Was bedeutet »Diskriminierung« nach neuem Recht?

Von Professor Dr. *Wolfgang Däubler,* Bremen

		Seite
I.	Einleitung	479
II.	Die unmittelbare Diskriminierung	480
	1. Benachteiligung	480
	a) Negatives Betroffensein	
	b) Vergleichsgröße	
	c) »Verpönte Merkmale« nach § 1 als Grund	
	2. Rechtfertigung	483
	3. Sonderfälle	485
	a) Unterbleiben angemessener Vorkehrungen zum Schutz Behinderter	
	b) Die verdeckte Diskriminierung	
III.	Die mittelbare Diskriminierung	486
	1. Ausgangsformulierung	486
	2. Voraussetzungen	486
	3. Tatbestandsausschlussgründe	488
IV.	Belästigung und sexuelle Belästigung	488
V.	Anweisung zu einer Diskriminierung	490
VI.	Diskriminierende Fernwirkungen von Rechtsnormen	491

I. Einleitung

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz vom 14. 8. 2006 (AGG)[1] definiert in seinem § 3 die erfassten Fälle von »Benachteiligung«. Neben der unmittelbaren (Abs. 1) und der mittelbaren Benachteiligung (Abs. 2) stehen die »Belästigung« (Abs. 3) und die »sexuelle Belästigung« (Abs. 4) sowie die Anweisung zu einer Benachteiligung (Abs. 5). Inhaltlich sind die gegebenen Begriffsbestimmungen weitgehend durch die auszuführenden Antidiskriminierungsrichtlinien der EG[2] vorgegeben, was auch die amtliche Begründung hervorhebt[3]. Abweichungen bestehen allerdings in der Terminologie. Anders als in den Richtlinien ist zunächst lediglich von »Benachteiligung« die Rede, die nur dann rechtswidrig ist und zu einer wirklichen »Diskriminierung« wird, wenn im Arbeitsrecht keiner der Rechtfertigungsgründe nach den §§ 8–10 des Entwurfs eingreift[4]. Im Folgenden soll beides zusammen betrachtet werden; Gegenstand sind die Formen wie auch die möglichen Rechtfertigungen einer Benachteiligung.

Das AGG bezieht sich ausschließlich auf die in seinem § 1 aufgezählten »verpönten« Merkmale (Rasse, ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Identität). Diese sind durch die Richtlinien und Art. 13 EG vorgegeben. Andere Rechtsordnungen gehen zum Teil weiter und beziehen beispiels-

1 BGBl. I, S. 1897.

2 Richtlinie 2000/43/EG (sog. Antirassismus-Richtline), Richtlinie 2000/78/EG (sog. Rahmenrichtlinie), Richtlinie 2002/73/EG (sog. Genderrichtlinie) und Richtlinie 2004/113/EG (sog. Genderrichtlinie Zivilrecht).

3 Erläuterung zu § 3, BR-Drucks. 320/06, S. 33.

4 Im Zivilrecht gilt die (großzügigere) Rechtfertigungsnorm des § 20.

weise auch das »körperliche Erscheinungsbild« mit ein[5]. Auch verbietet Art. 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention, bei der Ausübung der in ihr garantierten Rechte u. a. nach sozialer Herkunft, Vermögen und sonstigem Status zu unterscheiden, doch hatte dies bislang kaum praktische Auswirkungen[6]. Nicht vom AGG erfasst sind potentielle Benachteiligungen im Hinblick auf die Stellung des Einzelnen auf dem Arbeitsmarkt. Teilzeitkräfte und befristet Beschäftigte werden durch § 4 Abs. 1 und 2 TzBfG geschützt, doch wird selbst im Bereich der Vergütung eine Schlechterstellung aus jedem »sachlichen Grund« zugelassen[7]. Leiharbeitnehmern sind nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 und § 9 Nr. 2 AÜG dieselben wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich der Vergütungen wie vergleichbaren Stammarbeitnehmern zu gewähren, doch hat die Tarifpraxis diesen sog. equal-pay-Grundsatz de facto zunichte gemacht. Ein Gebot, wirtschaftlich abhängige Ein-Personen-Unternehmen, die vorwiegend für einen Auftraggeber tätig sind, nicht schlechter als vergleichbare Arbeitnehmer zu behandeln, ist bisher noch nicht einmal angedacht worden. Die Überlegung, ob hier nicht viel mehr Bedarf für ein korrigierendes Eingreifen des Gesetzgebers bestehen würde, soll an dieser Stelle nicht weiter verfolgt werden.

Die vom deutschen Gesetzgeber aus den Richtlinien übernommenen Definitionen bedürfen schon wegen ihrer suboptimalen sprachlichen Form der Erläuterung. Wegen des geringen vom EG-Recht gelassenen Spielraums hatte man sich im Übrigen schon in der letzten Legislaturperiode auf eine wortidentische Regelung verständigt[8].

II. Die unmittelbare Diskriminierung

1. Benachteiligung

Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG liegt eine »unmittelbare« Benachteiligung dann vor, »wenn eine Person wegen eines in § 1 genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.« Satz 2 betrifft den Sonderfall der Schwangerschaft und der Mutterschaft. Die Begriffsbestimmung des Satzes 1 lässt sich in drei Elemente aufteilen, die ihre Struktur ein wenig transparenter machen können.

a) Negatives Betroffensein

Die »weniger günstige Behandlung« kann in einem rechtsgeschäftlichen Verhalten des Arbeitgebers liegen, der beispielsweise eine Einstellung verweigert, einen ungewöhnlich niedrigen Lohn vereinbart oder das Arbeitsverhältnis kündigt. Denkbar ist weiter eine

5 So etwa das französische Recht. Dazu *Le Friant*, AuR 2003, 53. Bei uns werden zumindest Extremfälle über das allgemeine Persönlichkeitsrecht gelöst. So etwa im Grundsatz das ArbG Marburg, NZA-RR 1999, 124 im Falle einer Krankenschwester, die die Vermutung hatte, sie sei lediglich wegen ihrer Körperfülle nicht weiterbeschäftigt worden.

6 Überblick über die Rechtsprechung bei *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar, 2. Aufl. 1996, Kehl u. a., Art. 14 Rn. 44 ff.

7 BAG AP Nr. 7 zu § 4 TzBfG mit krit. Anm. *Däubler*.

8 Siehe den Ausschussbericht, BT-Drucks. 15/5717.

Nichtberücksichtigung in einem Bewerbungsverfahren[9] oder im Rahmen der Auswahl für eine Beförderungsstelle[10]. Selbst rein faktische Vorgänge wie z. B. ein selektiver Einsatz von Kontrollmaßnahmen sind erfasst[11]. Dasselbe würde beispielsweise gelten, wenn ein bestimmter Arbeitnehmer von der Benutzung neuer Software oder von einem Internetzugang ausgeschlossen wird.

b) Vergleichsgröße

Ob eine »weniger günstige Behandlung« vorliegt, lässt sich im Regelfall nur beurteilen, wenn man über eine Bezugsgröße verfügt. Die gesetzliche Definition spricht von anderen Beschäftigten »in einer vergleichbaren Situation«, denen nicht die gleichen Nachteile widerfahren. Wo darf man nach einer solchen »Vergleichsperson« suchen?

Wird ein bestimmter Arbeitnehmer von Regeln ausgenommen, die im Betrieb für alle anderen gelten, so ergeben sich keine Probleme. Erhalten alle eine Gratifikation oder einen Internetzugang, nur X nicht, so wird niemand an seiner weniger günstigen Behandlung zweifeln. Dasselbe gilt, wenn zumindest ein Bewerber eingestellt wird, das potentielle Diskriminierungsopfer aber nicht, oder wenn nur wenige gekündigt werden, alle Übrigen aber weiterarbeiten können.

Insbesondere bei der Vergütung taucht die Frage auf, dass Bezugsgröße ersichtlich nicht alle übrigen Beschäftigten, sondern nur solche Arbeitnehmer sein können, die eine gleiche oder gleichwertige Arbeit verrichten. Ob dies der Fall ist, bestimmt sich nach einer Gesamtbetrachtung der Tätigkeit, die insbesondere auf die Art der zu leistenden Arbeit, auf die vorausgesetzte Ausbildung und auf die äußeren Arbeitsbedingungen abstellen muss. Mit Rücksicht auf ihre unterschiedlichen Kenntnisse und Fähigkeiten wurden Ärzte und Psychologen daher nicht als »gleich« betrachtet[12]; auch Pförtner und Reinigungskräfte sind nicht schon deshalb vergleichbar, weil beide Gruppen nach der einschlägigen Vergütungsordnung mit »einfachen Tätigkeiten« beschäftigt sind[13]. Soweit nach Regeln wie Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen verfahren wird, ist deren Anwendungsbereich das »Territorium«, wo sich relevante Vergleichspersonen befinden können. Sobald der Bereich einer einheitlichen »Quelle« verlassen ist, ändert sich dies: Wird nach einem Outsourcing-Prozess dieselbe Tätigkeit in einem neuen, nicht an den Kollektivvertrag gebundenen Unternehmen fortgeführt, sind Vergleiche nach der Rechtsprechung des EuGH nicht mehr möglich[14]. Dasselbe gilt dann, wenn Beamte und Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes dieselbe Tätigkeit ausüben[15]. Finden keine Tarifverträge Anwendung oder geht es um eine übertarifliche Vergütungsordnung, so kommt es auf den Anwendungsbereich der letztlich vom Ar-

9 So der Fall BVerfG AP Nr. 9 zu § 611a BGB – Schlosserin = SAE 1995, 221 mit Anm. *Loritz*.

10 Siehe den Fall LAG Köln, LAGE § 611a BGB Nr. 5.

11 *Rebhahn*, in: ders. (Hrsg.), Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar, Wien 2005, § 3 Rn. 11.

12 EuGH AP Nr. 1 zu Art. 141 EG-Vertrag, Tz. 17 ff.

13 BAG NZA 2005, 1059, 1061.

14 EuGH NZA 2002, 1144 – *Lawrence*, bestätigt durch EuGH NZA 2004, 201 – *Allonby* = SAE 2004, 317 mit Anm. *Nicolai*.

15 BAG NJW 2003, 3651,

beitgeber definierten Regeln an; diese können sich durchaus auch auf mehrere Unternehmen oder den Konzern erstrecken[16].

Die Vergleichsproblematik hat nicht nur eine »territoriale«, sondern auch eine zeitliche Dimension. Wie sich aus der Formulierung »erfahren hat« ergibt, kann eine Person oder eine Personengruppe einbezogen werden, die in der Vergangenheit in der fraglichen Einheit gearbeitet hat. Praktische Bedeutung hat dies insbesondere dann, wenn der frühere Inhaber des Arbeitsplatzes besser behandelt wurde, ohne dass dafür eine Änderung der Marktverhältnisse maßgebend gewesen wäre[17].

Neu hinzugekommen ist durch die Richtlinien die sog. hypothetische Vergleichsperson (»erfahren würde«). Man fragt danach, wie eine Person behandelt würde, die nicht z. B. Ausländer oder Frau ist. Dies geht über die bisherige Rechtsprechung des EuGH[18] und das US-amerikanische Antidiskriminierungsrecht hinaus[19]. Wichtig ist dies insbesondere bei segmentierten innerbetrieblichen Arbeitsmärkten: Die einfachen und schlecht bezahlten Arbeiten werden von Migranten, die qualifizierten von Einheimischen erbracht[20]. In Deutschland sind derartige Phänomene am ehesten in der Seeschifffahrt vorhanden, wo Kapitän und Offiziere Deutsche oder EG-Ausländer mit der hier üblichen Vergütung sind, während die Matrosen aus Indien oder den Philippinen stammen und ungefähr 10 % des deutschen Tariflohns für einfache Seeleute erhalten. Würde ein Deutscher als Matrose eingesetzt, wäre ihm aller Erfahrung nach zumindest eine Vergütung in der Nähe des deutschen Tariflohns sicher[21]. Welche konkreten Anforderungen in anderen Fällen an eine »hypothetische Vergleichsperson« zu stellen sind, ist bisher kaum erörtert. Im überkommenen deutschen Recht stellt sich eine ähnlich Problematik, wenn ein Betriebsratsmitglied nach § 37 Abs. 4 BetrVG eine Vergütung verlangt, die der betriebsüblichen beruflichen Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer entspricht, vergleichbare Arbeitnehmer aber nicht vorhanden sind[22]. Man wird sich mit relativ groben Einschätzungen begnügen müssen, würde andernfalls doch die gewollte Erweiterung der Vergleichsgrößen weithin gegenstandslos gemacht.

---

16 *Rebhahn*, in: ders. (Hrsg.), Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar, Wien 2005, § 3 Rn. 8.

17 EuGH NJW 1980, 2014 – *Smith*, wo der männliche Vorgänger auf demselben Arbeitsplatz besser als die jetzt dort beschäftigte Frau bezahlt wurde.

18 EuGH NZA 1994, 1073 – *Coloroll.*

19 Nachweise dazu bei *Schiek*, AuR 2004, 48.

20 Siehe etwa die Schilderung bei *Fredman*, Discrimination Law, Oxford 2002, p. 109 zu einem entsprechenden Fall aus der US-amerikanischen Rechtsprechung, die die Diskriminierungsverbote nicht anwandte.

21 Ohne Bedeutung ist, dass das Arbeitsverhältnis der ausländischen Seeleute nicht deutschem Recht unterliegt, da die Antidiskriminierungsvorschriften zu den zwingenden Normen im Sinne des Art. 34 EGBGB gehören, die ohne Rücksicht auf das anwendbare Recht Geltung beanspruchen. Dies verdeutlicht § 7 AEntG.

22 Dazu Däubler/Kittner/Klebe – *Wedde*, BetrVG, 10. Aufl., Frankfurt/Main 2006, § 37 Rn. 74; *Fitting*, BetrVG, 23. Aufl., München 2006, § 37 Rn. 118; GK-BetrVG/*Weber*, 8. Aufl., München 2005, § 37 Rn. 112.

c) »Verpönte Merkmale« nach § 1 als Grund

Liegt eine Schlechterstellung im Verhältnis zu einer Vergleichsperson vor, so greift das AGG nur ein, wenn diese »wegen eines in § 1 genannten Grundes« erfolgt. Nach der Rechtsprechung des BVerfG[23] und des BAG[24] genügt es dabei, wenn das Geschlecht ein Gesichtpunkt ist, der innerhalb eines »Motivbündels« eine Rolle spielt, also mitursächlich für die Zurücksetzung des Betroffenen ist[25]. Dies muss man auf die übrigen Merkmale des § 1 übertragen, da das Gesetz keinerlei Anlass für eine Differenzierung bietet. Nicht vorausgesetzt wird, dass die Anknüpfung an die Merkmale des § 1 absichtlich erfolgt, dass gezielt »diskriminiert« werden sollte; es reicht, dass ein entsprechender Effekt eintrat[26].

2. Rechtfertigung

Nach § 8 Abs. 1 AGG ist eine »unterschiedliche Behandlung« wegen eines »verpönten Merkmals« dann zulässig, »wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist.« Die Formulierung deckt sich weitgehend mit Art. 4 der Antirassismus-Richtlinie und Art. 4 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie. Dies führt zu einem als ein wenig »geschwätzig« zu bezeichnenden Wortlaut. Warum wird nicht einfach auf die Tätigkeit als solche, sondern auf ihre Art und die Bedingungen ihrer Ausübung abgestellt? Inhaltlich ist diesen Einschränkungen bisher in der Literatur nirgends irgendeine Bedeutung beigemessen worden. Was ist weiter von dem Ausdruck »wesentliche und entscheidende Voraussetzungen« zu halten? Gibt es »entscheidende« Voraussetzungen, die nicht auch wesentlich sind? Vermutlich handelt es sich um eine politische Kompromissformel, deren sprachliche Stringenz niemanden wirklich interessierte[27].

Geht man darüber mit der gebotenen Großzügigkeit hinweg, so ist inhaltlich ersichtlich eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung gewollt[28], die erheblich höhere Anforderungen als der »sachliche Grund« stellt[29]. Ohne das fragliche Merkmal kann die Arbeitsleistung nicht vertragsgemäß erbracht werden[30]. Dem ist der Fall gleichzustellen, dass die von § 1 erfasste Eigenschaft einer Erbringung der Leistung entgegensteht, was insbesondere bei den Gründen »Alter« und »Behinderung« von Bedeutung ist. Die weiteren Er-

23 AP Nr. 9 zu § 611a BGB = SAE 1995, 221 mit Anm. *Loritz*.

24 NZA 2004, 540, 544 = SAE 2006, 26 mit Anm. *Mohr*.

25 Zustimmend *Högenauer*, Die europäischen Richtlinien gegen Diskriminierung im Arbeitsrecht, Hamburg 2002, S. 93; *Schiek/Horstkötter*, NZA 1998, 863; *Wank*, Sonderbeilage zu NZA Heft 22/2004, 21.

26 Siehe statt aller *Rebhahn*, in: ders. (Hrsg.), Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar, Wien 2005, § 3 Rn. 6; ebenso EuGH NZA 1986, 599 Tz. 35 – *Bilka*.

27 Vgl. auch *Kuras*, Sonderbeilage RdA 2003, 14, der darauf hinweist, ursprünglich habe man nur »wesentliche« Voraussetzungen verlangt. Die (gewollte) Steigerung wäre »entscheidend«, nicht aber »wesentlich und entscheidend« gewesen.

28 So *Schiek*, NZA 2004, 876.

29 Ebenso für § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB BAG AP Nr. 16 zu § 611a BGB Bl. 3R.

30 MüKo-*Müller-Glöge*, § 611a Rn. 38.

fordernisse des »rechtmäßigen Zwecks« und der »angemessenen Anforderung« treten demgegenüber bei den bisherigen Überlegungen fast völlig in den Hintergrund.

Bei der »wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung« wird einmal auf die Fälle abgestellt, in denen die Leistung ohne das in § 1 genannte Merkmal faktisch überhaupt nicht erbringbar ist: Nur ein Pilot moslemischen Glaubens darf Mekka anfliegen, koscheres Fleisch muss von einem jüdischen Schlachter stammen[31]. Gleichgestellt wird der Fall, dass nur ein Träger des Merkmals die nötige »Authentizität« für die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe schafft: Die Theaterrolle eines in Frankreich lebenden Nordafrikaners wird besser von einem Menschen arabischer Herkunft übernommen, der jugendliche Liebhaber sollte ersichtlich nicht von einem Herrn mit grauem Bart gespielt werden[32]. Bloße Kundenpräferenzen reichen nicht, da sie nicht tätigkeits-, sondern umfeldbezogen sind[33]. Auch wollen die Diskriminierungsverbote gerade die Abläufe des Marktes in Randbereichen korrigieren[34]. Freilich wird man auch hier bestimmte äußerste Grenzen anerkennen müssen. Ließe sich die fragliche Tätigkeit überhaupt nicht mehr erbringen – sämtliche in einem Altenheim für Frauen wohnende Personen lehnen männliche Pfleger ab[35] –, wäre der Ausnahmetatbestand des § 8 Abs. 1 erfüllt.

Mehr Auseinandersetzungen werden sich voraussichtlich im Zusammenhang damit ergeben, dass Merkmalsträger im Sinne des § 1 nicht (mehr) die nötigen Anforderungen der fraglichen Tätigkeit erfüllen können. Führt eine länger dauernde oder sich häufig wiederholende Erkrankung zu einer Behinderung im Sinne des § 2 Abs. 1 SGB IX[36], so ist eine Kündigung nur möglich, wenn »wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen« nicht mehr erfüllt werden, was jedenfalls eine Kündigung ausschließt, die lediglich auf übergroße Entgeltfortzahlungskosten gestützt wird[37]. Gewisse Maßstäbe hat insoweit auch das BVerfG gesetzt, als es über den Ausschluss eines Blinden vom Amt eines Schöffen zu entscheiden hatte[38]: Nur wo es wegen des strafrechtlichen Unmittelbarkeitsgrundsatzes auf die Sehfähigkeit entscheidend ankommt, ist der Ausschluss gerechtfertigt, in anderen Fällen nicht.

---

31 Beispiele nach *Thüsing*, ZfA 2001, 407 im Anschluss an die US-amerikanische Rechtsprechung.

32 *Schlachter*, GS Blomeyer, Berlin 2004, S. 359; KR-*Pfeiffer*, § 611a Rn. 50.

33 *Schiek*, NZA 2004, 879.

34 *Wiedemann*, FS 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 2004, S. 280.

35 Siehe den Fall ArbG Bonn, PflR 2001, 321, wo diese Voraussetzung aber nur bei der Mehrzahl der Patientinnen erfüllt war, so dass die Einstellung nicht wegen des Geschlechts des Bewerbers abgelehnt werden durfte.

36 Dass sich das Diskriminierungsverbot auf jede Behinderung (und nicht nur auf die Schwerbehinderung) bezieht, ist mittlerweile anerkannt. Siehe statt aller *Deinert*, in: Neumann (Hrsg.), § 16 Rn. 8; § 17 Rn. 98; *Laskowski/Welti*, ZESAR 2003, 216 ff.; *Oppermann*, ZESAR 2004, 290; *Rolfs/Paschke*, BB 2002, 1260, 1261; *Schiek*, NZA 2004, 881; *Schneider-Sievers*, FS Wißmann, München 2005, S. 590; *Thüsing/Wege*, NZA 2006, 136 ff.; *Wank*, Beilage zu NZA Heft 22/2004, 20; *Wendeling-Schröder*, FS Schwerdtner, Neuwied 2003, S. 276; ArbG Berlin, NZA-RR 2005, 608.

37 Näher zu einem potentiellen Paradigmenwechsel im Rahmen der Kündigung wegen Krankheit *Thüsing/Wege*, NZA 2006, 139.

38 BVerfG NJW 2004, 2150.

Bei einem kirchlich oder weltanschaulich geprägten Arbeitgeber lässt sich eine unmittelbare Diskriminierung unter den in § 9 AGG beschriebenen Umständen rechtfertigen, soweit es um die Gründe »Religion« und »Weltanschauung« geht. Benachteiligungen wegen anderer Merkmale (etwa wegen praktizierter Homosexualität) sind jedoch mit Rücksicht auf Art. 4 Abs. 2 UA 1 Satz 2 der Rahmenrichtlinie weiter ausgeschlossen. Einzelfragen können hier nicht vertieft werden.

Wird auf das Alter abgestellt, so kann eine unmittelbare Diskriminierung auf einen der Gründe des § 10 AGG gestützt werden. Diese sind ihrerseits an Art. 6 der Richtlinie zu messen. An diesen Grundsätzen ändert im Bereich von Kündigungen auch die Tatsache nichts, dass § 2 Abs. 4 AGG allein das deutsche Kündigungsschutzrecht für maßgebend erklärt; den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben kann auf diese Weise nicht ausgewichen werden[39].

3. Sonderfälle

a) Unterbleiben angemessener Vorkehrungen zum Schutz Behinderter

Art. 5 der Rahmenrichtlinie verlangt, »angemessene Vorkehrungen« zu treffen, um Behinderten den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufes, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Weiterbildungsmaßnahmen zu ermöglichen, zieht jedoch dort eine Grenze, wo eine unverhältnismäßige Belastung des Arbeitgebers entstehen würde, die auch in zu hohen Kosten liegen kann. Dies stellt insoweit eine Besonderheit dar, als die Benachteiligung hier in einem pflichtwidrigen Unterlassen liegen kann.

Der deutsche Gesetzgeber hat den »einfachen« Behinderten keinerlei Aufmerksamkeit zuteil werden lassen. Dies führt dazu, dass die Gerichte im Rahmen richtlinienkonformer Auslegung die geeigneten Lösungen entwickeln müssen. Dies kann im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements nach den §§ 83 Abs. 2a Nr. 5, 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX[40] Bedeutung gewinnen, das zwar an die Krankheitsdauer anknüpft, damit aber zugleich auch zahlreiche »einfache« Behinderte erfassen wird. Werden hier keine oder nur sehr geringe Anstrengungen unternommen und wird daraufhin ein »einfacher« Behinderter benachteiligt, z. B. gekündigt, so liegt darin eine unmittelbare Diskriminierung. In Großbritannien wird im Augenblick die Frage erörtert, inwieweit der Arbeitgeber verpflichtet ist, eine körperbehindert gewordene Person, die bisher bei der Straßenreinigung eingesetzt war, durch einen Lehrgang für eine besser dotierte Bürotätigkeit zu qualifizieren[41]. Auch bei uns könnten solche Überlegungen nahe liegen[42].

b) Die verdeckte Diskriminierung

In Einzelfällen ist es denkbar, dass eine Benachteiligung nicht explizit an einem der »verpönten Merkmale« des § 1 anknüpft, sondern auf andere Gesichtspunkte gestützt wird, die dies verdecken sollen. Man will beispielsweise eine bestimmte Stelle männlichen Bewerbern vorbehalten und verlangt deshalb »langjährige Erfahrungen bei der Bundes-

39 Einzelheiten bei Däubler/Bertzbach – *Däubler*, Kommentar zum AGG, Baden-Baden 2006, § 2 Rn. 256 ff.

40 Dazu *Balders/Lepping*, NZA 2005, 854 ff.

41 Dazu *Hughes*, Industrial Law Journal 33 (2004) p. 358 ff.

42 Vgl. BAG NZA 1999, 152, 154.

wehr«, obwohl diese für die konkrete Tätigkeit ohne jede Bedeutung ist. In der Literatur wird von dem Fall berichtet, dass ein Zahnarzt in einem Inserat eine Sprechstundenhilfe »gleich welchen Geschlechts« suchte, die Arbeit »in weißem Kittel, Bluse und Rock« zu leisten habe[43]. Verdeckte Diskriminierungen dieser Art sind wie offene zu behandeln[44]; dabei genügt, dass es sich für einen objektiven Betrachter um vorgeschobene Argumente handelte. Keine »verdeckte« sondern eine unmittelbar an das verpönte Merkmal anknüpfende Diskriminierung liegt dagegen vor, wenn eine Maßnahme nur auf Vorurteile gestützt wird, die bei manchen Mitbürgern in Bezug auf die »Merkmalsträger« vorhanden sind. Wird etwa im Kleinbetrieb eine Landschaftsgärtnerin mit dem Argument gekündigt, sie könne als Frau keine hohen Bäume fällen oder schwere Pflastersteine verlegen, ohne dass dies jemals verifiziert wurde, so hätte die Kündigung unmittelbar diskriminierenden Charakter und wäre deshalb unwirksam[45].

III. Die mittelbare Diskriminierung

1. Ausgangsformulierung

Eine mittelbare Benachteiligung liegt nach § 3 Abs. 2 AGG dann vor, wenn »dem Anschein nach neutrale« Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines Merkmals im Sinne des § 1 gegenüber anderen Personen »in besonderer Weise« benachteiligen können. Dies genügt für sich allein allerdings nicht: Eine Benachteiligung scheidet von vornherein aus, wenn die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren »durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt« und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels »angemessen und erforderlich« sind. Auch diese wenig »verbraucherfreundlichen« Formulierungen sind den EG-Richtlinien entnommen. Angesichts dieser sehr weiten Möglichkeiten dürften die §§ 8 – 10 hier praktisch keine Rolle mehr spielen, da sie höhere Schranken errichten. Formal bleiben sie gleichwohl anwendbar.

2. Voraussetzungen

Die »Vorschriften, Kriterien oder Verfahren« meinen Regeln, die nicht an den verpönten Merkmalen anknüpfen. Bekanntestes Beispiel ist die Schlechterstellung der Teilzeitarbeit, die wegen des hohen Frauenanteils auf eine mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts hinausläuft. Dasselbe gilt, wenn Sozialplanabfindungen (auch) nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit bestimmt werden, dabei aber der typischerweise von Frauen in Anspruch genommene Erziehungsurlaub unberücksichtigt bleibt[46]. Wird ein

---

43 *Beck-Gernsheim*, Der geschlechtsspezifische Arbeitsmarkt, Frankfurt/Main 1976, S. 1.

44 *Däubler*, Das Arbeitsrecht 2, 11. Aufl., Reinbek 1998, Rn. 1533 ff., 1566.

45 *Schiek/Horstkötter*, NZA 1998, 863 Fn. 10 unter Bezugnahme auf ArbG Herne, 17. 1. 1985 – 3 Ca 2105/85.

46 Dazu BAG NZA 2003, 1287 ff., das durch Rückgriff auf Art. 6 Abs. 1 und 2 GG zum selben Ergebnis kam. Die diskriminierungsrechtliche Problematik entfiel nach damaliger Rechtslage deshalb, weil der Sozialplan nur Frauen betraf, doch wäre heute auch in einem reinen Frauenbetrieb nach einer hypothetischen Vergleichperson zu fragen.

inländischer Wohnsitz oder werden deutsche Sprachkenntnisse verlangt, so sind dadurch Ausländer negativ betroffen. In allen Fällen dieser Art kommt es allein auf die Wirkung einer Regelung oder einer Serie von Maßnahmen (z. B. des Personalabbaus) an; die handelnden Personen müssen den benachteiligenden Effekt nicht einmal erkennen[47].

Im Bereich der Diskriminierung wegen des Geschlechts wurde bis zum Erlass der durch das AGG ausgeführten Richtlinien immer ein sog. statistischer Nachweis verlangt. In der von einer benachteiligenden Regelung erfassten Gruppe mussten die »Merkmalsträger« (in der Regel die Frauen) einen »wesentlich höheren Anteil« ausmachen. Dies war bei den Teilzeitkräften üblicherweise der Fall, doch fehlte es an dieser Bedingung, als der britische Gesetzgeber die Wartezeit für das Eingreifen des gesetzlichen Kündigungsschutzes auf zwei Jahre heraufsetzte: Zwar erfüllten 77,4 % der männlichen Beschäftigten, aber nur 68,9 % der weiblichen Beschäftigten die neue Voraussetzung, doch wurde dies als nicht signifikanter Unterschied gewertet[48]. Im Bereich der Benachteiligung von EG-Ausländern verfolgte der EuGH eine andere Linie: Eine englische Regelung, die ein Sterbegeld nur dann vorsah, wenn der verstorbene Arbeitnehmer in britischer Erde bestattet wurde, wurde als diskriminierend beanstandet, weil Wanderarbeitnehmer häufiger außerhalb der Insel bestattet würden[49]. Statistiken gab es hierzu verständlicherweise nicht.

Die Richtlinien haben sich nun diese zweite Position zu Eigen gemacht. Der »statistische Nachweis« ist weiter möglich, doch kann die Benachteiligung auch auf andere Weise plausibel gemacht werden. Dies wird aus der allgemein gehaltenen Formulierung (»in besonderer Weise benachteiligen«) und aus den Erwägungsgründen der Richtlinien deutlich, die diesen Weg nur noch als Beispiel erwähnen. In der Literatur besteht insoweit allgemeine Übereinstimmung[50]. Dabei wird betont, es reiche ähnlich wie im Fall *O'Flynn* die Alltagserfahrung[51]. Plausibel erscheint es daher, eine Benachteiligung auch bei statistisch weniger signifikanten Unterschieden anzunehmen, doch sind dann die Anforderungen an die Rechtfertigung entsprechend geringer[52]. Dies kann bei der Diskussion um die Verlängerung der Wartefrist beim Kündigungsschutz Bedeutung gewinnen.

Werden in einem Betrieb ausschließlich Teilzeitkräfte beschäftigt, deren Stundenlöhne geringer sind als die tarifliche oder branchenübliche Vergütung für Vollzeitkräfte, so wird man auch hier eine »in besonderer Weise« erfolgende Benachteiligung von Frauen annehmen können. § 3 Abs. 2 AGG verlangt ebenso wenig wie die Richtlinien und in Abweichung von der Definition der unmittelbaren Benachteiligung, dass die Schlechterstellung gegenüber »vergleichbaren« Beschäftigten erfolgt. Ob eine solche Öffnung tatsächlich gewollt war, wird allerdings die Rechtsprechung entscheiden müssen.

---

47 KR-*Pfeiffer*, § 611a Rn. 39.

48 EuGH, EuGHE I 1999, 672 ff. Tz. 63 – *Seymour-Smith* und *Perez*.

49 EuGH, EuGHE I 1996, 2617 = EuZW 1996, 117 – *O'Flynn*.

50 Siehe statt aller *Linsenmaier*, Sonderbeilage zu RdA 2003, 25; *Schiek*, AuR 2003,47; *I. Schmidt*, FS Wißmann, München 2005, S. 85; *Schlachter*, GS Blomeyer, Berlin 2004, S. 358; *Waas*, AiB 2004, 650 Fn. 4.

51 *Windisch-Graetz*, in: Rebhahn (Hrsg.), Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar, Wien 2005, § 19 Rn. 4.

52 Zutreffend *Schlachter*, GS Blomeyer, Berlin 2004, S. 358.

Im Einzelfall kann es zweifelhaft sein, ob eine unmittelbare oder eine mittelbare Benachteiligung vorliegt. Wird etwa das religiös motivierte Tragen bestimmter Kleidungs- oder Schmuckstücke untersagt, liegt eine unmittelbare Benachteiligung religiöser Auffassungen vor. Wird umgekehrt eine »firmenübliche« Kleiderordnung vorgeschrieben, die im Einzelfall in Kollision mit religiösen Vorstellungen gerät[53], liegt eine mittelbare Benachteiligung vor.

3. Tatbestandsausschlussgründe

Erste Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Benachteiligung ist, dass sie einem »rechtmäßigen Ziel« dient. Dies ist nur dann der Fall, wenn keinerlei Zusammenhang mit einem der verpönten Merkmale im Sinne des § 1 besteht[54]. Das Erfordernis guter deutscher Sprachkenntnisse benachteiligt z. B. Nicht-Deutsche, doch dient es bei allen Tätigkeiten mit Publikumsverkehr den betrieblichen Notwendigkeiten. Das verfolgte Ziel muss – so Müller-Glöge[55] – zumindest gleiches Gewicht wie das Benachteiligungsverbot haben. Bloßes Einsparen von Kosten genügt nicht[56], doch ist das bessere Funktionieren des Unternehmens letztlich immer ein legitimes Ziel[57].

Weitere Voraussetzung ist, dass die mittelbare Benachteiligung für die Erreichung des Ziels »angemessen und erforderlich« ist. An der Erforderlichkeit würde es beispielsweise fehlen, wenn von einem Omnibusfahrer im Nahverkehr gute deutsche Sprachkenntnisse verlangt würden, obwohl er praktisch nie von Fahrgästen kontaktiert wird. Grundkenntnisse, die für die Orientierung im Verkehr erforderlich sind, wären dagegen selbstredend notwendig. Die Offenheit dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung gibt dem nationalen Richter viel Spielraum[58]; dass dieser allerdings nicht unbegrenzt ist, hat der EuGH in der *Helm/Mangold*-Entscheidung deutlich gemacht[59].

IV. Belästigung und sexuelle Belästigung

In Übernahme des Wortlauts der Richtlinien definiert § 3 Abs. 3 AGG-Entwurf die »Belästigung«, § 3 Abs. 4 die »sexuelle Belästigung«, die auf ein »sexuell bestimmtes Verhalten« abstellt; beide werden wie eine Diskriminierung behandelt. Zwar spricht der Ge-

53 Siehe den Fall ArbG Hamburg, AuR 1996, 243, wonach die firmenübliche »Papierfaltmütze« für einen Sikh unzumutbar war, der aus religiösen Gründen einen Turban tragen wollte.

54 *Moreau*, Droit Social 2002, 1114; *Schiek*, AuR 2003, 47.

55 MüKo, § 611a BGB, Rn. 33.

56 EuGH, EuGHE I 2000, 2467 ff. – *Jorgensen* (für staatliche Haushaltserwägungen); generell *Rebhahn*, in: ders. (Hrsg.), Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar, Wien 2005, Einl. Rn. 13 unter Berufung auf *Schiek*, NZA 2004, 875. Anders lediglich bei Förderungsmaßnahmen für Behinderte nach Art. 5 der Rahmenrichtlinie.

57 EuGH NJW 1986, 3020 Tz. 35 – *Bilka*: »objektiv gerechtfertigte wirtschaftliche Gründe, die mit der Führung des Unternehmens zusammenhängen« = SAE 1987, 165 mit Anm. *Mayer-Maly*.

58 Kritisch dazu *Moreau*, Droit Social 2002, 1114 ff.

59 EuGH NZA 2005, 1345 = SAE 2006, 45 mit Anm. *Giesen*.

setzestext nur von »Benachteiligung«, doch sind Rechtfertigungsgründe schwer vorstellbar. Auch sonst dient die verwendete Terminologie nicht unbedingt dem leichteren Verständnis.

»Belästigungen« sind nach üblichem deutschem Sprachgebrauch »unangenehm«, haben aber nichts mit einer Verletzung der Menschenwürde oder mit »Einschüchterungen« und »Erniedrigungen« zu tun, von denen im Folgenden die Rede ist. Das englische »harassment« und das französische »harcèlement« erinnern viel eher an eine »Peinigung«. Gemeint ist der Sache nach ein auf die Merkmale des § 1 bezogenes »Mobbing«; man könnte auch von bösartiger oder schikanöser Erschwerung des Lebens bzw. der Arbeit sprechen.

Im Falle des Abs. 3 muss es sich um »unerwünschte Verhaltensweisen« handeln, die mit einem der Gründe des § 1 in Zusammenhang stehen. Über Ausländer oder Blondinen werden z. B. Witze erzählt, die diesen unangenehm sind. Diese Verhaltensweisen bezwecken oder bewirken, dass »die Würde der betroffenen Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld« geschaffen wird. Weshalb die Verletzung der Menschenwürde als solche nicht genügen soll, sondern im Anschluss an den Richtlinientext auch ein feindliches Umfeld vorausgesetzt ist, erscheint nicht recht erkennbar. Man wird wohl darauf abstellen müssen, dass der konkrete Eingriff in die Menschenwürde Ausfluss des entstandenen Umfelds ist. Anschauungsmaterial vermag der Sachverhalt einer BAG-Entscheidung zu geben: Ein türkischer Azubi war von seinen Mit-Azubis schlecht behandelt worden, bis er schließlich an seinem Arbeitsplatz ein Schild mit der Aufschrift fand: »Arbeit macht frei. Türkei schönes Land«[60]. In der englischen Literatur sind Fälle der »Hetzjagd« auf homosexuell veranlagte Menschen dokumentiert[61].

Die »sexuelle Belästigung« im Sinne des Abs. 4 unterscheidet sich vom Fall des Abs. 3 einmal dadurch, dass die Belästigungshandlung selbst sexuellen Charakter hat. Dies ist z. B. bei unerwünschten Aufforderungen zu sexuellem Verhalten oder bei einer Konfrontation mit ersichtlich abgelehnten pornographischen Abbildungen der Fall. Zum anderen wird das feindliche Umfeld nicht als zusätzliche Voraussetzung neben einer Verletzung der Menschenwürde genannt; vielmehr ist lediglich als Beispiel (»insbesondere«) angeführt, dass »ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.« Denkbar (wenn auch in der Praxis eher unwahrscheinlich) sind daher Fälle, in denen die Verletzung der Menschenwürde gewissermaßen aus heiterem Himmel erfolgt, ohne dass sich zuvor ein entsprechendes Umfeld entwickelt hat.

Beide Formen von Belästigungen werden als Benachteiligungen qualifiziert; die Richtlinien sprechen deutlicher von »gelten als Diskriminierung«. Die englische Rechtsprechung hat auch ohne besondere gesetzliche Grundlage die Belästigung als Diskriminierung behandelt[62]. Dies wäre auch im EG-Recht möglich gewesen. Eine Ungleichbehandlung gegenüber Beschäftigten in vergleichbarer Lage ließe sich unschwer finden, da ent-

60 BAG NZA 1999,1270.

61 *Manknell*, Industrial Law Journal 32 (2003), 297.

62 Mitgeteilt bei *Thüsing*, ZfA 2001, 411 Fn. 44.

sprechende Verhaltensweisen anderen Betriebsangehörigen gegenüber nicht praktiziert werden. Selbst in einem »Horrorbetrieb«, wo jeder jeden »mobbt«, wäre eine hypothetische Vergleichsperson denkbar, die nicht aus einem der in § 1 genannten Gründe benachteiligt wird[63]. Die ausdrückliche Entscheidung des europäischen wie des nationalen Gesetzgebers für eine Diskriminierungsfiktion lässt sich damit rechtfertigen, dass der Unrechtscharakter hier sehr viel mehr in der Handlung als solcher als in der Ungleichbehandlung gegenüber anderen liegt[64].

V. Anweisung zu einer Diskriminierung

Nach § 3 Abs. 5 Abs. 1 AGG gilt auch die »Anweisung zur Benachteiligung« als Benachteiligung. Damit ist eine Art »Vorfeldschutz« für die Diskriminierungsverbote geschaffen[65]; schon der Versuch soll dieselben Rechtswirkungen wie die Vollendung auslösen. Ob dies wirklich notwendig war, wird man bezweifeln können. Kommt es zu einer Ausführung der Anweisung, liegt ein Diskriminierungstatbestand vor, widersetzt sich der Weisungsempfänger, kann der Streit nur um die Frage gehen, ob er seine Pflichten verletzt hat – sie lässt sich unschwer unter Hinweis auf § 7 Abs. 3 AGG beantworten, wonach die Einhaltung der Diskriminierungsverbote eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht des Arbeitgebers wie des Arbeitnehmers ist. Daraus folgt zwanglos die Unverbindlichkeit einer entsprechenden Weisung gegenüber einem Arbeitnehmer[66] wie gegenüber einem Selbstständigen, dem ein entsprechender Auftrag erteilt wird[67]. Auch eine persönliche Haftung des die Anweisung Gebenden nach dem AGG scheint nicht in Betracht zu kommen, da § 15 insoweit nur den Arbeitgeber in die Pflicht nimmt.

§ 3 Abs. 5 hätte einen sehr viel größeren Anwendungsbereich, wenn auch schon die Aufforderung und die Anstiftung zur Diskriminierung erfasst wären. Das Europäische Parlament hatte derartige Vorschläge gemacht[68], doch sind sie nicht in den endgültigen Richtlinientext eingegangen. Dort ist von »instruction« im englischen, von »orden de discriminar« im spanischen und von »ordine di discriminare« im italienischen Text die Rede. Auch das französische »enjoindre« wird mit »anweisen« übersetzt, das niederländische »opdracht« ist ein Äquivalent zu »Auftrag«. Für die Dänen gilt das Wort »instruktion«, für die Schweden eine »föreskrift«. Selbst das slowenische »navodilo« ist als An-

63 Ähnlich *Posch*, in: Rebhahn (Hrsg.), Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar, Wien 2005, §§ 6–7 Rn. 11.

64 *Thüsing*, NZA 2001, 1064; *Wendeling-Schröder*, FS Schwerdtner, Neuwied 2003, S. 279.

65 *Thüsing*, Beilage zu NZA Heft 22/2004, 8: Zaun um die Thora.

66 Siehe dazu die anders lautende Entscheidung des ArbG Wuppertal, LAGE § 626 BGB 2002 Nr. 2a mit berechtigter Kritik in der Anm. von *Hoppe/Wege*. Dazu auch der Kommentar von *Däubler*, AiB 2005, 201.

67 *Whittle*, European Law Review 27 (2002) 316: Der Arbeitsvermittler soll Behinderte von vornherein aussondern.

68 Mitgeteilt bei *O'Hare*, Maastricht Journal 8 (2001) 149 und *Brown*, Yearbook of European Law 21 (2002) 208: »incitement and pressure«.

leitung im Sinne von Instruktion zu verstehen[69]. Insoweit sind der interpretatorischen Phantasie enge Grenzen gesetzt.

VI. Diskriminierende Fernwirkungen von Rechtsnormen

Der Diskriminierungsbegriff des geltenden Rechts wäre nicht vollständig erfasst, würde die »faktische« Diskriminierung ausgeklammert bleiben, die das BVerfG in seiner Entscheidung zum Mutterschaftsgeld[70] entwickelt hat. In concreto ging es darum, dass die Belastung von Arbeitgebern mit dem Zuschuss zum Mutterschaftsgeld und mit der Entgeltfortzahlung bei schwangerschaftsbedingten Beschäftigungsverboten dazu führte, dass die Arbeitsmarktchancen von Frauen im gebärfähigen Alter gemindert waren. Eine solche »negative Steuerungswirkung«, d. h. die Schaffung eines Einstellungshindernisses[71], verstoße gegen das Gleichstellungsgebot des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG. Der darin liegende Verfassungsverstoß wurde vom Gesetzgeber inzwischen repariert[72]. Offen bleibt die Frage, inwieweit nicht auch andere Schutznormen wie etwa die zugunsten von Schwerbehinderten bestehenden analoge Effekte bewirken: Ist die Ausgleichsabgabe geringer als die durchschnittlichen Zusatzkosten, die bei der Beschäftigung eines Schwerbehinderten anfallen, ist ein Anreiz zur Nichteinstellung gegeben. Dies lässt sich im Hinblick auf Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, aber auch vor dem Hintergrund der Förderungspflicht nach Art. 5 der Rahmenrichtlinie diskutieren: Müsste der Gesetzgeber nicht (zumindest) faktische Benachteiligungen beseitigen, die aus seinem eigenen Tun erwachsen sind? Das Feld des Diskriminierungsschutzes ist erst teilweise bestellt.

---

69 Ebenso zu den fremdsprachlichen Fassungen im Ergebnis *Rebhahn*, in: ders. (Hrsg.), Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar, Wien 2005, § 3 Rn. 12. Zu Problemen bei divergierenden Spachfassungen s. *Däubler*, NJW 2006, 2608.

70 BVerfG NZA 2004,33 ff.

71 BVerfG NZA 2004, 33, 37

72 Gesetz über den Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen für Entgeltfortzahlung (Aufwendungsausgleichsgesetz – AAG) vom 22. 12. 2005, BGBl I S. 3686.