

Drei Jahre Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG): eine Zwischenbilanz

von Rainer Nickel

Inhaltsverzeichnis

▪ Das AGG in der Praxis: ein mühsamer Prozess	2
▪ Die Urteilspraxis zum AGG: einige Zahlen	3
▪ Grundsatzentscheidungen des EuGH	4
<i>Diskriminierungsschutz ohne direkt betroffene Personen</i>	
– die Rechtssache Feryn	4
<i>Diskriminierung wegen der sexuellen Identität</i>	
– Witwerrente für Herrn Maruko	7
<i>Schutz vor Diskriminierung als Grund- und Menschenrecht</i>	
– der Fall Mangold	10
▪ Die bundesdeutsche Gerichtspraxis zum AGG: eine Auswahl	11
<i>Diskriminierung wegen des Alters und wegen einer Behinderung</i>	
	11
<i>Diskriminierung wegen des Geschlechts (einschließlich sexueller Belästigung) ...</i>	
	13
<i>Diskriminierung wegen der Religion</i>	
	14
<i>Diskriminierungen wegen der sexuellen Identität</i>	
	17
<i>Diskriminierung wegen der Hautfarbe oder Herkunft (ethnische Diskriminierung) ..</i>	
	18
▪ Prozessuale Hürden und andere Hindernisse	23
▪ Lücken im Schutz vor Diskriminierung	24
<i>Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes</i>	
	24
<i>Inhaltliche Lücken: Das Beispiel des diskriminierenden Generalverdachts</i>	
<i>(racial profiling)</i>	
	26
<i>Die eingeübte Normalität der Diskriminierung und das AGG</i>	
	29
▪ Ausblick	31

Am 18. August 2006 ist das erste eigenständige Antidiskriminierungsgesetz der Bundesrepublik, das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG), in Kraft getreten. Kaum ein Gesetzesprojekt war in diesem Jahrzehnt so umstritten wie das AGG. Die Gesetzesberatungen waren von einem für bundesdeutsche Verhältnisse ungewöhnlich großen Getöse begleitet: Das „Ende der Vertragsfreiheit“ wurde vorhergesagt, und man sprach sogar vom "Totalitarismus" und vom "Tugendterror."¹ Die Interessenverbände der Wirtschaft, allen voran die Wohnungswirtschaft und die Versicherungswirtschaft, aber auch der Deutsche Anwaltsverein und eine Reihe von Hochschulprofessoren warnten vor US-amerikanischen Verhältnissen. Riesige Schadensersatz- oder Entschädigungssummen wurden als Menetekel an die Wand gemalt.

Nach drei Jahren ist es an der Zeit, eine nüchterne Zwischenbilanz zu ziehen. Haben sich die Befürchtungen derjenigen bewahrheitet, die gegen das Gesetz waren? Wie ist das AGG in der gesellschaftlichen Wirklichkeit aufgenommen worden und in welchen Bereichen ist es wirkungsvoll? Welche Fallgestaltungen sind aufgetreten und vor den Gerichten diskutiert worden, wo gibt es Lücken, und in welchen Bereichen ist eine Nachbesserung notwendig? Wie hat sich das Rechtsschutzsystem des AGG bewährt und was gibt es von der Antidiskriminierungsstelle des Bundes zu berichten?

Das AGG in der Praxis: ein mühsamer Prozess

Vor Inkrafttreten des AGG ist vor einer „Flutwelle“ von Prozessen gewarnt worden. Davon ist ebenso wenig etwas zu spüren wie von ausufernden Entschädigungsprozessen. Im Gegenteil: die bisherigen Entscheidungen der Gerichte sind eher zurückhaltend ausgefallen. Inzwischen sind auch erste Schwerpunkte in der Gerichtspraxis zu erkennen: Die bisherige Rechtsprechung zum AGG beschäftigt sich im Wesentlichen mit einigen wenigen Antidiskriminierungsmerkmalen, insbesondere mit Diskriminierungen wegen des Geschlechts, einer Behinderung und wegen des Alters.

¹ Vgl. den Beitrag des Passauer Zivilrechtsprofessors Johann Braun, „Übrigens - Deutschland wird wieder totalitär“, JuS 2002, S. 424 f., dessen Titel im Original in Anführungszeichen gesetzt ist, aber zumeist ohne diese zitiert wird. In eine ähnliche Richtung gehen die Beiträge von Eduard Picker, Antidiskriminierungsgesetz – Anfang vom Ende der Privatautonomie?, JZ 2002, 880 (das Fragezeichen im Titel ist rein rhetorisch, wie sich aus dem Inhalt des Beitrags ergibt) und Karl-Heinz Ladeur, The German Proposal of an „Anti-Discrimination“-Law: Anticonstitutional and Anti-Common Sense. A response to Nicola Vennemann, 3 German Law Journal, Nr. 5, Mai 2002. Zur Kritik dieser Ansätze, die das Antidiskriminierungsgesetz häufig mit der Ausübung von jakobinischem Tugendterror gleichsetzen, vgl. Susanne Baer, "Ende der Privatautonomie" oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung? Die deutsche Debatte um das Antidiskriminierungsrecht, Zeitschrift für Rechtspolitik 2002, S. 290-294 und Rainer Nickel, Widening the Scope: Anti-Discrimination Law, Social Equality, and the Right to Equal Treatment, 1 Annual of German and European Law, 2003, S. 353-363.

Dagegen sind insbesondere mit Bezug auf ethnische² Diskriminierung nur wenige Fälle vor Gericht gelaufen. Darüber hinaus liegt der Schwerpunkt der bisher ergangenen bundesdeutschen Gerichtsurteile eindeutig im Bereich des Arbeits- und Sozialrechts. Dies lässt sich vor allem auf die zahlreichen altersbezogenen Regelungen im Bereich des Kündigungs- und Sozialschutzes und der sozialen Sicherungssysteme insgesamt zurückführen. Aus dem Bereich des allgemeinen Zivilrechts (insbesondere wegen Diskriminierungen beim Zugang zu Waren und Dienstleistungen wie etwa Wohnungen) liegen nur wenige Entscheidungen vor.

Die Urteilspraxis zum AGG: einige Zahlen

Da es keine bundesweite Statistik gibt, aus der die genaue Anzahl von AGG-Fällen ablesbar ist, lässt sich nur indirekt abschätzen, wie das Gesetz angenommen wurde. Die Datenbank Juris³ ist ein guter Gradmesser für eine solche Einschätzung, weil Juris die umfangreichste Sammlung von Gerichtsurteilen aus dem ganzen Bundesgebiet aufgebaut hat. Da Juris die dort verzeichneten Fälle aber nicht getrennt nach Diskriminierungsmerkmalen aufschlüsselt und auch bei weitem nicht alle Verfahren erfasst, die vor Gericht gebracht werden, ist eine ganz präzise Bestimmung nicht möglich. Immerhin lässt sich aber ablesen, in welchen Bereichen eine besondere Aktivität zu verzeichnen ist, und welche wichtigen Entscheidungen getroffen wurden.

Bei einer Juris-Abfrage im September 2009 ergab sich folgendes Bild: Von den insgesamt 393 Entscheidungen zum AGG betrafen fast zwei Drittel der Entscheidungen Fälle von Altersdiskriminierung und Diskriminierungen wegen einer Behinderung (im Verhältnis 2 zu 1 zwischen beiden Merkmalen). Etwa ein weiteres Viertel der Fälle betraf Diskriminierungen wegen des Geschlechts (einschließlich der – nicht seltenen – Fälle von sexueller Belästigung). Die restlichen Entscheidungen verteilen sich fast gleichmäßig auf die Diskriminierungsmerkmale Religion, ethnische Herkunft und sexuelle Orientierung.

² In diesem Beitrag wird der Ausdruck „Rassendiskriminierung“ vermieden, um den Rassenbegriff nicht durch Wiederholung zu stärken. Die gelegentlich verwendete Alternative – „rassistische Diskriminierung“ - erscheint in Anbetracht der Tatsache, dass eine Diskriminierungsabsicht jedenfalls bei einer indirekten/mittelbaren Diskriminierung nicht erforderlich ist, als zu eng und zudem zu sehr auf eine Stigmatisierung bedacht und ist deswegen ebenso ungeeignet. „Ethnische Diskriminierung“ bezeichnet im Rahmen dieses Beitrags eine Diskriminierung wegen der tatsächlichen oder vermeintlichen ethnischen Herkunft oder der Hautfarbe oder anderer sekundärer äußerer Merkmale, aus der eine ethnische Herkunft abgeleitet wird.

³ Die Datenbank Juris besitzt die umfangreichste Entscheidungssammlung in Deutschland. Sie enthält auch viele nicht in Fachzeitschriften veröffentlichte Gerichtsentscheidungen. Die Datenbank gehört mehrheitlich (zu 50,01 %) der Bundesrepublik Deutschland.

Grundsatzentscheidungen des EuGH

Drei wichtige Urteile zum Antidiskriminierungsrecht in den Rechtssachen *Feryn* (ethnische Diskriminierung), *Mangold* (Altersdiskriminierung) und *Maruko* (Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung) stammen nicht von deutschen Gerichten, sondern vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) in Luxemburg. Weil die Urteile des EuGH die Richtlinien, auf denen das AGG beruht (insbesondere die Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG), unmittelbar betreffen und für die Auslegung und Anwendung der Richtlinien wie auch für die Anwendung des AGG bedeutsam sind, soll von ihnen zuerst berichtet werden.

Diskriminierungsschutz ohne direkt betroffene Personen – die Rechtssache Feryn

Der erste Fall aus der aktuellen Rechtsprechung des EuGH, die Rechtssache *Feryn* aus Belgien ([EuGH, Rechtssache C 54/07, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding gegen Firma Feryn NV, Urteil vom 10. Juli 2008](#)), zeigt sehr deutlich, wie notwendig es ist, Diskriminierungsschutz auch systematisch zu betreiben und eine institutionelle Unterstützung von Betroffenen zu gewährleisten.

Es ging um die öffentlichen Äußerungen des Direktors der Firma *Feryn NV*. Dieser hatte u.a. gegenüber lokalen Zeitungen erklärt, dass sein Betrieb zwar grundsätzlich Monteure einstellen wolle, aber keine Menschen „fremder“ Herkunft beschäftigen könne. Zur Begründung führte er unter anderem an, dass die KundInnen Bedenken hätten, Menschen „fremder“ Herkunft für die Dauer der Arbeiten Zugang zu ihren privaten Wohnungen zu gewähren. Im Tatbestand des Urteils wird der Direktor wörtlich wie folgt zitiert:

„Ich muss mich nach den Forderungen meiner Kunden richten. Wenn Sie sagen, ‚ich will dieses bestimmte Produkt oder ich will es so oder so ausgeführt haben‘, und wenn ich dann sage, ‚das mache ich nicht, ich schicke diese Leute doch vorbei‘, dann werden sie mir sagen, ‚ich brauche diese Tür nicht unbedingt von Ihnen‘. Dann kann ich mein eigenes Geschäft schließen. Wir müssen den Forderungen unserer Kunden nachkommen. Es ist nicht mein Problem, ich habe dieses Problem in Belgien nicht verursacht. Ich will, dass die Firma läuft und dass wir am Jahresende unseren Umsatz erreichen, und wie schaffe ich das? Indem ich es so mache, wie der Kunde es will!“

In seinem erfreulich klaren Urteil hat der EuGH zwei wichtige Weichen gestellt: Er hat die Äußerungen des Direktors der Fa. *Feryn* als unmittelbare Diskriminierung gewertet, und er hat Wege aufgezeigt, wie ein solches Verhalten gerichtlich untersagt werden kann.

Im Unterschied zur Bundesrepublik gibt es in Belgien eine Kommission, die Fälle ethnischer Diskriminierung vor die Gerichte bringen kann und auch bringt. Diese Kommission hatte sich des Falles *Feryn* angenommen. Die Besonderheit des Falles bestand darin, dass es keine direkt Betroffenen gab, d.h. dass niemand aus dem Kreis der Betroffenen sich tatsächlich bei *Feryn* um einen Arbeitsplatz als Monteur beworben hatte. Es handelt sich also um einen Fall der „opferlosen“ Diskriminierung, wobei diese Bezeichnung nicht ganz präzise ist, da lediglich nicht festgestellt werden konnte, ob sich jemand von den diskriminierenden Äußerungen der Fa. *Feryn* von einer Bewerbung abhalten ließ oder nicht.

Die belgische Kommission hat sich von dieser Komplikation nicht abschrecken lassen und erhob gegen *Feryn* eine Klage vor dem Arbeitsgericht, auch ohne eine Person benennen zu können, die sich auf das Stellenangebot beworben hatte. Die Klage wurde abgewiesen. (EuGH, wie vor, Ziff. 15-18) Das Berufungsgericht, der *Arbeidshof de Brussel*, war im Zweifel, ob die belgische Kommission auch ohne Betroffene klagen konnte. Es legte den Fall dem EuGH vor, der zu der Frage Stellung nehmen musste, ob es *eine direkte Diskriminierung ohne Betroffene*, also eine „opferlose“ Diskriminierung gibt bzw. ob eine solche Fallgestaltung von der Richtlinie 2000/43/EG erfasst ist.

Der EuGH hat mit Blick auf das Ziel der Richtlinie, die soziale Integration zu fördern und direkte Diskriminierungen wegen der ethnischen Herkunft zu unterbinden, die Frage eindeutig bejaht. (EuGH, wie vor, Ziff. 23-25) Der Gerichtshof erwähnt zunächst, dass die Richtlinie 2000/43/EG den Begriff „Diskriminierung“ zwar als Diskriminierung von Personen definiert. Daraus folgt aber nicht, dass stets eine aktuell betroffene Person bekannt sein muss. Wörtlich führt er aus:

„23 Das bedeutet jedoch nicht, dass aus dem Fehlen einer identifizierbaren beschwerten Person auf das Fehlen einer unmittelbaren Diskriminierung im Sinne der Richtlinie 2000/43 geschlossen werden kann. Ziel dieser Richtlinie ist nämlich laut ihrem achten Erwägungsgrund, „günstigere Bedingungen für die Entstehung eines Arbeitsmarkts zu schaffen, der die soziale Integration fördert“. Zu diesem Zweck bestimmt Art. 3 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie, dass sie sich insbesondere auf die Auswahlkriterien und die Einstellungsbedingungen bezieht.

24 Das Ziel, günstigere Bedingungen für die Entstehung eines Arbeitsmarkts zu schaffen, der die soziale Integration fördert, würde schwerlich erreicht, wenn der Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/43 nur auf diejenigen Fälle beschränkt wäre, in denen ein Bewerber um eine Stelle, der erfolglos geblieben ist und sich als Opfer einer unmittelbaren Diskriminierung sieht, gerichtliche Schritte gegen den Arbeitgeber eingeleitet hätte.

25 Die öffentliche Äußerung eines Arbeitgebers, er werde keine Arbeitnehmer einer bestimmten ethnischen Herkunft oder Rasse einstellen, die offenkundig bestimmte Bewerber ernsthaft davon abhalten kann, ihre Bewerbungen einzureichen, und damit ihren Zugang zum Arbeitsmarkt behindert, begründet nämlich eine unmittelbare Diskriminierung bei der Einstellung im Sinne der Richtlinie 2000/43. Eine solche Diskriminierung setzt nicht voraus, dass eine beschwerte Person, die behauptet, Opfer einer derartigen Diskriminierung geworden zu sein, identifizierbar ist.“

Der EuGH hat hier mit Nachdruck auf das Ziel der Richtlinie abgestellt und den Schutz vor Diskriminierung durch Institutionen gestärkt. Genau deswegen können auch in EU-Mitgliedstaaten wie Belgien und dem Vereinigten Königreich solche Organisationen vor die Gerichte ziehen und Diskriminierungen bekämpfen. Die britische *Commission for Racial Equality* (seit 2009 aufgegangen in der *Equality and Human Rights Commission*, der Kommission für Gleichheit und Menschenrechte) oder das belgische *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding* haben in der Vergangenheit schon eine Reihe von wichtigen Fragen vor den Gerichten ausgefochten.

Dies ist in der Praxis von großer Wichtigkeit, denn EinzelkämpferInnen, die sich einem solchen Rechtsstreit ggf. über Jahre hinweg aussetzen wollen, sind natürlich dünn gesät.⁴ Das hat nicht zuletzt auch ökonomische Gründe, und das prozessuale Institut der Prozesskostenhilfe (PKH) kann dort nur sehr begrenzt Abhilfe schaffen, weil die Betroffenen in der überwiegenden Mehrzahl gerade nicht PKH-berechtigt sind.

Wer soll und kann schon sich, seine Nerven und sein Privatvermögen opfern, um durch die Instanzen zu ziehen und nach zehn oder fünfzehn Jahren möglicherweise einen Erfolg zu erzielen? Und warum lässt das AGG keine Prozessführung durch die Antidiskriminierungs-

⁴ Im bayerischen „Schleierfahndung“-Fall, der einige Jahre durch die Instanzen ging und dessen Sachverhalt auf eine Personenkontrolle und PKW-Durchsuchung aufgrund von *ethnic profiling* hinweist (vgl. zuletzt VG Augsburg, Urteil vom 19. 04. 2007, Az. Au 5 K 06.227), hatte der Betroffene einen sehr langen Atem. Die Entscheidung erging aufgrund des Urteils des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs vom 07.02.2006 (Az. Vf 69-VI-04), in dem die Rechtmäßigkeit der Maßnahme bezweifelt wurde. Der von den Maßnahmen Betroffene war ein Rechtsanwalt, der die Kontrolle offenbar auf seine Rastalocken zurückführte und sich nicht scheute, nach den zwei verlorenen fachgerichtlichen Instanzen auch noch das Bundesverfassungsgericht und den bayerischen Verfassungsgerichtshof (letzteren erfolgreich) anzurufen. Ein juristisch nicht vorgebildeter Betroffener hätte wohl nicht die Ausdauer besessen, den Fall über viele Jahre hinweg und durch mehrere Instanzen zu verfolgen.

stelle des Bundes oder durch NGOs zu? Hier müsste das AGG dringend verbessert werden, um eine Prozessführung durch die Antidiskriminierungsstelle des Bundes oder durch private Organisationen zu ermöglichen.

Diskriminierung wegen der sexuellen Identität – Witwerrente für Herrn Maruko

Im zweiten Fall, dem Fall *Maruko*, musste der EuGH zu einem Streit zwischen Herrn Tadao Maruko und der Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen um Witwerrente Stellung nehmen. (Urteil vom 01.04.2008, Aktenzeichen: C-267/06, Rechtssache *Tadao Maruko gegen Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*). Im Jahre 2001 begründete Herr *Maruko* mit einem Kostümbildner eine Lebenspartnerschaft gemäß § 1 Lebenspartnerschaftsgesetz. Sein Lebenspartner war seit dem 1. September 1959 bei der Versorgungsanstalt versichert. Im Jahre 2005 verstarb der Lebenspartner von Herrn *Maruko*, und er beantragte bei der Versorgungsanstalt Witwerrente. Diese lehnte mit der Begründung ab, die Satzung der Versorgungsanstalt sehe eine solche Leistung nicht vor.

Der EuGH bejahte zunächst die Anwendung der Richtlinie 2000/78/EG auf den vorliegenden Sachverhalt. Er hielt auch die Ablehnung der Witwerrente für problematisch:

„73. Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass auf die dritte Frage zu antworten ist, dass Art. 1 in Verbindung mit Art. 2 der Richtlinie 2000/78 einer Regelung wie der im Ausgangsverfahren entgegensteht, wonach der überlebende Partner nach Versterben seines Lebenspartners keine Hinterbliebenenversorgung entsprechend einem überlebenden Ehegatten erhält, obwohl die Lebenspartnerschaft nach nationalem Recht Personen gleichen Geschlechts in eine Situation versetzt, die in Bezug auf diese Hinterbliebenenversorgung mit der Situation von Ehegatten vergleichbar ist. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob sich ein überlebender Lebenspartner in einer Situation befindet, die mit der eines Ehegatten, der die Hinterbliebenenversorgung aus dem berufsständischen Versorgungssystem der Vd dB erhält, vergleichbar ist.“

Damit ist grundsätzlich geklärt, dass die Richtlinie jedenfalls bei berufsständischen Zwangs-Versorgungssystemen wie bei der Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen Anwendung findet. Dies gilt dann ebenso für andere berufsständische Versorgungswerke, wie zum Beispiel die der Rechtsanwälte oder der Ärzte.

Die zweite Frage, ob die Situation eines überlebenden Lebenspartners mit der Situation eines Ehegatten vergleichbar ist, wurde bislang in der bundesdeutschen Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt. Das Bundesverwaltungsgericht hat im Jahre 2007, also noch vor der Entscheidung des EuGH, die Frage verneint und einen Ausschluss von der Versorgung für möglich gehalten. In der Entscheidung vom 25.07.2007 ([Az: 6 C 27/06](#)) heißt es:

„Die Satzung eines ärztlichen Versorgungswerks, welche die Hinterbliebenenversorgung auf Witwen und Witwer beschränkt und damit überlebende Lebenspartner ausschließt, verstößt bei typisierender Betrachtung gegenwärtig nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot; eine Bevorzugung der Ehe gegenüber der Lebenspartnerschaft ist wegen des der Ehe zukommenden besonderen verfassungsrechtlichen Schutzes und der unterschiedlichen Versorgungssituation bei Ehen und Lebenspartnerschaften zulässig, wenn auch nicht zwingend geboten.“

Ähnliche Entscheidungen hatten zuvor auch schon das Bundesarbeitsgericht (Ortszuschlag beim kirchlichen Bundesangestelltentarif) und der Bundesgerichtshof (zu Ansprüchen aus der Zusatzversorgung im öffentlichen Dienst im Rahmen der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder) gefällt.

Diese Rechtsprechung ist freilich *zeitlich vor* der *Maruko*-Entscheidung des EuGH ergangen. Mittlerweile hat das Bundesarbeitsgericht aufgrund der *Maruko*-Entscheidung einen anderen Kurs eingeschlagen. Es hat in einem aktuellen Urteil vom 14. Januar 2009 (Aktenzeichen: 3 AZR 20/07) festgestellt:

„Eingetragene Lebenspartner sind in der betrieblichen Altersversorgung hinsichtlich der Hinterbliebenenversorgung Ehegatten gleichzustellen, soweit am 01. Januar 2005 zwischen dem Versorgungsberechtigten und dem Versorgungsschuldner noch ein Rechtsverhältnis bestand.“

Die Stichtagsregelung begründet das Gericht mit der Novellierung des Lebenspartnerschafts-Gesetzes, das in der Neufassung, die seit dem 01. Januar 2005 gilt, eine weitgehende Annäherung an die Ehe erreichen wollte. Gleichfalls ist zu diesem Zeitpunkt das Sozialgesetzbuch geändert worden; nach § 46 Absatz 4 des SGB VI ist die Lebenspartnerschaft einer Heirat rentenrechtlich gleichgestellt worden.

Nicht nur die *Maruko*-Entscheidung, sondern auch diese Gesetzesänderung signalisieren, dass zwischen Lebenspartnerschaft und Ehe im Rentenrecht nicht mehr unterschieden werden soll und darf. Inzwischen hat auch das Bundesverfassungsgericht auf diese Linie eingeschwenkt. In seinem Beschluss vom 07. Juli 2009 (Aktenzeichen 1 BvR 1164/07) hat es festgestellt, dass die ungleiche Behandlung von Lebenspartnern und Verheirateten gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Artikel 3 Absatz 1 Grundgesetz verstößt. In der Entscheidung heißt es, dass Ungleichbehandlungen wegen der sexuellen Orientierung „verdächtig“ sind:

„Die Anforderungen bei einer Ungleichbehandlung von Personengruppen sind umso strenger, je größer die Gefahr ist, dass eine Anknüpfung an Persönlichkeitsmerkmale, die mit denen des Art. 3 Abs. 3 GG vergleichbar sind, zur Diskriminierung einer Minderheit führt (vgl. BVerfGE 88, 87 <96>; 97, 169 <181>). Das ist bei der sexuellen Orientierung der Fall.

Ein strenger Kontrollmaßstab bei einer auf die sexuelle Orientierung bezogenen Ungleichbehandlung, der sich dem bei anderen Diskriminierungsverboten geltenden Maßstab annähert, entspricht auch der Rechtsentwicklung im Europarecht. Sowohl Art. 13 EG wie Art. 21 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union beziehen die sexuelle Ausrichtung in den Kreis der Diskriminierungsverbote ein. Auch in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) werden für Unterscheidungen, die sich auf die sexuelle Orientierung gründen, genauso „ernstliche Gründe“ als Rechtfertigung gefordert, wie für solche, die sich auf das Geschlecht gründen (EGMR, Urteil vom 24. Juli 2003 - Nr. 40.016/98 - Karner gegen Österreich, ÖJZ 2004, S. 36 <38> m.w.N.).“⁵

Im konkreten Fall ging es um die Zusatzversorgung im Öffentlichen Dienst. Das Bundesverfassungsgericht hob die Entscheidung des Bundesgerichtshofes auf und erklärte die Ungleichbehandlung von Ehe und Lebenspartnerschaft für nicht gerechtfertigt. Es bleibt daher zu erwarten, dass auch die anderen obersten Bundesgerichte, also der Bundesgerichtshof und das Bundesverwaltungsgericht, in Zukunft auch auf diese Linie umschwenken wird.

⁵ Die Entscheidung ist online auf der [Webseite des Bundesverfassungsgerichts](#) zugänglich. Die Passage findet sich in den Absätzen 87-88.

Schutz vor Diskriminierung als Grund- und Menschenrecht – der Fall Mangold

Im dritten Fall, der unter bundesdeutschen JuristInnen viel Aufsehen erregt hat, ging es um Diskriminierung wegen des Alters im Rahmen des Kündigungsschutzes. Die Entscheidung ist deswegen von großer Bedeutung, weil sie den Diskriminierungsschutz generell als einen „allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts“ ansieht. Diese allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts sind in ihrem juristischen Gewicht vergleichbar mit den Grundrechten des Grundgesetzes. Dies bedeutet insbesondere, dass sämtliche Diskriminierungsmerkmale des Art. 13 EG-Vertrag – und damit das Recht auf Nichtdiskriminierung – Bestandteil der Gemeinschaftsgrundrechte sind. Der EuGH führt dazu aus:

„74. Zweitens ist zu beachten, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf nicht in der Richtlinie 2000/78 selbst verankert ist. Nach ihrem Art. 1 bezweckt diese Richtlinie nämlich lediglich 'die Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung', wobei das grundsätzliche Verbot dieser Formen der Diskriminierung, wie sich aus der ersten und der vierten Begründungserwägung der Richtlinie ergibt, seinen Ursprung in verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten hat.

75. Das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters ist somit als ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anzusehen. (...)“ (Urteil vom 22. November 2005, Aktenzeichen: C-144/04, Rechtssache *Werner Mangold*)

Folgt man den Erwägungen des EuGH, dann ist diese Aussage auch für die anderen Diskriminierungsmerkmale des Art. 13 EG-Vertrag gültig. Dort wird neben dem Alter auch die Diskriminierung „wegen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, oder der sexuellen Ausrichtung“ erwähnt. Die *Mangold*-Entscheidung des EuGH hat also den Diskriminierungsschutz insgesamt juristisch aufgewertet und erheblich gestärkt.

Die bundesdeutsche Gerichtspraxis zum AGG: eine Auswahl

In der Praxis der bundesdeutschen Gerichte liegen schon einige Entscheidungen zum AGG vor. Allerdings sind bislang nur einige wenige Entscheidungen der wichtigen obersten Bundesgerichte (Bundesgerichtshof, Bundesverwaltungsgericht, Bundesarbeitsgericht, Bundessozialgericht) ergangen, und diese Gerichte haben stets „das letzte Wort“. Die juristischen Weichenstellungen bei der Interpretation des AGG sind also noch in den Anfängen. Nachfolgend soll von einigen Entscheidungen berichtet werden, die über den Einzelfall hinaus von Bedeutung sind.

Diskriminierung wegen des Alters und wegen einer Behinderung

Die Entscheidungen zur Altersdiskriminierung sind zahlenmäßig die größte Gruppe der bislang ergangenen Entscheidungen zum AGG. Die Bandbreite der Entscheidungen reicht von Altersgrenzen für die Verbeamtung über Fälle von Zwangspensionierung bis zum Beförderungsalter bei der Feuerwehr und den Höchstaltersgrenzen für die Aufnahme in den Höheren Polizeivollzugsdienst.⁶

Von großer praktischer Bedeutung ist insbesondere ein neues Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts, das die im öffentlichen Dienst übliche Staffelung der Besoldung nach Lebensalterstufen betrifft. (Urteil vom 22. 04. 2009, Aktenzeichen: 2 Sa 1689/08). Das Gericht erklärt:

„Eine tarifliche Regelung, in der die Grundvergütung der Höhe nach nach Lebensalterstufen gestaffelt wird, ist wegen unmittelbarer Benachteiligung wegen des Alters i. S. d. §§ 1, 3 AGG unwirksam. Die hierdurch eintretende unmittelbare Benachteiligung ist nicht im Sinne des AGG gerechtfertigt.“

Das Urteil stellt die gesamte tarifvertragliche Besoldungsstruktur im öffentlichen Dienst in Frage. Allerdings ist auch hier zu betonen, dass das Bundesarbeitsgericht zu dieser Frage noch nicht Stellung bezogen hat und deswegen das letzte Wort noch nicht gesprochen ist.

Die zweitgrößte Gruppe von Entscheidungen betrifft Diskriminierungen wegen einer Behinderung. Auch hier liegt der Schwerpunkt der Entscheidungen im Arbeits- und Sozialrecht.

⁶ Einen guten Überblick über die Entscheidungen zum AGG bietet die [Homepage des DGB](#). Dort finden sich weiterführende Informationen und Übersichten zu einigen bislang ergangenen Entscheidungen. Die Sammlung ist allerdings bei weitem nicht vollständig.

In Bezug auf Benachteiligungen wegen einer Behinderung bestehen zum Teil Sondervorschriften außerhalb des AGG (insbesondere im Sozialgesetzbuch), auf die hier nicht näher eingegangen werden kann. Der DGB (siehe den Link in Fußnote 5) und die Behindertenverbände bieten ausführliche Informationen zu den Vorschriften und den bislang ergangenen Entscheidungen.

Erwähnenswert ist hier jedoch eine Entscheidung des Landesarbeitsgerichts München, die das Fragerecht des Arbeitgebers nach psychischen Erkrankungen betrifft. Das Gericht führt aus:

„Ein Stellenbewerber ist nicht wegen des Merkmals der Behinderung benachteiligt, wenn der AG nach psychischen Erkrankungen fragt, die die Eignung für die auszuübende Tätigkeit durchaus beeinträchtigen könnten und der AG nicht von einem Grad der Behinderung ausgegangen ist, d. h., eine Schwere der Erkrankung im Sinne einer Behinderung nicht in Betracht gezogen hat. Selbst wenn Erkrankungen wie Depressionen oder Morbus Bechterew ab einem bestimmten Stadium den Grad einer Behinderung erreichen können, kann aus Fragen danach nicht ohne Weiteres darauf geschlossen werden, dass der Fragende das Vorliegen einer Behinderung annimmt. Der Schutz des AGG geht nicht so weit, dass der nicht genommene Bewerber davor geschützt werden soll, dass die ablehnende Entscheidung darauf basiert, dass der Stellenbesetzer annimmt, der Bewerber könne in Zukunft das Stadium der Behinderung erreichen.“⁷

Die Entscheidung scheint ganz im Sinne derjenigen ausgefallen zu sein, die eine besonders restriktive Auslegung des AGG gefordert haben: Wenn ArbeitgeberInnen Personen mit einer potenziellen Behinderung durch entsprechende Befragungstechniken identifizieren können, dann fällt es ihnen natürlich leichter, diese Personen aus dem BewerberInnenkreis auszuschließen, ohne sich hierfür ausdrücklich auf die Gefahr einer zukünftigen Behinderung stützen zu müssen. Die Rechts- und Personalberatungsindustrie hat schon seit Inkrafttreten des AGG die Unternehmen darauf geschult, wie möglicherweise diskriminierende Einstellungspraktiken verschleiert werden können, und einige Gerichte scheinen bereit zu sein, hierzu Schützenhilfe zu leisten.

Das Urteil des LAG ist allerdings noch nicht rechtskräftig, und es bleibt zu hoffen, dass das Bundesarbeitsgericht eine etwas differenziertere Sichtweise einnehmen wird.

⁷ Landesarbeitsgericht München, Urteil vom 08. Juli 2008, Aktenzeichen: 8 Sa 112/08. Gegen die Entscheidung ist Revision eingelegt worden, über die noch nicht entschieden ist.

Diskriminierung wegen des Geschlechts (einschließlich sexueller Belästigung)

In Bezug auf Diskriminierung wegen des Geschlechts ist eine Reihe von Urteilen ergangen, die insbesondere sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz betreffen. Auffällig ist hierbei, dass selbst in krass anmutenden Fällen die Arbeitsgerichte eher zu Milde gegenüber den belästigenden Männern tendieren.

So hat zum Beispiel das Landesarbeitsgericht Niedersachsen in einem recht schweren Fall von Belästigung das Verhältnismäßigkeitsprinzip in den Vordergrund gestellt und eine Kündigung trotz erheblicher Vorkommnisse mit der folgenden Begründung abgelehnt:

„Nach den in § 12 Abs 3 AGG übernommenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hat bei sexuellen Belästigungen der Kündigung des Arbeitsverhältnisses – von Extremfällen abgesehen – regelmäßig eine Abmahnung voranzugehen. Sind mehrere Maßnahmen geeignet und möglich, die Benachteiligung infolge sexueller Belästigung für eine Arbeitnehmerin abzustellen, so hat der Arbeitgeber diejenige zu wählen, die den Täter am wenigsten belastet. Dies gilt umso mehr, wenn in der Dienststelle eine Dienstvereinbarung gilt, die gestufte Gegenmaßnahmen des Arbeitgebers für den Fall sexueller Belästigungen vorsieht.“⁸

Vergleicht man diese Rechtsprechung mit den zum Teil extrem restriktiven Urteilen zu den in jüngster Zeit häufig berichteten Fällen von Bagatelldiebstählen am Arbeitsplatz, so kommt ein nicht unerheblicher Wertungswiderspruch zum Vorschein: Während die Gerichte selbst bei minimalen Vorkommnissen eine fristlose Kündigung für angemessen halten, bestehen in Belästigungsfällen weitaus größere Skrupel davor, solche Kündigungen zu bestätigen.⁹

Eine weitere wichtige Entscheidung betrifft die „gläserne Decke“, also um einen Fall geschlechtsspezifischer Diskriminierung, bei dem mit Hilfe von Statistiken nachweisbar ist, dass Frauen in Führungspositionen unterrepräsentiert sind. In dem vom Landesarbeitsgericht Berlin entschiedenen Fall wurde diese Nachweisteknik ausdrücklich zugelassen: „Statistische Nachweise müssen schon deswegen berücksichtigungsfähig sein, da anderenfalls eine verdeckte Diskriminierung bei Beförderungen ("gläserne Decke") nicht ermittelbar wäre.“

⁸ Landesarbeitsgericht Niedersachsen, Urteil vom 29.11.2008, Aktenzeichen 1 Sa 547/08. Das Urteil ist rechtskräftig, weil das Bundesarbeitsgericht das Rechtsmittel des Arbeitgebers zurückgewiesen hat.

⁹ Auch ein Urteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz ist trotz recht übler Vorkommnisse eher zurückhaltend und hat statt einer fristlosen nur eine fristgerechte Kündigung als rechtmäßig angesehen: Urteil vom 11. März 2009, Aktenzeichen: 7 Sa 235/08.

Das LAG Berlin hat der dortigen Klägerin, die nicht nur beim beruflichen Aufstieg benachteiligt wurde, sondern nach den Feststellungen des Gerichts auch massiv eingeschüchtert wurde, nicht nur einen Entschädigungsanspruch für die Vergangenheit zugesprochen, sondern auch festgestellt, dass der Arbeitgeber ihr auch in Zukunft ein höheres Gehalt (bzw. eine entsprechende Entschädigung) zahlen muss. Die Entscheidung liegt derzeit beim Bundesarbeitsgericht, und es kann damit gerechnet werden, dass das Gericht in einer wichtigen Grundsatzentscheidung die Voraussetzungen auch für zukünftige Klagen nach dem AGG festlegen wird. Hier könnte es für ArbeitgeberInnen, die nach wie vor die „gläserne Decke“ aufrecht erhalten, ausgesprochen teuer werden.

Diskriminierung wegen der Religion

Erwartungsgemäß sind in Bezug auf das Merkmal der Religion insbesondere Fälle aufgetreten, in denen die Betroffenen wegen des Tragens von Kleidungsstücken benachteiligt werden. Zwar hatte das Bundesarbeitsgericht schon 2002 und damit einige Jahre vor dem AGG eine Kündigung wegen Kopftuchtragens für unzulässig erklärt (es ging um eine Mitarbeiterin in einem Kaufhaus), aber bald danach hat sich das Blatt grundsätzlich gewendet.

Im Jahre 2003 hat das Bundesverfassungsgericht in einer Grundsatzentscheidung bekanntlich ein Kopftuchverbot in der Schule als verfassungsgemäß angesehen: Es hielt es grundsätzlich für möglich, dass Lehrerinnen im Schuldienst wegen Kopftuchtragens entlassen werden können und Bewerberinnen deswegen von vornherein abgelehnt werden dürfen. Viele Bundesländer haben daraufhin entsprechende Vorschriften in ihre Beamtenengesetze geschrieben.

Das Bundesverwaltungsgericht hat die Regelung in Baden-Württemberg zweimal ausdrücklich bestätigt¹⁰ und damit auch den anderen Bundesländern signalisiert, dass der Weg für solche Verbote frei ist. In seiner jüngsten Entscheidung im Dezember 2008 hat das Gericht auch erklärt, dass kein Verstoß gegen § 8 Abs. 1 AGG vorliegt. Diese Vorschrift lässt Ausnahmen vom Diskriminierungsverbot wie etwa das Kopftuchverbot nur zu, wenn der Zweck dieses Verbots rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist. Das Gericht hat beide Bedingungen als erfüllt angesehen. Nachdem auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Falle von Frankreich ein solches Verbot gebilligt hatte, dürfte die juristische Auseinandersetzung über das Thema Kopftuch in der Schule zunächst einmal ruhen.

¹⁰ Zuletzt in einer [Entscheidung vom 16. Dezember 2008, Aktenzeichen: 2 B 46/08](#).

Was für die Schule gilt, gilt natürlich noch längst nicht für viele andere Bereiche des gesellschaftlichen Lebens, wie schon die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahre 2002 gezeigt hatte. Welche Auswüchse die Kopftuchdebatte aber mittlerweile produziert hat, zeigt eine jüngste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.¹¹ Es handelt sich um einen besonders betrüblichen Fall, in dem das Gericht mit Recht und nachdrücklich zugunsten der ein Kopftuch tragenden Muslima entschied. Das Bundesverfassungsgericht schildert den Sachverhalt wie folgt:

„Am 26. Februar 2004 besuchte die Beschwerdeführerin als Zuschauerin eine Verhandlung des Jugendrichters des Amtsgerichts Tiergarten. Die Verhandlung wurde gegen ihren Sohn geführt. Bekleidet war die Beschwerdeführerin u. a. mit einem langen Mantel und einem dezenten Kopftuch. Nach ihrem Vorbringen forderte der Jugendrichter sie auf, das Kopftuch abzulegen oder anderenfalls den Gerichtssaal zu verlassen. Zur Begründung habe der Richter angeführt, dass er das Tragen von Kopfbedeckungen bei seinen Verhandlungen prinzipiell nicht dulde.“

Das Verfassungsgericht fand deutliche Worte für diesen Richter:

„Mit dem Hinweis auf seine Praxis, das Tragen von Kopfbedeckungen in seinen Verhandlungen prinzipiell nicht zuzulassen, hat der Jugendrichter der Beschwerdeführerin verboten, im Gerichtssaal ihr Kopftuch zu tragen. Dieses Verbot verstößt gegen Art. 3 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als allgemeines Willkürverbot in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 und 2 GG [dem Grundrecht auf freie Religionsausübung, Anm. RN].“

Auch wenn die Entscheidung erfreulicherweise recht eindeutig ausgefallen ist, so wäre es dennoch logischer gewesen, wenn das Gericht auf das Diskriminierungsverbot des Artikel 3 Absatz 3 Grundgesetz (GG) abgestellt hätte, das eine Diskriminierung wegen der Religion ausdrücklich verbietet, als auf den allgemeinen Gleichheitssatz. Das AGG stand in dieser Entscheidung übrigens deswegen nicht im Vordergrund, weil das Bundesverfassungsgericht nur Grundrechtsverstöße untersucht und die Entscheidung zudem vor dem Inkrafttreten des AGG ergangen ist.

Das Diskriminierungsverbot des § 2 AGG hat vor allem auch auf Seiten der kirchlichen Sozialeinrichtungen für Nervosität gesorgt, weil sie um ihre Autonomie bei der Einstellungspolitik fürchteten. Mittlerweile ist ein Fall durch die Instanzen bis zum Bundesarbeitsgericht gelangt, der genau dieses Thema betrifft. Es ging um eine Bewerberin, die aus dem Auswahlverfah-

¹¹ [Entscheidung vom 27. Juni 2006, Aktenzeichen: 2 BvR 677/05.](#)

ren um die Besetzung einer von einer Einrichtung des Diakonischen Werkes der Evangelischen Kirche in Deutschland ausgeschriebenen Stelle einer Sozialpädagogin ausgeschlossen wurde, weil sie gebürtige Muslima und kein Mitglied der Kirche ist. Pikanterweise handelte es sich hierbei um eine Stelle, die über das EQUAL-Programm der EU finanziert wurde. Das Programm diene insbesondere der beruflichen Integration benachteiligter Personengruppen, und die Stelle war für die Besetzung des Projekts "Integrationslotse Hamburg" gedacht.

Das Arbeitsgericht Hamburg hat der Klage der Bewerberin auf Entschädigung wegen religionsbedingter Benachteiligung stattgegeben und ihr eine Entschädigung in Höhe von drei Monatsgehältern (3.900 Euro) zugesprochen.¹² Es hat dabei vor allem darauf verwiesen, dass der „verkündungsnahe Bereich“ der Kirche nicht betroffen sei und deswegen keine Ausnahme nach § 9 Absatz 1 AGG vorliegt. Diese Vorschrift erlaubt es den Religionsgemeinschaften, unter bestimmten Voraussetzungen besondere berufliche Anforderungen zu stellen.

Das Landesarbeitsgericht Hamburg hat diese Entscheidung jedoch aufgehoben und die Klage der Bewerberin abgewiesen.¹³ Es hat dabei seiner juristischen Phantasie freien Lauf gelassen und gemeint:

„Stellenbewerber können nur dann im Sinne der §§ 7ff AGG benachteiligt werden, wenn sie für die ausgeschriebene Stelle objektiv geeignet sind. Daran fehlt es jedenfalls dann, wenn sie dem in der Stellenausschreibung enthaltenen Anforderungsprofil nicht ansatzweise entsprechen.“

Kurios ist an dieser Begründung, dass die Diakonie die Bewerberin sogar angerufen und ihr mitgeteilt hatte, dass ihre Bewerbung „sehr interessant“ sei. Das spricht mit Nachdruck dafür, dass die Bewerberin sehr wohl für die Stelle in Betracht kam. Das Gespräch endete erst, nachdem die Bewerberin nicht in die Kirche eintreten wollte, um ihre Bewerbungschancen zu erhalten. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat die Revision gegen diese Entscheidung mittlerweile zugelassen, so dass wohl bald eine Grundsatzentscheidung zum § 9 Absatz 1 AGG ergehen wird.

Es bleibt zu hoffen, dass sich das BAG die Zielrichtung des AGG und der zugrunde liegenden Richtlinien zu Herzen nehmen und die Ausnahmegesetzvorschrift eng auslegen wird – es ist hierzu aus europarechtlicher Sicht unbedingt verpflichtet.

¹² Arbeitsgericht Hamburg, Urteil vom 04. Dezember 2007, Aktenzeichen: 20 Ca 105/07.

¹³ Landesarbeitsgericht Hamburg, Urteil vom 29. Oktober 2008, Aktenzeichen: 3 Sa 15/08.

Dies gilt auch für einen weiteren Fall, der jetzt dem BAG vorliegt. Hier geht es um eine Altenpflegerin, die ihrem Ehemann und ihren drei Kindern unterhaltspflichtig ist und sechs Jahre lang in einer von der katholischen Kirche betriebenen Pflegeeinrichtung gearbeitet hatte, bevor ihr postwendend gekündigt wurde, nachdem sie aus der Kirche ausgetreten war. Den Schritt hatte sie unternommen, weil sie laut Urteil „die Unterdrückung der Frau durch die katholische Kirche nicht mehr unterstützen“ wollte. Das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz kannte keinen Pardon, bestätigte die Kündigung und verwies zur Begründung vor allem auf den „Vertrauensbruch gegenüber der katholischen Kirche“.¹⁴

Auch hier ist äußerst fraglich, ob das Gericht § 9 AGG richtlinienkonform ausgelegt und dabei auch die Schutzfunktion des AGG beachtet hat. Nicht zuletzt dient das AGG dazu, Betroffene auch vor institutionell gefestigten Diskriminierungen zu schützen. Die Revision gegen das Urteil ist beim Bundesarbeitsgericht anhängig.

Diskriminierungen wegen der sexuellen Identität

In Bezug auf das Merkmal der sexuellen Identität sind vor allem Entscheidungen ergangen, die die strukturelle Schlechterstellung von Schwulen und Lesben betreffen. Hier geht es nicht selten darum, dass sie keine Ehe schließen können, sondern auf die Lebenspartnerschaft beschränkt sind. Das Bundesverwaltungsgericht in Berlin hat in einem Grundsatzurteil, das schon vor Inkrafttreten des AGG erging, einen Gleichstellungsanspruch bei der Beamtenbezahlung kategorisch abgelehnt:

„Ein Beamter, der in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft lebt, hat keinen Anspruch auf den Familienzuschlag der Stufe 1 wie ein verheirateter Beamter gem. § 40 Abs. 1 Nr.1 BBesG. Das Gleichheitsgebot (Art. 3 Abs. 1 GG) sowie die Anforderungen der RL 2000/78/EG sind durch diese Unterscheidung nicht verletzt. Die Ehe steht gem. Art. 6 Abs. 1 GG unter besonderem Schutz.“¹⁵

Das Bundesverfassungsgericht hat die gegen diese Entscheidung erhobene Verfassungsbeschwerde mit Beschluss vom 20. September 2007 (Aktenzeichen: 2 BvR 855/06) nicht zur Entscheidung angenommen. Es führt aus:

„Die Begünstigung verheirateter Beamter findet ihre Rechtfertigung [...] in Art. 6 Abs. 1 GG. Dieser Verfassungssatz stellt die Ehe als Vereinigung eines Mannes und einer

¹⁴ Urteil vom 02. Juli 2008, Aktenzeichen: 7 Sa 250/08.

¹⁵ Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 26. Januar 2006, Aktenzeichen: 2 C 43/04.

Frau zu einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft [...] unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung; er enthält neben dem Grundrecht als Abwehrrecht im klassischen Sinne eine Institutsgarantie für die Ehe und verpflichtet als wertentscheidende Grundsatznorm den Staat, die Ehe zu schützen und zu fördern.“

Wer hinter dieser Begründung ein altbackenes Konzept der klassischen Hausfrauenehe vermutet, hat vermutlich Recht. Ganz sicher ist jedoch, dass der Streit eher in Luxemburg als in Karlsruhe oder Berlin hätte entschieden werden müssen: Weder das Bundesverwaltungsgericht noch das Bundesverfassungsgericht haben den Rechtsstreit dem Europäischen Gerichtshof vorgelegt, obwohl Vieles dafür spricht, dass damit die Vorlagepflicht der deutschen Gerichte aus Artikel 234 des EG-Vertrages verletzt wird. Stattdessen hat das Bundesverfassungsgericht sich selbst für befugt angesehen, die Richtlinie 2000/78/EG auszulegen, und es hat damit das grundsätzliche Auslegungsmonopol des Europäischen Gerichtshofes beiseite geschoben.

Dies muss aber nicht das letzte Wort sein, denn jedes Gericht – also auch jedes erstinstanzliche Gericht – kann ein so genannten Vorabentscheidungsverfahren nach Artikel 234 EG-Vertrag direkt nach Luxemburg schicken und damit das Bundesverfassungsgericht und seine Rechtsprechung umgehen. Die Betroffenen können also nur hoffen, dass zukünftig eine direkte Vorlage nach Luxemburg zum EuGH kommt.

Diskriminierung wegen der Hautfarbe oder Herkunft (ethnische Diskriminierung)

Wie schon eingangs erwähnt, gibt es aus dem Bereich ethnischer Diskriminierung nur wenige Fälle, die die Gerichte erreicht haben. Vor allem in Bezug auf dieses Merkmal ist das AGG in den vergangenen drei Jahren also nur zögerlich aufgegriffen und genutzt worden.

Immerhin ist aber der erste Diskotheken-Fall erfolgreich abgeschlossen worden: Das Amtsgericht Oldenburg hat einem Kläger 500 Euro zugesprochen, weil ihm der Zugang zu einer Diskothek verweigert wurde (Urteil vom 23. Juli 2007, Aktenzeichen: E2 C2126/07). Wie häufig hatten der Türsteher und der Inhaber der Diskothek vor Gericht behauptet, die Abweisung habe nichts mit der ethnischen Herkunft des Klägers zu tun. Das Gericht hat dies aber nach der Vernehmung verschiedener Zeuginnen als Schutzbehauptung gewertet und der Klage stattgegeben.

Bemerkenswert an dem Fall ist noch, dass der Kläger aufgrund negativer Erfahrungen in der Vergangenheit nicht damit rechnete, dass er eingelassen wird, und in weiser Voraussicht in Begleitung von mehreren Personen erschien, die an der Uni Oldenburg als wissenschaftliche MitarbeiterInnen oder DozentInnen arbeiten und laut Urteil über die Vorkommnisse in wissenschaftlichen Veröffentlichungen berichten wollten. Das Gericht hat sich hieran zunächst nicht gestört und ein derartiges „Testverhalten“ ausdrücklich gebilligt. Allerdings hat es gleichzeitig die Entschädigungssumme aus eben diesem Grunde halbiert. Das Gericht meinte, weil der Betroffene mit einer Ablehnung gerechnet habe, sei die Verletzung des Persönlichkeitsrechts weniger gravierend.

Dies widerspricht eindeutig der dem AGG zugrunde liegenden Richtlinie, nach der Sanktionen *abschreckend* wirken müssen (Artikel 15 der Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/43/EG). Dann darf es dem Betroffenen aber nicht zum Nachteil gereichen, dass er sich effektiv gegen zumeist schwer nachweisbare Diskriminierungen wehrt, indem er sich auf die Ablehnung und ein nachfolgendes Gerichtsverfahren vorbereitet. Das Amtsgericht hat die Berufung zugelassen; über deren Ausgang ist noch nichts bekannt.

Auch in einem weiteren Fall einer ethnischen Diskriminierung, diesmal aus dem Bereich des Arbeitsrechts, ging das Verfahren für eine Klägerin positiv aus: Das Arbeitsgericht Berlin hat ihr einen Entschädigungsanspruch in Höhe von 3.900 Euro zugesprochen, weil sie sich auf einen Arbeitsplatz beworben hatte und eine frühzeitige Absage erhielt, weil sie „keine deutsche Muttersprachlerin“ sei (Urteil vom 11. Februar 2009, Aktenzeichen: 55 Ca 16952/08). Das Gericht sah hierin eine Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft:

„Jeder Mensch, dessen Muttersprache eine andere ist als die deutsche, vermag sich perfekte Kenntnisse in deutscher Schrift und deutscher Sprache anzueignen, werden ihm die dazu notwendigen Bildungschancen eröffnet.“

Das Kriterium der deutschen Muttersprache war demnach nach der zutreffenden Meinung des Gerichts absolut ungeeignet, um eine Bewerberin auszuschließen, nur weil die Stelle perfekte Deutschkenntnisse verlangte.

Um Sprachkenntnisse ging es auch in einem vom Landesarbeitsgericht Hamm entschiedenen Fall (Urteil vom 17. Juli 2008, Aktenzeichen: 16 Sa 544/08). Dort hatte der Arbeitgeber, ein Automobil-Zuliefererbetrieb, die Stellenbeschreibung für die Stelle eines seit fast dreißig Jahren im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmers geändert und verlangte nunmehr bessere Deutschkenntnisse. Weil der Arbeitnehmer nicht in der Lage gewesen sei, die Arbeits- und Prüfanweisungen zu lesen und zu verstehen, wurde ihm gekündigt.

Das Gericht sah darin eine mittelbare Benachteiligung, weil für die konkrete Tätigkeit des Arbeitnehmers ein höheres Sprachniveau nicht erforderlich sei und er in den vergangenen fast dreißig Jahren auch ohne Beanstandung gearbeitet hatte. Falls der Arbeitnehmer nach einer Umstellung der Arbeitsabläufe bestimmte Teilaufgaben wegen der fehlenden Sprachkenntnisse nicht erledigen könne, müsse der Arbeitgeber die Abläufe entsprechend umorganisieren: „Damit erweist sich die unternehmerische Entscheidung der Beklagten, das Anforderungsprofil an den Arbeitsplatz des Klägers so zu definieren, dass die schriftliche Beherrschung der deutschen Sprache erforderlich ist, als unzulässig.“

Ebenfalls um die Sprache ging es in einem weiteren Fall, der vom Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg entschieden wurde (Entscheidung vom 16.10.2007, Aktenzeichen: 7 Ta 1977/07). Die Klägerin hatte ihre Arbeitgeberin auf Entschädigung nach dem AGG verklagt und Prozesskostenhilfe beantragt. In einem solchen Fall prüft das Gericht, ob die Klage eine gewisse Aussicht auf Erfolg hat, was das Gericht hier mit Bezug auf die Höhe der geforderten Entschädigungssumme verneinte. Es ging darum, dass die beklagte Ärztin, die eine Arztpraxis betreibt und dort die Klägerin sowie deren Schwester als Arzthelferinnen sowie zusätzlich noch eine deutsche Auszubildende beschäftigt, die Klägerin mehrmals mündlich aufgefordert hatte, in der Praxis Deutsch zu sprechen. Schließlich erfolgte eine schriftliche Anweisung, die lautete:

„Während der Arbeitszeit darf zwischen den Angestellten nicht türkisch gesprochen werden, um eine Ausgrenzung der deutschen Kollegen zu verhindern und die Kommunikation innerhalb des Praxisteam zu verbessern. Mit Patienten sollte ebenfalls möglichst deutsch gesprochen werden, nur bei Patienten, die kein deutsch verstehen, ist die Verwendung der türkischen Sprache angezeigt.“

Die Klägerin wollte deswegen eine Entschädigungssumme von 10.000 Euro. Das Gericht folgte dem nicht und meinte (in Übereinstimmung mit dem erstinstanzlichen Gericht), dass ein Anspruch höchstens in Höhe eines Monatslohns, d.h. in Höhe von 1.620 Euro bestehen könne. Deswegen wurde die Prozesskostenhilfe auch nur in dieser Höhe gewährt. Der tatsächliche Ausgang des Prozesses ist ungewiss, weil über die Klage ja erst noch endgültig entschieden werden muss. Einige Passagen der Entscheidung sind aber deswegen interessant, weil an ihnen die Tendenz des Gerichts abgelesen werden kann. So meint das Gericht:

„Im Übrigen handelt es sich schon um ein Gebot der Höflichkeit, in Anwesenheit von Kollegen und des Arbeitgebers sich derjenigen Sprache zu bedienen, die alle Anwe-

senden verstehen und sprechen können. Dies gilt in besonderem Maße in einem kleinen Betrieb wie der Praxis der Beklagten.“

Mit dieser Begründung unterstreicht das Gericht nicht nur seine Ansicht, dass eine Entschädigung keinesfalls höher als einen Monatslohn betragen könne, sondern lässt deutliche Zweifel erkennen, ob überhaupt ein Anspruch besteht.

Auch diese Entscheidung stützt also die eingangs aufgestellte These, dass die von den Gegnern des AGG an die Wand gemalten obszönen Entschädigungssummen sich als heiße Luft erwiesen haben, weil die Gerichte nur sehr zögerlich mit Entschädigungen umgehen.

Schließlich ist noch ein Fall aus dem Bereich der Wohnungsvermietung vor Gericht gelandet – auch dort sehen sich die von Diskriminierung Betroffenen wie in dem eingangs geschilderten Diskotheken-Fall regelmäßig großen Beweisschwierigkeiten gegenüber. Ein unlängst ergangenes Urteil des Landgerichts Aachen stellt aber noch weitere Hürden auf: es macht selbst in einem besonders krassen Fall der Diskriminierung eine Klageerhebung praktisch unmöglich. Die Kläger in diesem Fall machten geltend, ihnen sei eine Besichtigung und Anmietung einer Wohnung aufgrund ihrer Hautfarbe und afrikanischen Herkunft verweigert worden. Danach hat die Hausmeisterin des Mietshauses unmittelbar nach dem Öffnen der Tür, beim Anblick der afrikanischen Familie, erklärt: „Die Wohnung wird nicht an Neger, äh...Schwarzafrikaner und Türken vermietet.“ Auf Nachfrage der Kläger hat die Hausmeisterin erwidert, dies sei eine Anweisung der Hausverwaltung (LG Aachen, Urteil vom 17. März 2009, 8 O 449/07).

Ein solches Verhalten ist nicht nur strafrechtlich relevant, es stellt natürlich einen glasklaren Fall einer unmittelbaren Diskriminierung dar. Die Familie verklagte die Hausverwaltung, doch das Landgericht Aachen wies die Klage ab: Nicht die Hausverwaltung habe sich entschädigungspflichtig gemacht, sondern der Wohnungseigentümer, in dessen Auftrag die Verwaltung handelte. Schon diese Begründung ist juristisch kaum haltbar, doch es kam noch schlimmer: Die Hausverwaltung, so das Gericht, könne auch nicht dazu gezwungen werden, Namen und Anschrift des Vermieters preiszugeben. Damit stand die Familie mit leeren Händen dar, denn sie wusste nicht, um welche Wohnung es ging, und damit war auch nicht klar, wen von den einzelnen Wohnungseigentümern des Hauses sie hätte verklagen sollen, oder wo diese Person wohnt. Die Entscheidung ist schwerlich mit der gesetzlich in §§ 21, 19 AGG festgeschriebenen Systematik vereinbar – das Gesetz geht sehr wohl davon aus, dass auch ein Vermittler wie die Hausverwaltung für Diskriminierungen gerade stehen muss. Auf jeden Fall aber hätte sie verpflichtet werden müssen, Namen und Anschrift des Vermieters bekannt

zu geben.¹⁶ Die anders lautende Entscheidung des LG Aachen lässt den Diskriminierungsschutz völlig ins Leere laufen, was den Zielsetzungen des AGG wie auch der europäischen Gleichbehandlungsrichtlinie diametral entgegentläuft und damit den europarechtlichen Vorgaben nicht gerecht wird.

Das Oberlandesgericht Köln hat inzwischen über die Berufung entschieden. Es hat das Urteil des Landgerichts in vollem Umfang aufgehoben und den Klägern jeweils 2.500 Euro, also insgesamt 5.000 Euro Schmerzensgeld zugesprochen. Es stützt sich hierbei allerdings nicht auf das AGG, sondern auf allgemeine zivilrechtliche Grundsätze, wie sie im Bürgerlichen Gesetzbuch, und im Verfassungsrecht entwickelt worden sind: Das OLG macht unmissverständlich klar, dass die Kläger in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt worden sind. Auch ohne das AGG hätte das Landgericht also in jedem Fall der Klage stattgeben müssen.

Der Fall offenbart eine weitere systematische Schwäche des Diskriminierungsschutzes durch das AGG: Die betroffene Familie hätte möglicherweise aufgegeben und den Fall nicht weiterverfolgt, wenn sie nicht von einem Antidiskriminierungsbüro unterstützt worden wäre - und damit wäre eine Korrektur dieser fehlgeleiteten Rechtsprechung in absehbarer Zeit vereitelt worden. Die gesellschaftliche Funktion des AGG, Diskriminierungen zu verhindern, droht untergraben zu werden. Dies ist ein generelles Problem: Von Diskriminierungen Betroffene stehen meist allein da, weil es kein Klagerecht von Antidiskriminierungsstellen oder anderen Organisationen gibt und damit das Risiko, einen Prozess zu verlieren, häufig von ihnen allein geschultert werden muss. Nur Rechtsschutzversicherungen, die dieses Risiko auch abdecken, und das Institut der Prozesskostenhilfe können das Risiko, einen kostenträchtigen Prozess zu verlieren, nachhaltig verringern.

Auch die Nichtregierungsorganisationen in der Bundesrepublik, die bislang den Diskriminierungsschutz mehr als eine Art soziale Aufgabe verstanden haben und dem Recht kritisch gegenüber standen, haben die Umsetzung des AGG noch nicht entscheidend vorantreiben können. Ihnen sind personelle und institutionelle Grenzen gesetzt, die sie nicht ohne Unterstützung überwinden können. Darüber hinaus können weder NGOs noch die Antidiskriminierungsstelle eine Prozessvertretung übernehmen; das AGG sieht in § 23 AGG lediglich eine Beistandsfunktion der Verbände vor. Nur die Gewerkschaften können über ihr arbeitsrechtliches Rechtsschutzsystem ein wenig Abhilfe schaffen und ggf. Musterverfahren auswählen

¹⁶ Auch in der juristischen Fachliteratur gab es deutliche Urteilsschelte: Kai Warnecke, Anspruchsgegner eines Schadensersatzes nach dem AGG, jurisPortal Recht-MietR 12/2009 Anm. 4.; Peter Derleder, Gleichbehandlung im Abseits des Wohnungsmarktes, Neue Zeitschrift für Mietrecht 2009, 310-312.

und unterstützen.¹⁷ Gelegentlich werden auch Antidiskriminierungsbüros tätig, wie das Beispiel im obigen Fall zeigt. Dort wurden das Gleichbehandlungsbüro Aachen und die Stiftung „Leben ohne Rassismus“ aktiv. Längerfristig besteht die Hoffnung, dass sich genügend NGOs bilden, die ähnliche Funktionen wie die Gewerkschaften auch außerhalb des Arbeitsrechts übernehmen. Diese Arbeit befindet sich aber noch im Aufbau. Das Ergebnis ist, dass die Betroffenen nach wie vor zumeist auf sich selbst gestellt sind, einschließlich des Kostenrisikos, und dies bewirkt, dass insbesondere auch Fälle struktureller Diskriminierung derzeit noch aus dem Blickfeld des Diskriminierungsschutzes verschwinden.

Prozessuale Hürden und andere Hindernisse

Die Schwächen des AGG liegen nicht nur in der mangelnden Unterstützung Betroffener bei der Durchsetzung ihrer Ansprüche. Das AGG stellt auch einige zusätzliche Hürden auf, die die seine Effektivität mindern. Insbesondere die Zweimonatsfrist für die Geltendmachung der Ansprüche ist im Vergleich zu anderen Fristen (zum Beispiel der Gewährleistungsfrist beim Warenkauf: sechs Monate!) sehr kurz bemessen.

Außerdem definiert das Gesetz nicht, was unter Geltendmachung zu verstehen ist, was für weitere Verwirrung sorgt. Generell sollte ein Anspruch schriftlich und nachweisbar (d.h. unter Zeugen eingeworfen, oder per Einschreiben) geltend gemacht werden. Schließlich definiert das Gesetz auch nicht, was Geltendmachung bedeutet, wenn es um mehrfache oder andauernde Vorkommnisse geht.

So hat zum Beispiel das Landesarbeitsgericht Düsseldorf angenommen, dass ausländerfeindliche Toilettenschmierereien, die erst nach einem Jahr oder länger beseitigt wurden, sofort im Wege der Geltendmachung hätten angegriffen werden mussten: „Die Zweimonatsfrist beginnt zu dem Zeitpunkt, in dem der Beschäftigte von der Benachteiligung Kenntnis erlangt.“ Die Arbeiter, die wegen der Belästigung (§ 3 Absatz 3 AGG) geklagt hatten, gingen leer aus (Urteil vom 18. Juni 2008, AZ 7 Sa 383/08). Mittlerweile ist wegen der Zweimonatsfrist ein Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof anhängig.

Das Landesarbeitsgericht Hamburg vertritt dabei die gut begründete Ansicht, dass die kurze Frist gegen das europäische Recht verstößt und die effektive Durchsetzung der EG-

¹⁷ Längerfristig besteht die Hoffnung, dass sich NGOs bilden, die ähnliche Funktionen auch außerhalb des Arbeitsrechts übernehmen. In Berlin ist unlängst das Büro zur Umsetzung von Gleichbehandlung (BUG e.V.) gegründet worden, das sich insbesondere zur Aufgabe gestellt hat, Betroffene bei der Durchführung von Musterverfahren zu unterstützen (Kontakt: Vera Egenberger, info.bug@gmx.de).

Richtlinien zur Gleichbehandlung in unzulässiger Weise behindert (Urteil vom 03. Juni 2009, AZ 5 Sa 3/09).

Eine weitere Durchsetzungshürde haben die AGG-Gegner errichtet. Schon seit Inkrafttreten des AGG machte die Rede von „AGG-Hoppern“ die Runde. In der hysterischen Atmosphäre, in der die Gesetzesberatung stattgefunden hatte, war von Wirtschaftsverbänden und findigen Anwaltskanzleien die Figur des „AGG-Hoppers“ erfunden worden, um bei den Gerichten eine skeptische Einstellung zu AGG-Klagen zu befördern. Von Rechtsmissbrauch war die Rede, und einige Gerichtsentscheidungen haben diese Argumentation nur zu gern aufgegriffen, um Klagen abzuweisen. Die Anwaltskanzlei GleissLutz hat nicht nur ein AGG-Archiv aufgebaut, sie ging sogar so weit, eine „AGG-Hopper-Kartei“ einzurichten und diese auf Anfrage durch das Internet zugänglich zu machen. Über die massiven datenschutzrechtlichen Bedenken setzte sich die Kanzlei, die es eigentlich hätte besser wissen müssen, souverän hinweg. Mittlerweile ist ihr aber wohl die Angelegenheit zu heiß geworden; seit dem 15. August 2009 ist das „Archiv“ geschlossen.

Natürlich gibt es auch vereinzelt Personen, die auffällig viele Bewerbungen losgesandt und massenhaft Klagen erhoben haben, um vom AGG zu profitieren. Dies ist in der Gerichtspraxis nichts Besonderes und kommt auch in anderen Rechtsgebieten vor. Die Gerichte sind in der Regel erfahren genug, um solche Sachverhalte zu erkennen. Mit ihrer überzogenen Kampagne gegen das AGG ist es Anwaltskanzleien und Interessenverbänden der Wirtschaft allerdings gelungen, AGG-Kläger generell in Misskredit zu bringen. Für die Kanzleien hat sich diese Strategie allein schon deswegen gelohnt, weil sie den Unternehmen sündhaft teure Beratungen und Lehrgänge verkaufen konnten. Sie und die Personalberatungsgesellschaften sind damit zu den eigentlichen Profiteuren der von ihnen selbst geschürten AGG-Hysterie geworden.

Lücken im Schutz vor Diskriminierung

Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes

Woran liegt es, dass das Gesetz bislang nur eingeschränkt und vor allem im Bereich ethnischer Diskriminierung kaum aktiviert wird? Nicht zuletzt könnte es daran liegen, dass die jetzige Bundesregierung die AGG-Arbeit nicht aktiv – und erst recht nicht proaktiv – betreibt. Sie hat es insbesondere unterlassen, innerhalb der Bundesverwaltung entsprechende Aktivitäten anzustoßen. Es gibt zum Beispiel keine mit der *Equality and Human Rights Commis-*

on in Großbritannien vergleichbare Einrichtung, die sich schwerpunktmäßig mit Diskriminierungen vor allem institutioneller und mittelbarer Art befasst, empirische Daten sammelt und auswertet und für eine entsprechende Vertretung der Interessen Betroffener – auch in Gerichtsverfahren – sorgt. Die Bundesregierung hat sich vielmehr damit begnügt, eine Minimallösung zu wählen und eine Antidiskriminierungsstelle des Bundes einzurichten, die die Betroffenen lediglich über die Möglichkeiten des rechtlichen Vorgehens informieren und eine „gütliche Beilegung“ vermitteln kann (vgl. § 27 Abs. 2 AGG), aber zur gerichtlichen Durchsetzung von Rechten keinerlei Mandat hat.

Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes hat auch drei Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes noch kein besonderes öffentliches Profil entwickelt. Die Leitung der neu errichteten Stelle hat sich zuallererst (bislang vergeblich) darum bemüht, ein „Bündnis mit der Wirtschaft“¹⁸ einzugehen. Eine solche Aufgabenbeschreibung sucht man freilich in § 27 AGG vergebens. Moderne Governance-Maßnahmen, wie etwa die Durchführung von Implementationsforschung oder eine Befragung betroffener Kreise über Anwendungsprobleme und Reformansätze, wie sie zum Beispiel in Großbritannien schon längst Standard sind,¹⁹ liegen dagegen bislang nicht vor und sind wohl auch nicht vorgesehen.

Auch der Internetauftritt ist nicht sehr umfangreich; eine Einführungsbroschüre zum AGG wird unter der Rubrik „Service“ versteckt. Die bereit gestellten Informationen sind eher kurssorisch und zum Teil sogar juristisch zweifelhaft, weil sie das AGG ohne hinreichende Begründung einschränkend interpretieren. So heißt es zu der Frage, ob das AGG auch in der Schule und im Schulrecht Anwendung findet, dass das AGG nur für Unterrichtsverträge mit *privaten* Anbietern gelte. Inwieweit diese sehr restriktive Auslegung des AGG mit § 2 Abs. 1 Nr. 7 AGG vereinbar ist, der den Bereich der Bildung ausdrücklich dem Benachteiligungsverbot der §§ 1 und 2 AGG unterwirft, erläutert die Stelle ebenso wenig wie die Frage, ob dann wenigstens die Richtlinie 2000/43/EG diesen Bereich erfasst, so dass von einer unmittelbaren Anwendung der Richtlinienvorschriften ausgegangen werden kann. Die Richtlinie kennt keine künstliche Trennung zwischen „öffentlicher“ oder „privater“ Bildung (vgl. Art. 2 Abs. 2 Buchstabe g der RiL 2000/43/EG).

¹⁸ Auf der [Internetseite](#) heißt es: „Das Bündnis mit der Wirtschaft ist das zentrale und übergreifende Anliegen der Antidiskriminierungsstelle des Bundes.“ Vor allem wegen dieser einseitigen Ausrichtung wächst derzeit in der politischen Öffentlichkeit die Kritik an der Stelle und ihrer Leitung. Die Antwort der Bundesregierung auf eine parlamentarische Anfrage der Grünen (BT-Drs. 16/12488) hatte sogar Rücktrittsforderungen zur Folge, vgl. [Migazin](#).

¹⁹ Vgl. die Bemühungen des [Government Equalities Office](#) und der [Equality and Human Rights Commission](#) um eine umfassende Anhörungs- und Beratungskultur zur neuen Equalities Bill, die den Race Relations Act von 1976 und weitere Rechtsvorschriften ablöst bzw. ergänzt. Die Anhörungspraxis im Vereinigten Königreich begnügt sich nicht mit einer Verbandsanhörung in Ausschüssen, sondern wird durch umfangreiche Arbeitspapiere und Fragebögen langfristig und sorgfältig vorbereitet. Sie ist damit Ausdruck einer veränderten, aktiven Anhörungskultur, die breiter und tiefer ansetzt als die gegenwärtige Anhörungskultur der Bundesregierung und des Bundestages. Außerdem kommt hier ein gesellschaftliches Grundverständnis zum Ausdruck, das die umfassende Bekämpfung von Diskriminierungen als Selbstverständlichkeit ansieht.

Die Tendenz der Antidiskriminierungsstelle, das AGG sogar in ihrer Beratungstätigkeit sehr restriktiv oder sogar nicht richtlinienkonform auszulegen, verstärkt den Eindruck, dass die Stärkung der Rechte der von Diskriminierungen Betroffenen eher nicht im Vordergrund ihrer Arbeit steht. Immerhin wurde im April 2009 eine erste empirische Studie vorgelegt, die sich freilich nur sehr pauschal mit der „Wahrnehmung von Diskriminierung und Antidiskriminierungspolitik in unserer Gesellschaft“ beschäftigt, aber nicht mit dem Antidiskriminierungsrecht und seine Umsetzung.²⁰

Inhaltliche Lücken: Das Beispiel des diskriminierenden Generalverdachts (racial profiling)

Die größte inhaltliche Lücke weist das AGG mit Bezug auf Diskriminierungen durch die öffentliche Gewalt auf. Damit sind alle möglichen Arten von Handlungen gemeint: von der verweigerten Baugenehmigung bis zur verweigerten Ausnahmegenehmigung zum Schächten, von der Gewährung von öffentlichen Leistungen bis zur diskriminierenden Personenkontrolle. Das AGG ist in diesen Bereichen nicht anwendbar: Nach der Legaldefinition in § 2 Abs. 1 Ziff. 5-8 AGG werden nur diejenigen Bereiche der Ausübung öffentlicher Gewalt erfasst, die dem Sozialrecht und Sozialversicherungsrecht, dem Bildungsbereich und der Infrastrukturvorsorge zuzuordnen sind. Damit hat sich an der vor dem AGG geltenden Rechtslage hinsichtlich der Diskriminierung bei der Ausübung öffentlicher Gewalt für die übrigen Bereiche des öffentlichen Rechts nichts geändert. Hier bleibt nur die verfassungsrechtliche Vorschrift des Artikel 3 Abs. 3 S. 1 GG als Richtschnur, die freilich in der Praxis zumeist irrelevant geblieben ist, wenn man einmal von der Diskriminierung wegen des Geschlechts absieht.²¹

Die rechtlichen Kardinalfragen, die sich bei der Anwendung der Vorschrift regelmäßig stellen, sind nirgendwo ausdrücklich geregelt: Erfasst Art. 3 Abs. 3 GG auch indirekte oder mittelbare Diskriminierung in Bezug auf alle Merkmale, oder nur im Hinblick auf das Geschlecht?²² Sind

²⁰ Die Studie wurde unter dem Titel „Diskriminierung im Alltag – Wahrnehmung von Diskriminierung und Antidiskriminierungspolitik in unserer Gesellschaft“ (Baden-Baden 2009) veröffentlicht und ist auf der Webseite der Stelle (siehe oben FN 12) als PDF-Datei erhältlich. Sie wurde vom Sinus-Marktforschungsinstitut (jetzt: „Sinus Sociovision“) erstellt, das sich selbst als „Trend- und Millieuforscher“ versteht. Der methodische Ansatz ist in seiner Allgemeinheit kaum zu überbieten: Ziel war es, „einen empirisch gesicherten Überblick über das thematische Feld Diskriminierung und Diskriminierungsschutz aus Sicht der Bevölkerung zu gewinnen“. Diese Befindlichkeitsforschung findet dann ihren Höhepunkt in dem abschließenden Resumé: „Das Dilemma einer fortschrittlichen Antidiskriminierungspolitik ist weniger die Akzeptanz der dahinterstehenden sozialen Normen und Werte als die Durchsetzung ganz praktischer Antidiskriminierungsmaßnahmen im Alltag. Dafür bräuchte es ein motiviertes Unterstützungspotenzial in der Bevölkerung, bei dem Themen-Involvement und Engagement sich mit einem breiten Wahrnehmungsfokus und einer gesellschaftlichen Problemattributions verbinden. Die Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung zeigen, dass es in der deutschen Bevölkerung derzeit kein relevantes Potenzial dafür gibt.“

²¹ Das BVerfG hat in jüngster Zeit mehrfach auf Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG abgestellt, wenn es um die unterschiedliche Behandlung von Männern und Frauen ging: BVerfGE 114, 357-371 vom 25. 10. 2005 (Bleiberecht für Kinder von Nichtdeutschen); BVerfG NJW 2009, 661-663 vom 07. 11. 2008 (Telefongespräche und Kosmetika für männliche Häftlinge).

²² Die Kammerentscheidung 2 BvR 424/03 vom 02.04.2003 billigt in einem lapidaren Satz „die Einbindung des Beschwerdeführers in die Gruppe der Russlanddeutschen als prognostisch ungünstigen Faktor“ bei der Prognose

auch „opferlose“ Diskriminierungen, wie im Fall *Feryn*, nach Art. 3 Abs. 3 GG untersagt? Welche Maßstäbe sind an den prozessualen Nachweis von Diskriminierungen zu stellen, und gibt es eine Beweiserleichterung? Diese und viele weitere Fragen werden zwar vom AGG in einem eng umgrenzten Bereich erfasst, aber das weite Feld der Ausübung öffentlicher Gewalt bleibt unberührt.

Die Relevanz eines solchen Dunkelfeldes zeigt sich an der Problematik der anlass- und verdachtsunabhängigen Personenkontrollen,²³ die, wenn sie sich an Hautfarbe oder Aussehen orientieren, auch als *ethnic* oder *racial profiling* bezeichnet werden, also als Anwendung ethnischer Generalverdachtsprofile. Während im europäischen Kontext die rechtliche Verarbeitung dieser Problematik noch weitgehend aussteht, ist in den USA²⁴ mittlerweile längst ein Konsens darüber entstanden, dass *ethnic profiling* ein unzulässiges Mittel bei der Durchführung von Personenkontrollen ist.

In der Bundesrepublik ist die Zulässigkeit solcher Kontrollen noch ungeklärt. Die Betroffenen nehmen die Kontrollen als Normalität hin. Mittlerweile ist allerdings Bewegung in diesen Zustand gekommen: Der Menschenrechtsausschuss der Vereinten Nationen hat in diesem Jahr die Praxis des *ethnic profiling* für menschenrechtswidrig erklärt. Der dieser Entscheidung zugrunde liegende Fall spielt in Spanien:

Die spanische Staatsangehörige Rosalind Williams-Lecraft kam am 06. Dezember 1992 mit ihrem Ehemann und dem gemeinsamen Kind an der Bahnstation von Valladolid an und wurde dort von einem Beamten der Policía Nacional aufgefordert, sich auszuweisen. Auf die Nachfrage, warum nur Frau Williams-Lecraft sich ausweisen müsse, nicht aber ihr – offenbar hellhäutigerer – Ehemann oder ihr Kind, sagte der Beamte, es gebe eine Anweisung des Innenministeriums, Personen „wie sie“ zu kontrollieren, also „Personen, die sich wegen ihrer Erscheinung illegal im Land aufhalten könnten“. Die Rechtsmittel, die die Betroffene gegen diese nicht nur aus ihrer Sicht recht eindeutige Diskriminierung wegen der Hautfarbe eingelegt hat, blieben alle ohne Erfolg: Das erstinstanzliche Gericht und das Berufungsgericht wiesen die Klage ab.

seentscheidung über die Strafaussetzung zur Bewährung: „Dies beruht auf tatsächlichen Erfahrungen und enthält keine Diskriminierung im Sinne von Art. 3 Abs. 3 GG“. Mit Blick auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH und der EGMR dürfte diese robuste Einstellung kaum zu halten sein.

²³ Zu der Problematik vgl. Martin Herrnkind, Personenkontrollen und Schleierfahndung, Kritische Justiz 2000, S. 188-208; ders., "Schleierfahndung": Der Polizeiverdacht als institutionalisierte Diskriminierung, in: Humanistische Union (Hg.), Innere Sicherheit als Gefahr, 2003, S. 251-267.

²⁴ Zu den Hintergründen der Diskussion und der großen Bandbreite an Fällen vgl. Brandon Garrett, Standing While Black: Distinguishing *Lyons* in the Racial Profiling Cases, 100 Columbia Law Review (2000), S. 1815-1846 sowie den Aufsatz von Samuel L. Gross & Debra Livingston, Racial Profiling Under Attack, 102 Columbia Law Review (2002), S. 1413-1438, der die Frage thematisiert, welche Auswirkungen der 11. September auf den bis zu diesem Datum erreichten gesellschaftlichen Konsens über die Rechtswidrigkeit von *racial profiling* hat. Ihre Schlussfolgerung lautet: "[I]t is appropriate and important that racial profiling keeps its ugly name", ebenda, S. 1438.

Das spanische Verfassungsgericht (Tribunal Constitucional de España) entschied ebenfalls gegen Frau Williams-Lecraft. In seiner Entscheidung im Jahre 2001 stellte es fest, dass keine ethnische Diskriminierung nach Art. 14 der spanischen Verfassung (der dem bundesdeutschen Art. 3 Abs. 3 GG entspricht) vorliege. Nach Ansicht des Verfassungsgerichts sei aus den Umständen des Falles nicht ersichtlich, dass der Beamte aus rassistischen Motiven gehandelt habe, und es sei nicht irrational, wenn generell vermutet werde, dass an einem Ort, an dem viele Reisende um- oder ausstiegen, bei einer gezielten Personenkontrolle eine höhere Wahrscheinlichkeit bestehe, sich illegal im Lande aufhaltende Personen anzutreffen. Bestimmte physische oder ethnische Charakteristika könnten bei verdachtsunabhängigen Polizeikontrollen als rationale Kriterien für die Bestimmung einer nicht-nationalen Herkunft der Person, die solche Charakteristika auf sich vereine, berücksichtigt werden. Die hierbei erlittenen Unannehmlichkeiten seien auch eher marginal ([Tribunal Constitucional de España, STC 13/2001 vom 29. Januar 2001, unter II.9](#)).

Das Sondervotum des Richters Julio Diego González Campo kommt dagegen mit deutlichen Worten zu dem Schluss, dass die Entscheidung des Verfassungsgerichts mit dem Diskriminierungsverbot des Artikel 14 CE nicht vereinbar sei und die Praxis, die Hautfarbe als Selektionskriterium für Kontrollen zu verwenden, auch gegen die Menschenwürde verstoße, weil sie einen Generalverdacht gegen diejenigen richtet, die eine dunkle Hautfarbe haben. Schließlich ignoriere das Gericht die Tatsache, dass Spanien ebenso wie viele andere europäische Länder inzwischen eine „sociedad multirracial“ sei, also eine vielfältige Republik. Mit der Billigung eines auf die Hautfarbe bezogenen Verdachtsprofils werde auch die Integration der spanischen Gesellschaft gefährdet (Sondervotum des Richters González Campo, wie vor, unter Ziff. 6).

Mit Unterstützung der Frauenrechtsorganisation *Women's Link Worldwide*, *SOS Racismo* Madrid und der *Open Society Justice Initiative* hat sich Frau Williams-Lecraft mit einer Beschwerde an den Menschenrechtsausschuss der UN Ausschuss gewandt.²⁵ Die spanische Regierung hat in ihrer Stellungnahme die Gerichtsentscheidungen wie auch die polizeiliche Praxis verteidigt.²⁶

Der Ausschuss hat mittlerweile entschieden. Der englische Originaltext der Entscheidung ist bereits als [PDF](#) erhältlich. In einer am 27. Juli 2009 beschlossenen Stellungnahme stellt der Ausschuss fest, dass Spanien Artikel 26 des Internationalen Übereinkommens über bürgerliche und politische Rechte verletzt hat:

²⁵ Vgl. die Pressemitteilung der Organisation Women's Link Worldwide, [„The Spanish Government defends the use of racist criteria in police identity stops“](#).

²⁶ Spanisches Ministerio de Justicia, Stellungnahme vom 02. März 2007. Der Text ist auf [der Webseite](#) abrufbar.

„The physical or ethnic characteristics of the persons targeted should not be considered as indicative of their possibly illegal situation in the country. Nor should identity checks be carried out so that only people with certain physical characteristics or ethnic backgrounds are targeted. This would not only adversely affect the dignity of those affected, but also contribute to the spread of xenophobic attitudes among the general population; it would also be inconsistent with an effective policy to combat racial discrimination.”

Während also Personenkontrollen grundsätzlich unbedenklich sind, verletzt die Verwendung von Kriterien wie der Hautfarbe oder der ethnischen Herkunft die Menschenwürde der Betroffenen, und diese Praxis fördert auch fremdenfeindliche Haltungen in der Bevölkerung. Schließlich ist dies auch unvereinbar mit einer effektiven Antidiskriminierungspolitik.

Der Menschenrechtsausschuss der UN ist zwar ein wichtiges Organ, wenn es um die Interpretation der Menschenrechtspakte geht. Er ist aber kein Gericht, und er kann auch eine nationale Gerichtsentscheidung – wie im spanischen Fall – nicht aufheben. Trotzdem ist die Bundesrepublik nicht nur wegen der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes und der Bindung an die Menschenrechtspakte in der Pflicht, diskriminierende Kontrollpraktiken einzustellen: Auch aus dem Menschenrechtskern der EU-Richtlinien zur Gleichbehandlung lässt sich ablesen, dass es sich um ein europaweit zu beachtendes Grundrecht auf Nichtdiskriminierung gibt, das auch vor diskriminierenden Kontrollen schützt. In gesetzlichen Vorschriften hat sich dies allerdings bislang nicht niedergeschlagen: Das AGG schweigt leider zu dieser Frage.

Die eingeübte Normalität der Diskriminierung und das AGG

Die Praxis des *ethnic profiling* ist keine spanische Besonderheit, sondern ist auch in anderen europäischen Ländern, und nicht zuletzt in der Bundesrepublik, weit verbreitet. Einer aktuellen Studie der *Open Society Justice Initiative* zufolge ist der Gebrauch von ethnischen Verdachtsprofilen in Europa die Normalität.²⁷ Für manche Teile der Bevölkerung ist sie sogar normaler Bestandteil einer Parallel-Realität: Während „typisch deutsch“ aussehende Personen nicht damit rechnen müssen, regelmäßig mit Ausweiskontrollen in Zügen oder U-

²⁷ [Open Society Justice Initiative, Ethnic Profiling in the European Union: Pervasive, Ineffective, and Discriminatory, New York 2009](#). Der 200 Seiten lange Bericht kommt zu dem Schluß, dass die gegenwärtigen Praktiken nicht nur eine Diskriminierung darstellen, sondern auch ineffektiv sind. In einem in Spanien durchgeführten Modellprojekt wurde gezeigt, dass Kontrollen nach individuellen Kriterien wirkungsvoller sind: “In 2007-2008, a pilot project undertaken by the Open Society Justice Initiative in collaboration with a municipal police force in Spain reduced the disproportionate rate at which minorities were stopped, while increasing police efficiency”, ebenda, S. 12.

Bahnen, auf Bahnhöfen oder städtischen Plätzen und Fußgängerzonen behelligt zu werden, scheint dies Berichten zufolge für diejenigen, die von den kontrollierenden Beamten als nicht „typisch deutsch“ angesehen werden, nicht zu gelten.²⁸

Diese Lage hat sich in den vergangenen Jahren sogar noch verschärft: So ist im Zuge der nach dem 11. September 2001 einsetzenden Maßnahmen zur Verhütung von terroristischen Anschlägen in der Bundesrepublik ein Datenabgleich („Rasterfahndung“) noch nie dagewesenen Ausmaßes durchgeführt worden, der letztlich vom Bundesverfassungsgericht unter Hinweis auf das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung für verfassungswidrig erklärt wurde (Urteil des Ersten Senats vom 04. April 2006, 1 BvR 518/02).

Der Bericht der *Open Society Justice Initiative* fordert mit Recht, dass die Nutzung ethnischer Verdachtsprofile auf europäischer und/oder nationaler Ebene untersagt wird.²⁹ Solange es dazu nicht kommt, sind die Betroffenen in der Bundesrepublik auf die grundgesetzlichen Vorschriften angewiesen, weil das AGG schweigt. Da bei polizeilichen Identitätskontrollen vor Ort das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nur dann berührt wird, wenn persönliche Daten erhoben und verarbeitet werden, fällt die Maßnahme der Kontrolle als solche vermutlich aus dem Anwendungsbereich heraus, so dass die Entscheidung des BVerfG zur Rasterfahndung nicht einschlägig sein dürfte. Außerdem geht es, wie der Richter González Campo in seiner abweichenden Meinung im Fall Williams-Lecraft und der Menschenrechtsausschuss der UN zutreffend herausgestellt haben, um die stigmatisierende Wirkung der Selektion selbst: Die Betroffenen werden symbolisch ausgebürgert, weil sie als „un-deutsch“ behandelt werden.

²⁸ Vgl. Matthias Proske, *Ethnische Diskriminierung durch die Polizei*, *Kriminologisches Journal* 1998, S. 162-188; ders./Frank-Olaf Radtke (Hrsg.): *Polizei und Diskriminierung. Studien zur Ungleichbehandlung und Pädagogisierung der Ungleichbehandlung von Migranten*. Frankfurt am Main (Eigendruck), 1996; Martin Herrnkind, „Schleierfahndung“, oben Fn. 23.

²⁹ Bericht der Open Society Justice Initiative, a.a.O., S. 13.

Ausblick

Nachdem sich der Staub der Schlacht um das AGG gelegt hat, bleibt eine nüchterne Bilanz: Das Gesetz hat bislang nur in Teilbereichen für nennenswerte Veränderungen gesorgt. Natürlich wird im Laufe der Zeit die Anzahl der Gerichtsentscheidungen zunehmen, es wird Grundsatzentscheidungen der obersten Bundesgerichte geben, und es wird weitere Fortschritte (und wohl auch manchen Rückschritt) geben.

Dennoch bleibt festzuhalten, dass das Gesetz ohne eine flankierende, umfassende Antidiskriminierungspolitik nur zäh umgesetzt werden wird. Nicht nur die Antidiskriminierungsstelle des Bundes muss aktiver werden, auch das Gesetz selbst sollte an einigen Schnittstellen verbessert werden (etwa bei der Frist zur Geltendmachung von Ansprüchen), und ein Klage-recht der Antidiskriminierungsverbände ist längst überfällig. Nicht zuletzt wird es aber auch an den Betroffenen selbst liegen, ob das AGG eine Erfolgsgeschichte wird: Sie und die sie unterstützenden Verbände müssen das Gesetz aktiv nutzen, um die vielfältige Republik, die Bunte Republik Deutschland, diskriminierungsfreier zu machen.

Aktualisiert im Februar 2010

***Dr. jur. Rainer Nickel** lehrt Verfassungs- und Europarecht an der Universität Frankfurt a.M. Er hat als Sachverständiger vor dem zuständigen Ausschuss des Bundestages zu dem AGG-Gesetzesentwurf Stellung genommen. Zum Thema Antidiskriminierung erschien von ihm zuletzt der Aufsatz "Komplexe Gleichheit: Ein neues Gleichheitskonzept für die vielfältige Republik", in: Redaktion Kritische Justiz (Hg.), Verfassungsrecht und gesellschaftliche Realität – Dokumentation: Kongress "60 Jahre Grundgesetz: Fundamente der Freiheit stärken" der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen am 13./14. März 2009 in Berlin, Kritische Justiz – Beiheft 1/2009, Baden-Baden: Nomos 2009, S. 159-174.*

Der Artikel ist zuerst erschienen im November 2009 auf der Website der Heinrich-Böll-Stiftung www.migration-boell.de unter der URL: http://www.migration-boell.de/web/diversity/48_2303.asp