminus „Rasse“ sollte deshalb durch „rassistische Gründe“ ersetzt werden. Im Einklang mit der Terminologie der Richtlinien sollte darüber hinaus der Begriff ‚Benachteiligung‘ durch den international etablierten Begriff „Diskriminierung“ ersetzt werden. Gesetzlich klargestellt werden sollte vor allem, dass Schadensersatz und Entschädigung nicht vom Verschulden des\_der Vertragspartner\_in abhängig sind und dass Diskriminierungen von trans- und intergeschlechtlichen Menschen von der Diskriminierungskategorie Geschlecht erfasst sind.

### 3.) Reformbedarf zur Gewährleistung eines effektiven horizontalen Rechtsschutzes gegen Diskriminierung

Auf materiell-rechtlicher Ebene gilt es, den **horizontalen Ansatz** des AGG durchgängig zu verwirklichen. Das bedeutet, **Regelungslücken** in diskriminierungssensiblen Lebensbereichen innerhalb und außerhalb des AGG zu schließen, hier ist vor allem der Bereich staatlichen Handelns zu nennen. Weiterhin müssen **Hierarchisierungen** zwischen unterschiedlichen Diskriminierungskategorien innerhalb des AGG abgebaut werden: Die Beschränkung des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbotes auf Massengeschäfte für alle Diskriminierungskategorien, außer der rassistischen Diskriminierung, als auch zum Teil sehr unterschiedliche Rechtfertigungsmaßstäbe, widersprechen der Lebensrealität und erschwert einen adäquaten Rechtsschutz. Im Hinblick auf die Diskriminierungsgründe sollte der Katalog aktualisiert und erweitert werden, insbesondere um Herkunft, Sprache, chronische Krankheiten und sozialen Status.

Auf prozessualer Ebene haben sich zu kurze Fristen, Beweisprobleme und mangelnde Unterstützungsmöglichkeiten durch Verbände und qualifizierte, mit Kompetenzen und Ressourcen ausgestattete, Beratungsstellen, als hinderlich für die **Rechtsdurchsetzung** erwiesen. Qualifizierten Antidiskriminierungsverbänden sollte ein **echtes Verbandsklagerecht**, die Möglichkeit Ansprüche von Betroffenen im Wege der **Prozessstandschaft** geltend zu machen, sowie Auskunftsrechte gesetzlich eingeräumt werden. Außerdem bedarf es eines staatlichen **Rechtshilfefonds** um Antidiskriminierungsrecht unabhängig von der finanziellen Lage der Betroffenen zur Wirksamkeit zu verhelfen.

Damit Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung im Ergebnis nachhaltig umgesetzt werden, bedarf es schließlich, über individualrechtliche Ansprüche hinaus, gezielter Maßnahmen zum Abbau von struktureller Diskriminierung. Die Möglichkeit auf freiwilliger Basis nachteilsausgleichende Maßnahmen zu treffen, wie sie § 5 AGG vorsieht, reicht dazu nicht aus. Angeraten ist eine Implementierung **proaktiver Ansätze**, zum Beispiel die Verpflichtung zu Diversity-Mainstreaming, Diversity-Folgenabschätzung und positiven Verpflichtungen hierzu, die Gewichtung von Diversity-Kompetenzen bei der Personalbeurteilung und die Kopplung der öffentlichen Auftrags- und Mittelvergabe an die Einhaltung von AGG-Standards.

Es bedarf einer Stärkung der Stellung, der Unabhängigkeit und der Kompetenzen der **Antidiskriminierungsstelle des Bundes** und der Sicherstellung eines niedrigheligen qualifizierten **Beratungsangebotes**.

## 2. Sich von Diskriminierung einen Begriff machen

2.1. Die in Art. 5 RL 2000/78/EG geregelte Verpflichtung von Unternehmen zu **angemessenen Vorkehrungen** i.S.v. barrierefreien Arbeitsplatzbedingungen bedarf einer Umsetzung im Allgemeinen Teil des AGG. Angemessene Vorkehrungen bedeutet, dass der\_die Arbeitgeber\_in die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen ergreift, um einem Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufes, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen zu ermöglichen, es sei denn, diese Maßnahmen würden den Arbeitgeber unverhältnismäßig belasten. Diese Belastung ist nicht unverhältnismäßig, wenn sie durch geltende Maßnahmen im Rahmen der Behindertenpolitik des Mitgliedstaates ausreichend kompensiert wird. (Art. 5 RL 2000/78/EG, Art. 2 UN-Behindertenrechtskonvention). Die Versagung angemessener Vorkehrungen ist eine Diskriminierung im Sinne der UN-BRK (Art. 2 Abs. 3 sowie Art. 5 Abs. 3 UN-BRK). Das sollte im Allgemeinen Teil des AGG klargestellt werden. Im Hinblick auf die Vorgaben der UN-Behindertenrechtskonvention, den Vorschlag der EU-Kommission für eine 5. Antidiskriminierungsrichtlinie (RL 2008/426), die Diskriminierungen unter anderem von Menschen mit Behinderung im Zivilrechtsverkehr bekämpfen will und die Lebensrealität behinderter Menschen verbessern will, sollte die Bereitstellung angemessener Vorkehrungen in allen anderen Bereichen, z.B. Gebärdensprach- oder Schriftdolmetschung im Freizeitbereich in das AGG aufgenommen werden.

2.2. Das Verbot der sexuellen Belästigung (§ 3 Abs. 4 AGG) und das Maßregelungsverbot (§ 16 AGG), wonach es Arbeitgeber\_innen insbesondere verboten ist, Beschäftigte wegen der Inanspruchnahme von Rechten nach dem AGG zu benachteiligen, gelten nur im Arbeitsrecht, nicht beim Abschluss von schuldrechtlichen Verträgen. Diese Verbote sollten auf den gesamten Anwendungsbereich des Gesetzes erweitert werden. Die Gefahr von sexueller Belästigung und Viktimisierung besteht grundsätzlich bei allen Schuldverhältnissen, aber auch im Bereich der Bildung und des Sozialen. Die Beschränkung auf das Arbeitsrecht ist zudem mit Art. 2 lit. d) der Genderrichtlinie 2004/113/EG und Art. 9 der Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG unvereinbar.



2.3. Für das Vorliegen einer **Belästigung** i.S.v. § 3 Abs. 3 AGG muss bisher – im Unterschied zu Fällen sexueller Belästigung i.S.v. § 3 Abs. 4 AGG – zusätzlich zur Würdeverletzung ein „feindliches Umfeld“ geschaffen worden sein. Das führt in der Praxis zur Einschränkung des Rechtsschutzes, z.B. wenn rassistische Schmierereien in der Toilette eines Unternehmens nicht als feindliches Umfeld im Sinne des AGG eingestuft werden.<sup>1</sup> Das Wort „und“ sollte daher, wie im „Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien“ vom 16. Dezember 2004<sup>2</sup> durch „insbesondere“ ersetzt werden, um klarzustellen, dass es vorrangig um eine Konkretisierung des Maßstabes des Schweregrades der Belästigung geht.

2.4. Das AGG ist ein Antidiskriminierungsgesetz. Der Begriff „Benachteiligung“ sollte daher durch „**Diskriminierung**“ ersetzt werden. Dieser Begriff wird sowohl in den Antidiskriminierungsrichtlinien der EU als auch in den Umsetzungsgesetzen der Mitgliedstaaten und in internationalen Rechtstexten verwendet. Die AGG-Gesetzesbegründung favorisiert demgegenüber „Benachteiligung“,

*„um deutlich zu machen, dass nicht jede unterschiedliche Behandlung, die mit der Zufügung eines Nachteils verbunden ist, diskriminierenden Charakter hat. Unter „Diskriminierung“ nämlich wird schon im allgemeinen Sprachgebrauch nur die rechtswidrige, sozial verwerfliche Ungleichbehandlung verstanden. Es gibt indessen auch Fälle der zulässigen unterschiedlichen Behandlung; dies zeigen die §§ 5, 8 bis 10 und 20.“<sup>3</sup>*

Der allgemeine Sprachgebrauch in Deutschland weist jedoch auf ein weitaus verkürzteres Verständnis von Diskriminierung hin. Diese wird reduziert auf vorsätzliche Handlungen von Individuen und wird nur bedingt als Teilhabebeeinträchtigung gesehen. Unabsichtliche individuelle Benachteiligungen wie auch mittelbare bzw. institutionelle Diskriminierungen werden von diesem Begriffsverständnis nicht erfasst. Der Vorwurf, z.B. rassistisch oder sexistisch zu diskriminieren, wird deshalb oft empört zurückgewiesen. Die Verwendung des Begriffs Diskriminierung im Gesetzestext kann entscheidend dazu beitragen, ein anderes Verständnis – nämlich das der EU-Antidiskriminierungsrichtlinien - im öffentlichen Diskurs zu etablieren. Eine solche

---

<sup>1</sup> Vgl. Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 24. September 2009, NZA 2010, 387-393.

<sup>2</sup> BT-Drucks. 15/4538, S. 5.

<sup>3</sup> BT-Drs. 16/1780, S. 30.

Klarstellung unterstützt Betroffene, Gerichte, Unternehmen und politische Akteur\_innen der Antidiskriminierungsarbeit dabei, die Diskussion um Diskriminierung als gesamtgesellschaftlichem Problem zu enttabuisieren und zu versachlichen. In den Ausnahmeregelungen §§ 5, 8 bis 10 und 20 kann der Begriff der ‚unterschiedlichen Behandlung‘ problemlos beibehalten werden.

2.5. Eine Diskriminierung liegt gemäß § 7 I AGG auch dann vor, wenn die Person, die diskriminiert, das Vorliegen eines Diskriminierungsgrundes **nur annimmt**. Solche Diskriminierungen kommen typischerweise auch im Schuldrecht vor, z.B. beim Abschluss von Kauf- oder Mietverträgen. Nach herrschender Rechtsauffassung ist die bloße Annahme eines Diskriminierungsgrundes immer ausreichend, weil von diskriminierten Personen nicht verlangt werden kann, Auskunft, zum Beispiel über ihre tatsächliche sexuelle Identität, zu geben. Daher sollte diese Klarstellung in den allgemeinen Teil in § 3 AGG aufgenommen werden.

2.6. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) ist auch die **assoziierte Diskriminierung** vom Diskriminierungsverbot erfasst. Das sind Fälle drittbezogener Diskriminierung wegen der nahen familiären Verbindung zu einer vom Schutzbereich erfassten Person, z.B. Diskriminierung wegen der Betreuung eines behinderten Kindes<sup>4</sup> oder Partnerschaft mit einer Schwarzen<sup>5</sup> Person. Der Wortlaut des AGG sollte im Einklang mit der EuGH Rechtsprechung um die ‚assoziierte Diskriminierung‘ erweitert werden.

---

<sup>4</sup> EuGH, Urteil vom 17. Juli 2008, Rs. C-303/06 (Coleman).

<sup>5</sup> Zum Thema rassistische Sprache vgl. Arndt, Susan / Ofuatey-Alazard, Nadja (Hrg.), Wie Rassismus aus Wörtern spricht – (K)Erben des Rassismus im Wissensarchiv deutsche Sprache. Ein kritisches Nachschlagewerk, Münster 2011.

### 3. Gründe für Diskriminierungen – Diskriminierungskategorien

Die Liste der Diskriminierungsgründe in § 1 AGG sollte sprachlich präzisiert und regelmäßig den aktuellen gesellschaftlichen Diskriminierungsrealitäten angepasst werden. Die Liste sollte weiter als abschließende Liste formuliert sein, um ein Aufweichen des gesetzlichen Diskriminierungsschutzes zu verhindern.

3.1. Der Begriff „**Rasse**“ sollte ersetzt werden durch die Formulierung „rassistische Gründe“<sup>6</sup>. Die Benennung „rassistisch“, bereits im Gesetzestext setzt ein deutliches Zeichen, dass es keine menschlichen ‚Rassen‘ gibt, Rassismus also bereits mit der Einteilung in Rassen beginnt. Damit wird verdeutlicht, dass die Verhinderung und Beseitigung rassistischer Diskriminierung, deren Anknüpfungspunkte neben der Hautfarbe auch Gesichtszüge oder Haartracht sein können, Ziel des Gesetzes sind. Für Menschen mit Rassismuserfahrungen ist der Begriff „Rasse“ vor dem Hintergrund von europäischem Kolonialismus und Nationalsozialismus, aber auch wegen heute noch weit verbreiteter Alltagsrassismen schmerzhaft. Sie verwenden ihn nicht als Selbstbezeichnung, anders als etwa in den USA. Seine biologistische Interpretation prägt den Begriff bis heute. Teile der Rechtsdogmatik und auch der Rechtsprechung sind weiter einem naturwissenschaftlichen Zugang verhaftet, der nach vermeintlich essentiellen Gruppenzugehörigkeiten ordnet, statt diskriminierende Zuordnungen zu problematisieren. Die Verwendung von Begriffen wie ‚*race*‘ in europäischen und internationalen Rechtstexten steht dem nicht entgegen, da auch diese im Sinne rassistischer Zuschreibung verwendet werden. Das Europäische Parlament, die Antidiskriminierungsstelle des Bundes, das Deutsche Institut für Menschenrechte und zahlreiche Antidiskriminierungsorganisationen haben sich für eine Ersetzung des Begriffes zum Zweck der Klarstellung in europäischen und nationalen Rechtstexten ausgesprochen<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Um zu verdeutlichen, dass es sich um rassistische Zuschreibungen (Rassifizierungen) handelt.

<sup>7</sup> Europäisches Parlament, Entschließung zu der Mitteilung der Kommission über Rassismus, Fremdenfeindlichkeit und Antisemitismus, Erwägung K, Amtsblatt Nr. C 152 vom 27.05.1996, S. 57;

Stellungnahme der Antidiskriminierungsinitiativen aus NRW zum Gesetzesentwurf zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht vom 10.12.01, Köln, Duisburg 13.02.02;

der braune mob e.V., Brief an den Deutschen Bundesrat, 02.03.2006;

3.2. Der Begriff „**ethnische Herkunft**“ sollte ergänzt werden durch „ethnische Zuschreibung“. Bei Diskriminierungen aufgrund der „ethnischen Herkunft“ geht es regelmäßig um natio-ethno-kulturelle Zuschreibungen, also Benachteiligungen, die an die Nationalität, Religion, Sprache anknüpfen, unabhängig davon, ob die betroffene Person sich mit der Zugehörigkeit zu einer solchen Gruppe identifiziert oder nicht. Es besteht die Gefahr, dass der Begriff der ‚ethnischen Herkunft‘ verschleiert, dass solche Diskriminierungen eher mit gesellschaftlich verankerten rassistischen Zuschreibungen zu tun haben. Verwendung von „Rasse“ und „ethnischer Herkunft“ im AGG führt in der Praxis der Rechtsanwendung dazu, dass Gerichte den Diskriminierungsgrund „Rasse“ vermeiden und stattdessen „ethnische Herkunft“ prüfen. Dabei kommt es oft zu einer Essentialisierung, die geeignet ist, rassistische bzw. kulturalistische Stereotype zu reproduzieren. Die Gerichte prüfen die Zugehörigkeit einer Person zu einer Ethnie (unabhängig von deren Selbstverortung) und ethnisieren damit selbst. Diskriminierungen, die von der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung unter „ethnische Herkunft“ gefasst werden, sind jedoch oft spezifisch kulturalistisch-rassistische Diskriminierungen, z.B. solche von Sinti und Roma (Antiziganismus) oder von muslimischen oder als muslimisch kategorisierten Menschen (antimuslimischer Rassismus) oder Juden/Jüdinnen (Antisemitismus). Zusätzlich sollte der Begriff Herkunft aufgenommen werden, damit Diskriminierungen, die an die tatsächliche oder vermeintliche regionale oder national-politische Herkunft anknüpfen zu erfassen. Dadurch gehört auch die in der gesellschaftlichen Realität aktuell wirkmächtige Diskriminierung von in der ehemaligen DDR sozialisierten Menschen in den Anwendungsbereich des AGG.

3.3. Diskriminierungen, die an der **Sprache** ansetzen, werden von den Gerichten bislang als mittelbare Diskriminierung aufgrund der ‚ethnischen Herkunft‘ geprüft. Begründet wird das in der Regel nicht mit rassistischen Ressentiments, die sich häufig hinter überhöhten Anforderungen an die Beherrschung der deutschen Sprache verbergen. Vielmehr stellen die Gerichte auch hier auf die ethnische Zugehörigkeit ab oder

---

Forum Menschenrechte, Parallelbericht an den UN-Antirassismusausschuss zum 16.–18. Bericht der Bundesrepublik Deutschland nach Artikel 9 ICERD, 2008, S.10;

Cremer, „... und welcher Rasse gehören Sie an?“, Deutsches Institut für Menschenrechte, 2009;

Antidiskriminierungsstelle des Bundes, PM v. 13.04.2010; Klose, Entwurf für ein Berliner Landesantidiskriminierungsgesetz (LADG), i.A.d. LADS Berlin, 2011, S. 13.

stellen sie selber erst her. Es empfiehlt sich daher „Sprache“ in den Katalog der Diskriminierungsgründe aufzunehmen.

3.4. Einer Novellierung des AGG muss der Behindertenbegriff der UN-Behindertenrechtskonvention zugrunde gelegt werden. In der Gesetzesbegründung muss klargestellt werden, dass auch **chronische Krankheiten** vom Schutz des AGG vor Diskriminierungen wegen einer Behinderung erfasst werden.<sup>8</sup>

3.5. Lücken bestehen auch bei Diskriminierungen aufgrund **genetischer Dispositionen**. Diese sind zum Teil durch den Diskriminierungsschutz des Gendiagnostikgesetzes erfasst, der bezüglich Versicherungen und Beschäftigungsverhältnissen auf das AGG verweist. Das gilt aber nur in den Fällen, in denen sich die Disposition noch nicht verwirklicht hat. Regelungslücken bestehen z.B. bei Personen, die keine oder nur geringe körperliche Einschränkungen haben, für die aber aufgrund einer Diagnose oder von bereits vorhandenen Krankheitssymptomen, die zu einer „anerkannten Behinderung“ führen könnten, Diskriminierungen etwa durch Versicherer oder Arbeitgeber nicht justiziabel zu machen sind. Es besteht die Gefahr eines Wertigkeitsunterschieds zwischen verschiedenen Diskriminierungsformen – zwischen Krankheit und Behinderung und jenen, die mit vermeintlichen genetischen Eigenschaften im Zusammenhang stehen. Als Lösung bietet sich entweder eine Klarstellung in der Gesetzesbegründung an oder eine Aufnahme von ‚chronischer Krankheit‘ und ‚genetischer Disposition‘ in den Katalog des § 1 AGG.

3.6. Der **soziale Status** sollte in den Katalog der Diskriminierungskategorien aufgenommen werden. Er bezeichnet eine insbesondere durch Arbeitslosigkeit und Beschäftigung, Einkommen, Vermögen, Armut, Beruf und Bildung bestimmte Position innerhalb der Gesellschaft und führt – gerade in Kombination mit anderen Diskriminierungskategorien zu sozialer Stigmatisierung und individuellen und strukturellen Benachteiligungen.

3.7. Es bedarf der Klarstellung, dass der Diskriminierungsgrund **Geschlecht** – entgegen der Gesetzesbegründung des AGG – auch Diskriminierungen aufgrund der Geschlechtsidentität, also trans- und intergeschlechtliche Menschen erfasst.

---

<sup>8</sup> Eine Klage eines HIV positiven Mannes war in den ersten beiden Instanzen gescheitert, weil die HIV Infektion als chronische Krankheit nicht als Diskriminierungsgrund anerkannt wurde.

3.8. Der in § 1 AGG aufgeführte Diskriminierungsgrund ‚**sexuelle Identität**‘ sollte erweitert werden zu ‚sexuelle Identität und Lebensweisen‘, um den Diskriminierungsschutz möglichst inklusiv zu gestalten.

3.9. Der in der Gesellschaft meist mit höherem Lebensalter und meist negativ assoziierte Begriff ‚**Alter**‘ sollte durch ‚Lebensalter‘ ersetzt werden, um klarzustellen, dass das Diskriminierungsverbot für alle Lebensalterstufen gilt.

3.10. Das Rechtfertigungsgebot in Bezug auf ‚unterschiedliche Behandlung aufgrund mehrerer Gründe‘ in § 4 sollte ersetzt werden durch ein explizites Verbot der **mehrdimensionalen Diskriminierung** und in § 1 integriert werden. Menschen werden oft aufgrund spezieller Zuschreibungen diskriminiert, die über ein einzelnes Diskriminierungsmerkmal oder eine bloße Addition von Merkmalen nicht erfasst werden können. In der Überschneidung von genetischer Diskriminierung mit den Dimensionen Behinderung und Krankheit zeigt sich sehr deutlich die Notwendigkeit, intersektionale Diskriminierung<sup>9</sup> als „üblichen Fall“ justiziabel zu machen. Gleiches gilt für Fälle von antimuslimischem Rassismus oder Antisemitismus, die weder über Religion, noch über ethnische Herkunft angemessen erfasst werden können und in denen auch das Geschlecht (Stichwort „Kopftuch“) eine spezifische Rolle spielt.

---

<sup>9</sup> Intersektionelle Diskriminierung liege vor, wenn – beeinflusst durch den Kontext und die Situation – eine Person aufgrund verschiedener zusammenwirkender Persönlichkeitsmerkmale Opfer von Diskriminierung wird.

## 4. Diskriminierungsgefährdete Lebensbereiche

4.1. Der Anwendungsbereich des AGG muss an die Vorgaben der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien angepasst werden, die bisher **nur lückenhaft im deutschen Recht umgesetzt** wurden. In § 2 Abs. 1 AGG werden als Anwendungsbereich des Gesetzes die selbständige und unselbständige Erwerbstätigkeit, der Sozialschutz, die sozialen Vergünstigungen, die Bildung und der Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, genannt. Außerhalb der Erwerbstätigkeit, wo § 24 AGG die entsprechende Geltung des Gesetzes auch für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse anordnet, verbietet das AGG Diskriminierungen allein im Zivilrechtsverkehr (§§ 19-21 AGG).<sup>10</sup> Nicht erfasst sind damit öffentlich-rechtliche Leistungsgewährungen durch Hoheitsakt oder öffentlich-rechtlichen Vertrag, wie sie gerade im Bildungsbereich in Deutschland üblich sind<sup>11</sup>. Auch die staatliche Eingriffsverwaltung, zum Beispiel im Rahmen polizeilichen Handelns, ist nicht erfasst. Dies führt dazu, dass der Staat dort, wo er privatrechtlich handelt, (auch) an das zivilrechtliche Diskriminierungsverbot des § 19 AGG und die daran anknüpfenden Regelungen zu dessen Durchsetzung gebunden ist, bei öffentlich-rechtlichem Handeln dagegen allein an Art. 3 Abs. 3 GG (soweit nicht ausnahmsweise Unionsrecht unmittelbar anwendbar ist). In der Realität ist der Bereich staatlichen Handelns nicht weniger diskriminierungsrelevant, als der des privaten Rechtsverkehrs. Das zeigen empirische Untersuchungen<sup>12</sup>, wie auch Klagen im Bereich des Verwaltungsrechts. Dies zeigt nicht zuletzt das bei deutschen Sicherheitsbehörden zum Einsatz kommende „racial profiling“. Eine beim OVG Rheinland-Pfalz

---

<sup>10</sup> Für Diskriminierungen wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität gelten nach § 19 AGG weitere Einschränkungen (Vorliegen eines „Massengeschäfts“ oder einer privatrechtlichen Versicherung); Diskriminierungen wegen der Weltanschauung sind überhaupt nicht erfasst.

<sup>11</sup> Rudolf, in: Rudolf/Mahlmann (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, 2007, S. 187, spricht aufgrund der Inkongruenz von Anwendungsbereich und materiellen Regelungen des AGG von einer „Mogelpackung“.

<sup>12</sup> Vgl. Rottleuthner/Mahlmann, Diskriminierung in Deutschland. Vermutungen und Fakten, 2011, S. 171f.

geführte Klage endete mit dem Eingeständnis der Bundespolizei, eine auf ‚racial profiling‘ basierende Personenkontrolle unrechtmäßig durchgeführt zu haben.<sup>13</sup>

Die vier europäischen Richtlinien, die mit dem AGG in deutsches Recht umgesetzt werden sollen, gelten dagegen gleichermaßen für Personen in öffentlichen wie in privaten Bereichen einschließlich öffentlicher Stellen.<sup>14</sup> Die Richtlinien enthalten ein – weitgehend übereinstimmendes – Instrumentarium zur Durchsetzung der Diskriminierungsverbote<sup>15</sup>, unterscheiden sich aber hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs, der im Fall der RL 2000/78/EG nur die Erwerbstätigkeit, bei RL 2006/54/EG darüber hinaus die betrieblichen Systeme der sozialen Sicherheit, bei RL 2004/113/EG nur die Bereitstellung (bestimmter) Güter und Dienstleistungen und bei RL 2000/43/EG alle in § 2 Abs. 1 AGG genannten Bereiche umfasst.

Da sich die Geltung des AGG aus den oben genannten Gründen außerhalb der Erwerbstätigkeit auf den Privatrechtsverkehr beschränkt, bleibt festzuhalten, dass die RL 2000/43/EG und RL 2004/113/EG für den öffentlichen Bereich nicht vollständig im AGG umgesetzt wurden. Eine Umsetzung durch den Bund war angesichts der fehlenden Gesetzgebungszuständigkeit z.B. im Bereich der schulischen Bildung auch gar nicht möglich, sondern ist nach Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG und dem Grundsatz der Bundestreue Pflicht der Länder.<sup>16</sup> Ein Verweis auf die verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote reicht hier jedoch nicht aus: Auch die Richtlinienvorgaben zur Mit-

---

<sup>13</sup> Tischbirek/Wihl, Verfassungswidrigkeit des Racial Profiling, JZ 2013, S. 219-224. Vgl. auch: [www.bug-ev.org/aktivitaeten/aktuelle-klagen/diskriminierende-polizeikontrolle-in-koblenz.html](http://www.bug-ev.org/aktivitaeten/aktuelle-klagen/diskriminierende-polizeikontrolle-in-koblenz.html).

<sup>14</sup> Art. 3 Abs. 1 RL 2000/43/EG, Art. 3 Abs. 1 RL 2000/78/EG, Art. 3 Abs. 1 RL 2004/113/EG, Art. 3 Abs. 1 RL 76/207/EWG i.d.F. der RL 2002/73/EG.

<sup>15</sup> Zur Mitwirkung von Verbänden beim Rechtsschutz (Art. 7, Abs. 2 RL 2000/43/EG, Art. 9 Abs. 2 RL 2000/78/EG, Art. 8 Abs. 3 RL 2004/113/EG, Art. 17 Abs. 2 RL 2006/54/EG), zur Beweislast (Art. 8 RL 2000/43/EG, Art. 10 RL 2000/78/EG, Art. 9 RL 2004/113/EG, Art. 19 RL 2006/54/EG), zu Vorkehrungen gegen Viktimisierung (Art. 9 RL 2000/43/EG, Art. 11 RL 2000/78/EG, Art. 10 RL 2004/113/EG, Art. 24 RL 2006/54/EG), Festlegung abschreckender Sanktionen (Art. 15 RL 2000/43/EG, Art. 17 RL 2000/78/EG, Art. 14 RL 2004/113/EG, Art. 25 RL 2006/54/EG). Nur in den RL 2000/43/EG, RL 2004/113/EG und RL 2006/54/EG ist dagegen die Einrichtung einer mit der Förderung der Gleichbehandlung befassten Stelle vorgesehen.

<sup>16</sup> Der Bund kann aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 und 12 GG eine Gesetzgebungskompetenz für das Arbeitsrecht, das bürgerliche Recht, das gerichtliche Verfahren, die Rechtsberatung und die öffentliche Fürsorge ableiten. Für den Bereich der beruflichen Bildung ergibt sich die Zuständigkeit des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG. Im Bereich der Hochschulbildung ist der Bund nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 GG nur noch für die Hochschulzulassung und Hochschulabschlüsse (konkurrierend) zuständig. Ob sich der Bund bei der Regelung der Rechtsverhältnisse der Beamt\_innen und Richter\_innen im Dienst der Länder und Gemeinden auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG (Art. 75 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GG a.F.) berufen konnte, wird in der Literatur bestritten. Nach dieser Auffassung wären die Länder auch insoweit zur Umsetzung berechtigt und verpflichtet. Vgl. Rudolf in: Rudolf/Mahlmann (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, S. 194ff.



wirkung von Verbänden beim Rechtsschutz, zur Beweislast, zu Vorkehrungen gegen Viktimisierung und die Festlegung abschreckender Sanktionen sind von den Ländern umzusetzen.<sup>17</sup> Inwieweit die Vorgaben der Richtlinien nach Ablauf der Umsetzungsfrist im Wege der richtlinienkonformen Auslegung oder durch unmittelbare Anwendung der Richtlinie erreicht werden können, kann offen bleiben, da auf diese Weise den Anforderungen an eine vollständige, transparente und wirksame Umsetzung jedenfalls nicht entsprochen wird.

Ein Tätigwerden der Gesetzgeber\_innen im Bund und den Ländern ist daher in jedem Fall erforderlich. Gesetzessystematisch sind verschiedene Umsetzungsvarianten denkbar: Eine Ergänzung der zahlreichen Fachgesetze (z.B. Schulgesetze, Polizeigesetze, Sozialgesetze) hätte den Vorteil größerer Sachnähe, würde jedoch zu zahlreichen Wiederholung der allgemeinen Vorschriften (z.B. zu Beweislast und Sanktionen) zwingen. Auf Bundesebene wäre weiterhin eine Ergänzung des AGG denkbar. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass das Gesetz, das in erster Linie Diskriminierungen zwischen Bürger\_innen verbietet und für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse gem. § 24 AGG nur „entsprechend“ anwendbar ist. Während für private Arbeitgeber\_innen und Anbietende von Gütern und Dienstleistungen das Diskriminierungsverbot die Ausnahme vom Grundsatz der Privatautonomie bildet, ist es für den Staat im Verhältnis zu seinen Bürger\_innen eine Verstärkung des allgemeinen Gleichheitssatzes in Art. 3 Abs. 1 GG. Da alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind, dürfen der Staat und die für ihn handelnden Menschen ohnehin nur dann ungleich behandeln, wenn dafür (zumindest) ein sachlicher Grund besteht. Die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG erhöhen aus dieser Perspektive lediglich die Anforderungen an die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen aus den dort genannten Gründen. Dies muss Auswirkungen auf die Konzeption eines öffentlich-rechtlichen Antidiskriminierungsgesetzes haben, z.B. im Hinblick den (umfassenden) Anwendungsbereich, die (höheren) Anforderungen an Rechtfertigungen und die (erleichterte) Beweislastregelung. Neben Antidiskriminierungsgesetzen auf Landesebene (LADG) – hier sind die Länder durch den Bund an ihre Pflicht zur Umsetzung der RL 2000/43/EG sowie RL 2004/113/EG zu erinnern – sollte daher ein Bundesantidiskriminierungsgesetz<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Rust/Falke-Richter/Bittner, AGG, § 2 Rn. 165ff.

<sup>18</sup> Das BUG hat hierfür einen separaten Gesetzentwurf erarbeitet, der über die Webseite einsehbar ist.

(BADG) zum Schutz vor Diskriminierung durch staatliche Stellen treten.<sup>19</sup> Dieses Gesetz kann und muss dann auch über die engen Kompetenzgrenzen des Europarechts hinaus für das gesamte bundesdeutsche öffentliche Recht gelten und konkretisiert und ergänzt dadurch die Verfassungsnorm des Artikel 3 Abs. 3 GG als verfassungsrechtlich gebotene Verlängerung des Diskriminierungsschutzes.

4.2. Der **horizontale Ansatz** des AGG sollte konsequent durchgehalten werden: Zum Teil über die unionsrechtlichen Vorgaben hinaus, haben sich die deutschen Gesetzgeber\_innen für einen im Grundsatz einheitlichen Diskriminierungsschutz auch außerhalb der Erwerbstätigkeit entschieden. Das AGG enthält jedoch noch zahlreiche Hierarchisierungen, die einen einheitlichen Rechtsschutz und eine sichere Rechtsanwendung erschweren bzw. verunmöglichen, und daher überprüfungsbedürftig erscheinen. Das betrifft den Schutzbereich des Gesetzes, wie auch den Rechtfertigungsmaßstab. So gilt das zivilrechtliche Diskriminierungsverbot in § 19 uneingeschränkt nur für rassistische Diskriminierungen und Diskriminierungen wegen der ethnischen Zuschreibung. Während Diskriminierungen wegen der Weltanschauung hier überhaupt nicht verboten werden<sup>20</sup>, sollen Diskriminierungen wegen der übrigen in § 1 genannten Gründe nur im Rahmen von Massengeschäften, ihnen ähnlichen Geschäften sowie privatrechtlichen Versicherungen unzulässig sein. Diese weitgehende Einschränkung des Anwendungsbereichs des Gesetzes überzeugt nicht. Wie auch im Bereich der Erwerbstätigkeit kann der ggf. erforderlichen Differenzierung auf der Ebene der Rechtfertigung Rechnung getragen werden.

Die Schwierigkeiten eines solchen hierarchischen Rechtsschutzes werden besonders in mehrdimensionalen Diskriminierungsfällen deutlich. Eine Hijab- oder Niqabtragende Frau, der der Abschluss eines Geschäfts versagt wird, das nicht als Massengeschäft gilt, z.B. der Abschluss eines Mietvertrages mit einem\_r Vermieter\_in, der\_die nicht mehr als 50 Wohnungen vermietet, muss genau überlegen, auf welchen Diskriminierungsgrund sie sich beruft, damit sie Rechtsschutz erfährt. Stützt ihre

---

<sup>19</sup> Klarzustellen ist dabei unter anderem das oben erwähnte Verbot des sog. ‚racial oder ethnic profiling‘, d.h. der Praxis, Menschen nach rassistischen bzw. ethnischen Zuschreibungen zu kategorisieren und somit verstärkt bei Kontrollen und sonstigen Sicherheitsmaßnahmen auf diese Personen abzu zielen, ohne dass weitere individuelle Verdachtsmomente vorliegen. Im staatlichen Bereich erfolgt dies durch Sicherheitsbehörden, im privaten Bereich durch Detekteien oder im Rahmen von Scorings.

<sup>20</sup> Rudolf, in: Rudolf/Mahlmann (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, 2007, S. 193, sieht darin einen Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Gebot der Systemgerechtigkeit. Zu Reichweite des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots wegen der politischen Überzeugung vgl. BGH, Entscheidung vom 9. März 2012 (V ZR 115/11).

Rechtsvertretung oder das Gericht die Diskriminierung auf das Merkmal Religion oder das Merkmal Geschlecht, greift das AGG nicht, da es sich nicht um ein Massengeschäft handelt. Der Nachweis einer rassistischen Diskriminierung (wegen der Zuschreibung zum Islam) dagegen eröffnet den Schutzbereich. Dazu müsste die Klägerin Indizien für eine Diskriminierung „aus Gründen der Rasse oder ethnischen Herkunft“ glaubhaft machen.

4.3. Gem. § 2 Abs. 4 AGG gelten für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz. Diese Vorschrift ist ersatzlos zu streichen. Das Bundesarbeitsgericht hat im Einklang mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs mit Urteil vom 6. November 2008 klargestellt, dass die Diskriminierungsverbote des AGG im Wege der Interpretation des Begriffs der Sozialwidrigkeit (§ 1 KSchG) **auch bei Kündigungen** zu berücksichtigen sind und zu deren Unzulässigkeit führen können.<sup>21</sup> Damit hat das Gericht der Tatsache Rechnung getragen, dass die unionsrechtlichen Vorgaben es nicht erlauben, Kündigungen vom Diskriminierungsschutz auszunehmen, wie dies § 2 Abs. 4 AGG anzuordnen scheint. Darüber hinaus ist zu beachten, dass der Diskriminierungsschutz auch für Kündigungen gelten muss, die nicht dem Kündigungsschutzgesetz unterliegen.

## **5. Positive Maßnahmen und proaktives Antidiskriminierungsrecht**

Die Erfahrungen<sup>22</sup> mit § 5 AGG haben in den vergangenen Jahren gezeigt, dass eine Regelung, die die Durchführung positiver Maßnahmen (**lediglich**) **erlaubt**, zwar geeignet ist, die erforderliche Rechtssicherheit im Hinblick auf einen möglichen Verstoß gegen Diskriminierungsverbote herzustellen. Sie ist jedoch nicht in der Lage, nachhaltige Aktivitäten zum Abbau struktureller Diskriminierung und zur Verwirklichung von mehr Gleichstellung auszulösen. Es fehlt bisher weitgehend an einem **verbindlichen Rahmen** für eine umfassende und tatsächliche Durchsetzung von Gleichberech-

---

<sup>21</sup> BAG vom 6.11.2008, NZA 2008, 1285; EuGH, Rs. C 13/05, NZA 2006, 839 (Navas).

<sup>22</sup> Dazu: Klose/Merx, Positive Maßnahmen zur Verhinderung oder zum Ausgleich bestehender Nachteile im Sinne des § 5 AGG, Expertise im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, 2010, S 71f..

tigung – jenseits der Förderung von Frauen oder von Menschen mit Behinderung im öffentlichen Dienst. Die Erweiterung des Anwendungsbereichs des AGG um den Bereich staatlichen Handelns, sollte daher mit der **verpflichtenden Verankerung** der im Folgenden dargestellten **proaktiven Maßnahmen und Verpflichtungen** einhergehen. Die Wirksamkeit der ergriffenen Politiken ist auf Grundlage eines datensensiblen Monitorings regelmäßig zu überprüfen und öffentlich zu machen.<sup>23</sup>

5.1. Bei der Förderung einer Kultur der Wertschätzung von Vielfalt hat die öffentliche Verwaltung Vorbildfunktion.<sup>24</sup> **Diversity-Mainstreaming**<sup>25</sup> dient diesem Ziel und ist Teil des Prozesses einer Verwaltungsreform. Als proaktives Instrument reagiert Diversity-Mainstreaming nicht auf Diskriminierungen im Einzelfall, sondern zielt auf die Veränderung sozialer Prozesse, Strukturen und Institutionen, um Gleichbehandlung strukturell zu verankern. Ziel ist die Stärkung der Kompetenzen der Verwaltung im Umgang mit vielfältigen Beschäftigten und Kund\_innen. Zu diesem Zweck sind stereotype Normvorstellungen, Strukturen und Machtverhältnisse in den Blick zu nehmen, die zur Unterrepräsentanz bestimmter Gruppen, insbesondere in Führungspositionen, und zur einseitigen Ausrichtung von Angeboten an bestimmten Gruppen geführt haben. Nur auf diese Weise lassen sich strukturelle und institutionelle Diskriminierungen wirksam vorbeugen. Adressat\_innen dieser Maßnahmen sind daher nicht Diskriminierende und Diskriminierte, sondern Personen, die aufgrund ihrer institutionellen Verantwortung in der Lage sind, die genannten Strukturen zu beeinflussen.

Gerade die Orientierung an vermeintlichen „Normalbürger\_innen“ führt dazu, dass die Lebensrealitäten von Menschen, die von dieser „Norm“ abweichen, bei politischen, normgebenden und verwaltenden Maßnahmen nicht ausreichend reflektiert werden. Um dies zu verhindern, sollte das vor einigen Jahren entwickelte Gender- zum Diversity-Mainstreaming ausgebaut und erweitert werden, ohne gruppenspezifische Handlungsansätze zu verlieren.

---

<sup>23</sup> Heinrich Böll Stiftung (Hrsg.): Ethnic Monitoring – Datenerhebung mit der über Minderheiten, 2009.

<sup>24</sup> Dazu und zum Folgenden: Klose, Entwurf für ein Berliner Landesantidiskriminierungsgesetz (LADG), Expertise im Auftrag der Landesstelle für Gleichbehandlung – gegen Diskriminierung, Berlin, 2011.

<sup>25</sup> Das Konzept des Diversity-Mainstreaming nimmt Diskriminierungen in allen ihren (horizontalen und intersektionellen) Überschneidungen in den Blick und wie diese bearbeitet werden können.

5.2. Daher sollte die Beseitigung bestehender Nachteile wegen der in § 1 AGG genannten Gründe und die Förderung der tatsächlichen Durchsetzung von Gleichbehandlung zum durchgängigen Leitprinzip der Bundesverwaltung werden und bei allen politischen, normgebenden und verwaltenden Maßnahmen in Form einer **Diversity-Folgenabschätzung**<sup>26</sup> (oder auch positiven Verpflichtung) zu berücksichtigen sein. Die Erfahrungen mit Gender-Mainstreaming zeigen, dass Veränderungsprozesse in der Verwaltung in besonderer Weise von der Unterstützung durch Dienstkräfte mit Leitungsfunktionen abhängig sind. Die Implementierung von positiven Verpflichtungen sollen daher zur Verantwortung von Beschäftigten mit Vorgesetzten- und Leitungsfunktion gemacht und sowohl bei der Festlegung von Leistungskriterien als auch bei deren Leistungsbeurteilung berücksichtigen werden. Eine konkrete Benennung von Diversity-Zielsetzungen sollte vorgenommen und eine regelmäßige Analyse und Veröffentlichung von Maßnahmeplänen sollen verbindlich für die Verwaltung (wie z.B. Krankenhäuser, Rentenanstalten, Gesundheitsämter, Steuer- und Finanzbehörden, Arbeitsämter und andere vergleichbare Strukturen) und für Firmen ab einer vertretbaren Größe eingeführt werden. Bei der Verweigerung der Umsetzung dieser Maßnahmen und der Veröffentlichung entsprechender Berichte und Daten, soll, wie in Kapitel 9 ausgeführt, die ADS angemessene Sanktionen aussprechen können.

5.3. Empirische Untersuchungen zeigen, wie wichtig es ist, die Förderung von **Diversity- und Gender Kompetenz** bereits in der Ausbildung zu integrieren. Daher sind nicht nur entsprechende Fortbildungen und Qualifizierungsmaßnahmen bereitzustellen, sondern darüber hinaus Diversity-Kompetenz als Qualifikationsmerkmal festzuschreiben. Diversity-Kompetenz stellt in allen Stellen des öffentlichen Dienstes eine relevante Kompetenz dar, wobei sich die konkreten Anforderungen je nach Arbeitsbereich unterscheiden und individuell gestimmt werden müssen.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Eine Diversity-Folgenabschätzung besteht idealtypisch aus folgenden Schritten: 1. Beschreibung der Zielsetzung und der Inhalte der geplanten Maßnahme im Rahmen eines Maßnahmenplans, 2. Benennung der Zielgruppe, 3. Durchführung der Maßnahme, 4. Evaluierung der Maßnahme anhand der Zielsetzung, 5. Weiterentwicklung des Maßnahmenplans.

<sup>27</sup> Diversity-Kompetenz beinhaltet als soziale Fähigkeit u.a., mit Uneindeutigkeiten umzugehen zu können, Ungewissheit und Fremdheit auszuhalten, die Fähigkeit zum Perspektivwechsel und zur Flexibilität, die Einsicht in die Notwendigkeit reflexiven Handelns, das Denken in Zusammenhängen und eine ausgeprägte Analysefähigkeit, Sensibilität für Diskriminierungen, Vorurteile und Stereotypen. In fachlicher Hinsicht umfasst Diversity-Kompetenz: Kenntnis der gesetzlichen Diskriminierungsverbote und der Instrumente zu ihrer Durchsetzung, Wissen um gesellschaftlich gewachsene Diskriminierungsmuster und -strukturen, Erfahrungen mit Maßnahmen und Strategien zum Umgang mit Vielfalt.

5.4. Über die **öffentliche Auftragsvergabe** und die **Gewährung staatlicher Leistungen** können die Ziele des AGG auch im Bereich der Privatwirtschaft durchgesetzt werden. Bei Verträgen und Leistungen, die einen bestimmten Schwellenwert überschreiten, würde die Auftragnehmer bzw. Empfänger\_innen nicht nur die Verpflichtung treffen, das geltende Gleichbehandlungsrecht zu beachten<sup>28</sup> und diese Verpflichtung auch gegenüber Dritten durchzusetzen, mit denen sie zusammenarbeiten, sondern darüber hinaus auch die Pflicht zur Durchführung von Maßnahmen zur Beseitigung bestehender Nachteile wegen der in § 1 genannten Gründe. Einschränkend werden nur Leistungen erfasst, auf die kein Anspruch besteht, also insbesondere Zuwendungen, Subventionen, Bürgschaften und Darlehen. Es ist eine Vielzahl zielgruppenspezifischer sowie zielgruppenübergreifender Maßnahmen denkbar, deren genauer Inhalt von der Bundesregierung rechtlich konkretisiert werden sollte; ebenso die Kontrolle der Durchführung dieser Maßnahmen, die Folgen der Nichterfüllung der Verpflichtungen sowie der Kreis der betroffenen Unternehmen.

---

<sup>28</sup> Darüber hinaus ist zu prüfen, ob Anbietende bzw. Antragstellende, die in den letzten 3 Jahren wegen einer Diskriminierung nach dem AGG oder einem vergleichbaren Gesetz verurteilt worden sind, vom Verfahren ausgeschlossen werden können.

## 6. Zulässige Ungleichbehandlungen

6.1. § 9 Abs. 1 AGG statuiert einen speziellen Rechtsfertigungsgrund für unterschiedliche Behandlungen wegen der Religion oder Weltanschauung bei der Beschäftigung durch Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften und ihnen zugeordnete Einrichtungen gegenüber der für alle anderen Beschäftigungsverhältnisse geltenden Regelung des § 8 AGG (Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen wegen beruflicher Anforderungen). Danach kann die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religion oder Weltanschauung gefordert werden, „wenn diese 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“. Dies widerspricht zum einen der Ausnahmenvorschrift in der Beschäftigungsrichtlinie 2000/78/EG. § 9 ist auch nicht verfassungsrechtlich geboten, da Kollisionen zwischen der (kollektiven) Religionsfreiheit und anderen Grundrechten, im Wege praktischer Konkordanz, zu einem schonenden Ausgleich zu bringen sind.<sup>29</sup>

Einer über § 8 Abs. 1 AGG hinausgehenden Ausnahme vom Diskriminierungsverbot im Hinblick auf das Merkmal Religion bedarf es nicht, um dem Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften Rechnung zu tragen. Dieses beschränkt sich auf das in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV garantierte Recht, die „inneren Angelegenheiten“ nach Ordnungsgesichtspunkten ihres religiösen Selbstverständnisses rechtlich zu gestalten und selbständig zu ordnen und zu verwalten.<sup>30</sup> Dazu zählen insbesondere Lehre und Kultus (d.h. Gottesdienstgestaltung, praktische Seelsorge und Ausbildung der Geistlichen) sowie karitative Tätigkeit im engeren Sinn.<sup>31</sup> Nur in diesem „verkündungsnahen“ Bereich sind auch die Arbeitsverhältnisse an das aus dem Selbstbestimmungsrecht der Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaften fließende Selbstverständnis rückgebunden. Die in diesem Tätigkeitsbereich Beschäftigten

---

<sup>29</sup> BVerfG, ständige Rechtsprechung, vgl. BVerfG Urteil vom 16.5.1995, NJW 1995, 2477-2483.

<sup>30</sup> BVerfGE 66, 1, 19.

<sup>31</sup> LAG Hamm zur Zulässigkeit von Arbeitskämpfen in kirchlichen Einrichtungen Urteil vom 13. Januar 2011, Az. 8 Sa 788/10 (juris).

sind sich dessen aufgrund entsprechender eigener religiöser Überzeugung und Ausbildung bewusst. Aus der Natur der verkündigungsnahe Tätigkeit folgt, dass Beschäftigte, die die Lehre einer Religionsgemeinschaft nach innen und außen vermitteln, dieser Religionsgemeinschaft angehören müssen.

Alle anderen Beschäftigten von Religionsgemeinschaften und ihren Einrichtungen arbeiten dagegen „verkündigungsfern“. Dies gilt insbesondere für die Beschäftigten in gemeinhin als „karitativ“ bezeichneten Einrichtungen von Religionsgemeinschaften, wie Kindertagesstätten, Schulen, Aus- und Weiterbildungseinrichtungen, Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen, da diese weitgehend staatliche Zuwendungen erhalten. Sie erbringen ihre arbeitsvertraglich geschuldeten Leistungen im allgemeinen arbeitsrechtlichen Rahmen, wie die Beschäftigten aller anderen Arbeitgeber\_innen. Das gilt grundsätzlich auch für die Beschäftigten in Verwaltungen von Religionsgemeinschaften mit Ausnahme von Beschäftigten in besonders herausgehobenen Positionen, die dem verkündigungsnahe Bereich vergleichbar sind.

Nur für den „verkündigungsnahe“ Bereich ist es erforderlich und angemessen, das allgemeine Diskriminierungsverbot einzuschränken. Insoweit handelt es sich bei der Religionszugehörigkeit um eine „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ im Sinne des § 8 Abs. 1 AGG. Einer Sonderregelung bedarf es in dem Zusammenhang nicht, weil diese Anforderung für den Verkündigungsbereich konstitutiv und deshalb in Rechtsprechung und Lehre unbestritten ist. § 9 Abs. 1 AGG sollte daher gestrichen werden.

Eine Streichung von § 9 Abs. 1 AGG stünde außerdem im Einklang mit Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG. Unter der Überschrift „Berufliche Anforderungen“ erklärt diese Vorschrift Bestimmungen für zulässig, „wonach eine Ungleichbehandlung wegen der Religion oder Weltanschauung einer Person keine Diskriminierung darstellt, wenn die Religion oder die Weltanschauung dieser Person nach der Art dieser Tätigkeiten oder der Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt.“ Im Mittelpunkt steht eindeutig die berufliche Tätigkeit. § 9 Abs. 1 AGG stellt dagegen alternativ auf das Selbstbestimmungsrecht oder die berufliche Tätigkeit ab und engt dadurch den Schutzbereich im Widerspruch zur europarechtlichen Vorgabe unzulässig ein.



6.2. Auch der über die von der Rechtsprechung entwickelten allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätze hinausgehenden Privilegierung von Religionsgemeinschaften in **§ 9 Abs. 2 AGG** bedarf es nicht. Zu diesen Grundsätzen gehört u.a. eine gewisse Loyalität gegenüber dem/der ArbeitgeberIn und ein am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu konkretisierendes Mäßigungsgebot. Dazu sind die Beschäftigten in unterschiedlichem Grade und in Abhängigkeit von ihrer Funktion und Stellung im Unternehmen verpflichtet. Bereits nach diesen allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen ist das im verkündigungsnahen Bereich tätige Personal strengerem Bindungen an die Lehren ihrer Religionsgemeinschaft unterworfen als diejenigen, die im verkündigungsfernen Bereich arbeiten, wie etwa Buchhalter\_innen, Gärtner\_innen, Angehörige von Pflegeberufen oder selbst den Gottesdienst musikalisch begleitende Organist\_innen.<sup>32</sup> Aber auch Mitarbeiter\_innen eines Krankenhauses, das aufgrund seines religiös begründeten Heilverständnisses keine Schwangerschaftsabbrüche vornimmt, die medienöffentlich in scharfer Form für legale Schwangerschaftsabbrüche eintreten, können damit gegen das ihnen auferlegte Mäßigungsverbot verstoßen. Auch **§ 9 Abs. 2 AGG** kann und sollte daher gestrichen werden.

6.3. Die Sonderregelung in **§ 10 AGG**, die zulässige Ungleichbehandlungen wegen des (Lebens)Alters regelt, entspricht nicht dem horizontalen Ansatz des AGG. Die Voraussetzungen zulässiger unterschiedlicher Behandlung sind in **§ 10 Satz 1** aufgrund der vielfältigen Lebenssachverhalte, in denen das Lebensalter eine Rolle spielen kann, geregelt. Die Voraussetzungen sind als unbestimmte Rechtsbegriffe definiert: die unterschiedliche Behandlung muss „objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt“ und die dazu gewählten Mittel müssen – nach **Satz 2** – angemessen und erforderlich zur Erreichung dieses Ziel sein. Hier ist eine Angleichung des Rechtfertigungsmaßstabes an die (strengerem) Voraussetzungen des **§ 8 AGG** notwendig, wobei die Besonderheiten des Diskriminierungsgrundes Lebensalter zu prüfen sind.

6.4. Die Regelung in **§ 19 Abs. 3 AGG** hat dazu geführt, dass beim Abschluss von Mietverträgen vermehrt Ungleichbehandlungen aus rassistischen Gründen festgestellt

---

<sup>32</sup> Vgl. die Entscheidung des Europäische Gerichtshof für Menschenrechte vom 23. 11.2010 Beschwerdenummer 1620/03, EuGRZ 2010, 560, für den Fall eines katholischen Organisten.

wurden.<sup>33</sup> In Absatz 17 der abschließenden Bemerkungen vom 12. März 2010 wiederholt das CERD-Komitee seine bereits zuvor geäußerte Empfehlung, § 19 Abs. 3 AGG zu modifizieren, weil er Art. 5 e) iii des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung nicht gerecht wird. Im Hinblick auf die Vorgaben der RL 2000/43/EG könnte eine solche Modifikation jedoch nur darin bestehen, der Vorschrift ausschließlich den Charakter einer positiven Maßnahme zu geben. Angesichts der bereits bestehenden Regelung in § 5 AGG ist dies jedoch nicht erforderlich, so dass § 19 Abs. 3 AGG zu streichen ist.

6.5. **§ 20 Abs. 1 S. 1 AGG** macht die Zulässigkeit einer Ungleichbehandlung wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen Identität oder des Geschlechts bisher allein vom Vorliegen eines sachlichen Grundes abhängig. Die Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes sind an die Vorgaben der RL 2004/113 EG und die Systematik des AGG anzupassen. Es ist klarzustellen, dass die zur Erreichung dieses Zieles gewählten Mittel angemessen und erforderlich sein müssen. Eine Rechtfertigung muss mithin einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung genügen.

6.6. Nachdem der EuGH eine Differenzierung wegen des Geschlechts bei Prämien und Leistungen privatrechtlicher Versicherungen für unzulässig erklärt und ab dem 21.12.2012 Unisex-Tarife vorgeschrieben hat,<sup>34</sup> sollte die Zulässigkeit einer unterschiedlichen Behandlung im Rahmen privatrechtlicher Versicherungen nach **§ 20 Abs. 2 AGG** auf die Diskriminierungsgründe Behinderung und Alter beschränkt werden. Ein Bedürfnis für eine Differenzierung wegen der Religion oder sexuellen Identität ist nicht ersichtlich. Vielmehr besteht hier die Gefahr, dass unter dem „Deckmantel“ der Religion Diskriminierungen aus rassistischen Gründen oder wegen einer Ethnisierung erfolgen. Bei Homosexuellen ist zu befürchten, dass Vorurteile hinsichtlich der Möglichkeit einer HIV-Erkrankung in die Prämien- und Leistungsberechnung einfließen.

Für eine Ungleichbehandlung wegen einer Behinderung<sup>35</sup> und des Lebensalters sollten daher in Zukunft strengere Anforderungen gelten. So muss die Risikobewertung

---

<sup>33</sup> Vgl. den ergänzenden Bericht des Forums Menschenrechte zum 16. - 18. Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland an das CERD-Komitee, Berlin 2008.

<sup>34</sup> EuGH, v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 (Test-Achats).

<sup>35</sup> Vgl. insoweit auch die völkerrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands, die sich aus Art. 2 S. 2 CRPD ergeben.

auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhen, um eine Ungleichbehandlung rechtfertigen zu können. Die Daten müssen verlässlich sein, regelmäßig aktualisiert werden und der Öffentlichkeit zugänglich sein. Darüber hinaus sollte geprüft werden, ob der Rechtfertigungsgrund auf bestimmte Versicherungsverträge zu beschränken ist und Ungleichbehandlungen z.B. bei Sach- und Rechtsschutzversicherungen generell zu verbieten sind.

## 7. Wirksam vor Diskriminierung schützen

7.1. Angesichts der spezifischen Durchsetzungsschwäche des Antidiskriminierungsrechts (Informationsdefizite, Zugangshindernisse, Machtdisparität) darf der Gesetzgeber vom Grundsatz des Individualrechtsschutzes abweichen und kollektiven Rechtsschutz etablieren. In Ergänzung zur bereits bestehenden Beistandschaft nach § 23 AGG sollte daher der Rechtsschutz durch Verbände erweitert werden, zum einen durch die Regelung einer **gesetzlichen Prozessstandschaft**, d.h. die Möglichkeit für einen Antidiskriminierungsverband, das Recht einer diskriminierten Person im eigenen Namen geltend zu machen. Kläger\_in wäre in diesem Fall nicht die betroffene Person, sondern der Verband, der auch das Prozessrisiko trägt. Zwingende Voraussetzung dafür ist, dass die betroffene Person mit der Geltendmachung ihrer Rechte durch den Verband einverstanden ist.

Zum anderen sollte ein (umfassendes) **Verbandsklagerecht** eingeführt werden. Ein Verband könnte dadurch – unabhängig von der individuellen Betroffenheit Einzelner – einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot gerichtlich feststellen lassen. Die Beschränkung auf die Feststellungsklage ist erforderlich, um sicherzustellen, dass nicht in die Rechtsverhältnisse Dritter gestaltend eingegriffen wird. Aus dem gleichen Grund ist das Verbandsklagerecht außerdem auf Fälle von allgemeiner Bedeutung zu beschränken. Etwas anderes gilt nur im Falle einer sog. „opferlosen Diskriminierung“, d.h. dort, wo es überhaupt keine identifizierbare beschwerte Person gibt. Auch in diesen Fällen können Verbände wirksamen Diskriminierungsschutz durchsetzen, wie der Feryn- Fall des Europäischen Gerichtshofs gezeigt hat.<sup>36</sup>

In beiden Fällen sollte die Feststellung der Klagebefugnis des Verbandes von der Eintragung in eine z.B. beim Bundesamt für Justiz zu führende Liste abhängig sein. Die Alternative, die Klagebefugnis in jedem Einzelfall gerichtlich feststellen zu lassen,

---

<sup>36</sup> EuGH Urteil vom 10.07.2008-Rs. C-54/07. Die Klage wurde vom Belgischen Zentrum für Chancengleichheit und zur Bekämpfung von Rassismus gegen das Unternehmen NV Firma Feryn vorgebracht. Das Urteil des Gerichtshofes hebt hervor, dass die öffentliche Aussage eines Arbeitgebers, dass er Arbeitnehmer aufgrund ihrer Rasse oder ethnischen Herkunft nicht beschäftigen wird, eine unmittelbare Diskriminierung bei der Einstellung begründet. Zur gerichtlichen Geltendmachung ist es nicht erforderlich, dass ein\_e konkret Betroffene\_r existiert.

beinhaltet zwar auf den ersten Blick geringere formale Hürden, bietet aber keinen effektiven Schutz gegen missbräuchliche Rechtsausübung. Voraussetzung für die Eintragung sollte über die Anforderungen des § 23 AGG hinaus die Rechtsfähigkeit des Verbandes, sein mindestens zweijähriges Bestehen und die Gewähr für eine sachgerechte Aufgabenerfüllung angesichts seiner bisherigen Tätigkeit sein. Die zuletzt genannte Voraussetzung kann bei Verbänden, die von einer staatlichen Stelle des Bundes oder Landes mit öffentlichen Mitteln gefördert werden, unterstellt werden. Ergeben sich begründete Zweifel am Vorliegen der Voraussetzungen, wird die Antidiskriminierungsstelle des Bundes um Einschätzung ersucht. Für die Unterstützung von Verbandsklagen ist ein **öffentlicher Rechtshilfefonds** einzurichten. Dieser sollte in den Haushalt der Antidiskriminierungsstelle des Bundes eingegliedert werden. Mittel aus dem Fonds können von den auf der geführten Liste genannten Verbänden beantragt werden.

7.2. Die in § 15 Abs. 4 AGG und § 21 Abs. 5 AGG geregelten **2-Monats-Fristen** für die Geltendmachung von Ansprüchen entsprechen nicht der Lebenswirklichkeit diskriminierter Personen. Auch unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Arbeitgeber\_innen sowie der Anbieter\_innen von Gütern und Dienstleistungen an Rechtssicherheit sollte die Frist auf 12 Monate verlängert werden. Dabei ist klarzustellen, dass die Frist erst dann beginnt, wenn die anspruchsberechtigte Person Kenntnis von der Diskriminierung und dem bzw.\_der Ausgleichspflichtigen hat.

7.3. **§ 17 Abs. 2 AGG** gibt Betriebsräten und Gewerkschaften die Möglichkeit, Arbeitgeber\_innen bei einem „groben Verstoß“ gegen die Vorschriften des AGG zum Schutz der Beschäftigten vor Diskriminierungen vor dem Arbeitsgericht zu verklagen. Ansprüche der Benachteiligten dürfen nicht geltend gemacht werden. Von der Vorschrift wird nur selten Gebrauch gemacht, was auch an den Anforderungen an einen „groben Verstoß“ liegen dürfte, der nur bei objektiv erheblichen und offensichtlich schwerwiegenden Pflichtverletzungen vorliegen soll. In Zukunft sollte daher jeder Verstoß von Arbeitgeber\_innen gegen das AGG ausreichen, um das Recht von Betriebsrat und Gewerkschaft auszulösen.

7.4. Die geltenden Anforderungen an den Beweis einer Diskriminierung in **§ 22 AGG** machen es Kläger\_innen häufig unmöglich, ihre Ansprüche gerichtlich durchzusetzen. Rechtsanwält\_innen weisen darauf hin, dass es ohne große Mühe möglich

sei, diskriminierendes Verhalten so zu „tarnen“, dass es mit der gegenwärtigen Praxis der richterlichen Beweiswürdigung nicht aufgedeckt werden kann. Für Diskriminierungen durch die öffentliche Gewalt sollte daher eine echte Beweislastumkehr gelten, wonach es ausreicht, dass die behauptete Diskriminierung schlüssig und ausreichend substantiiert vorgetragen wird. Die beklagte staatliche Partei trifft dann die volle Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot vorliegt. Bei Diskriminierungen durch Private sollte die Beweislastregelung durch einen Auskunftsanspruch ergänzt und klargestellt werden, dass Statistiken und Ergebnisse von Testing-Verfahren ausreichende Indizien i.S.d. § 22 AGG sind und Schadensersatzansprüche nicht mindern.<sup>37</sup>

7.5. Nach § 23 Abs. 1 S. 1 AGG dürfen **Antidiskriminierungsverbände** die Interessen benachteiligter Personen(gruppen) nicht gewerbsmäßig wahrnehmen. Im Interesse einer professionellen Unterstützung ist hier zu prüfen, ob eine gewerbsmäßige Tätigkeit unter der Voraussetzung zugelassen werden kann, dass die Verbände eine entsprechende Haftpflichtversicherung nachweisen können. Ebenfalls zu überdenken ist die Anforderung in § 23 Abs. 1 S. 2 AGG, wonach die im AGG geregelten Befugnisse Verbänden nur zustehen, wenn sie mindestens 75 Mitglieder haben oder einen Zusammenschluss aus mindestens sieben Verbänden bilden. Diese rein quantitativen Voraussetzungen, die sich an das Behindertengleichstellungsgesetz anlehnen, sind nicht per se geeignet, eine qualitativ hochwertige Beistandschaft sicherzustellen. In Ergänzung könnten qualitative Standards, die von einer Bundesbehörde aufzustellen und zu prüfen wären, Anwendung finden.

---

<sup>37</sup> BAG vom 22.7.2010, 8 AZR 1012/08 (juris).

## 8. Wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen

8.1. § 15 Abs.1 S. 2 AGG und § 21 Abs. 2 S. 2 AGG machen die Entschädigungsansprüche in europarechtswidriger Weise davon abhängig, dass die Anspruchsgener\_innen die Pflichtverletzung zu vertreten haben. Dieses **Verschuldenserfordernis** ist zu streichen. Entsprechendes gilt für das Kollektivvertragsprivileg in § 15 Abs.3 AGG.

8.2. Aus europarechtlicher Sicht ebenfalls problematisch ist die **Obergrenze** in § 15 Abs. 2 S. 2 AGG, wonach die Entschädigung bei einer Nichteinstellung drei Monatsgehälter nicht übersteigen darf, wenn der oder die Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. Diese „Deckelung“ des Anspruchs steht im Widerspruch zu den Vorgaben der Antidiskriminierungsrichtlinien, die „wirksame, verhältnismäßige und abschreckende“ Sanktionen fordern. In der Praxis führt die Grenze faktisch dazu, dass grundsätzlich alle Ansprüche auf 3 Monatsgehälter begrenzt werden, auch wenn die von Diskriminierung betroffene Person ohne diese eingestellt worden wären.

8.3. Die genannten Anforderungen der Richtlinien an die **Sanktionen** („wirksame, verhältnismäßige und abschreckende“) sollten klarstellend in den Gesetzestext der §§ 15 und 21 AGG aufgenommen werden. Eine Konkretisierung sollte zumindest in der Gesetzesbegründung erfolgen. Danach sind bei der Bemessung der Entschädigung folgende Faktoren zu berücksichtigen: Größe/Umsatz des diskriminierenden Unternehmens, vorausgegangene Verurteilungen wegen Diskriminierungen, vorsätzliches Verhalten, Zahl der Betroffenen (vor allem bei mittelbaren Diskriminierungen).

8.4. Der Gesetzgeber sollte schließlich durch Streichung des § 15 Abs. 6 AGG klarstellen, dass die Verletzung des arbeitsrechtlichen und des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots zur Folge haben kann, dass ein Anspruch auf Abschluss des vorerhaltenen Vertrages besteht, sogenannter **Kontrahierungsanspruch**. Das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen ist in jedem Fall zu klären und gegebenenfalls von der Rechtsprechung zu konkretisieren.

## 9. Stark und unabhängig: Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes

Die **Unabhängigkeit** der Antidiskriminierungsstelle des Bundes (ADS) sollte im Sinne der Pariser Prinzipien der UN<sup>38</sup> und an die Stellung des Bundesdatenschutzbeauftragten gestärkt werden. Dies betrifft insbesondere Struktur und Ausstattung der Stelle.

9.1. § 25 Abs. 2 S. 1 AGG ist dahingehend zu ändern, dass der ADS nicht nur die „notwendige“ sondern die für die Erfüllung ihrer Aufgaben **„erforderliche“ Personal- und Sachausstattung** zur Verfügung zu stellen ist. Für die Unterstützung von Verbandsklagen (s.o.) wird ein Rechtshilfefonds in den Haushalt der ADS eingestellt.

9.2. Die **Leitung** der ADS ist in Zukunft öffentlich auszuschreiben. Die Auswahl hat ausschließlich nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zu erfolgen. Die Bundesregierung schlägt dem Bundestag die drei bestqualifizierten Bewerber\_innen vor und dieser wählt die Leitung des ADS für eine Amtszeit von 5 Jahren mit einer einfachen Mehrheit. Anschließende Wiederwahl ist nur einmal zulässig. Die Ernennung erfolgt durch den Bundespräsidenten.

9.3. Die Aufgaben der ADS sollten um die Gewährleistung, Weiterentwicklung und Steuerung einer bedarfsgerechten, effizienten und niedrighschwelligem **Selbsthilfe- und Beratungsinfrastruktur** im Bereich Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung ergänzt werden. Einzelfallbezogene Beratungen sollten der ADS in Zukunft zwar nicht verboten, wohl aber auf die Fälle beschränkt sein, in denen fachlich oder örtlich (noch) keine Beratungsangebote vorhanden sind.

9.4. Die Übertragung **weiterer Aufgaben** an die ADS ist zu prüfen: Dazu zählt zunächst die Sensibilisierung und Qualifizierung von Mitarbeiter\_innen des öffentli-

---

<sup>38</sup>Die 'Pariser Prinzipien' wurden beim ersten internationalen Workshop der Nationalen Institutionen zur Förderung und Schutz der Menschenrechte vom 7. bis 9. Oktober 1991 in [Paris](#) verabschiedet. Diese wurden von der Menschenrechtskommission der UN durch die Resolution 1992/54 aus 1992 und durch die [UN Generalversammlung in ihrer Resolution](#) 48/134 aus 1993 verabschiedet, [http://www.info.gov.hk/info/eoc/annex6\\_e.pdf](http://www.info.gov.hk/info/eoc/annex6_e.pdf)



chen Dienstes des Bundes, weiterhin die Entwicklung und Vergabe von „Diversity-Zertifizierungen“ für Unternehmen, Verwaltungen und anderen Einrichtungen. Ebenfalls bei der ADS angesiedelt werden sollte die Aufgaben des Monitorings und ggf. der Korrektur der betrieblichen Entgeltpraxis und des Monitorings von Diversity Mainstreaming. Gleichmaßen sollte die ADS die Beratung und Beobachtung von positiven Verpflichtungen und möglicherweise das Aussprechen von Sanktionen, sollten diese verweigert werden, übernehmen. Außerdem sollte die Stelle die Aufgabe der Überprüfung der o.g. Gleichbehandlungspflichten im Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher Aufträge und Bundesmittel innehaben. Eine Aufgabenerweiterung muss sich in jedem Fall in der Ausstattung und im Haushalt der Stelle widerspiegeln.

9.5. Die Befugnisse der Antidiskriminierungsstelle des Bundes sollten weiterhin wie folgt ergänzt werden:

Die in § 28 Abs. 2 AGG geregelte Pflicht aller öffentlichen Stellen im Bereich des Bundes, die ADS zu unterstützen und ihr Auskünfte zu erteilen, sollte um ein explizites Recht auf **Akteneinsicht** ergänzt werden, das die Bestimmungen zum Schutz personenbezogener Daten unberührt lässt.

Der ADS sollte ein **Beanstandungsrecht** eingeräumt werden: Stellt sie Verstöße gegen das AGG durch öffentliche Stellen im Bereich des Bundes fest, so kann sie diese beanstanden und zur Stellungnahme innerhalb einer bestimmten Frist auffordern. Mit der Beanstandung können Vorschläge zur Beseitigung der Mängel und zur Verbesserung der Umsetzung der Diskriminierungsverbote verbunden werden. Die Stellungnahme soll auch eine Darstellung der Maßnahmen enthalten, die auf Grund der Beanstandung getroffen worden sind.

Schließlich sollte die ADS ein **Beteiligungsrecht** bei allen Gesetzes-, Verordnungs- und sonstigen wichtigen Vorhaben erhalten, indem ihr die jeweils federführenden Bundesministerien die Ergebnisse der Diversity- und Gender Folgenabschätzung (s.o.) rechtzeitig vor Beschlussfassung im Kabinett zuleiten. Die ADS hat das Recht zur Stellungnahme.

Die hier vorliegenden Vorschläge sollen auf eine Stärkung des Diskriminierungsschutzes in der Bundesrepublik Deutschland hinwirken. Hierfür werden Nichtdiskriminierungsverbände Anstrengungen unternehmen müssen, um die Politik von der Notwendigkeit von Reformen zu überzeugen.