

## Diskriminierungsschutz im öffentlichen Dienst

Von Prof. Dr. Wolfgang Däubler

Das AGG gilt auch für Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes. Sein § 24 Nr. 1 erstreckt es auf Beamtinnen und Beamte, wobei es „entsprechend“ anzuwenden und dabei deren besondere Rechtsstellung zu berücksichtigen ist.

### Was erfasst das AGG?

Das AGG verbietet jede Benachteiligung wegen der (angeblichen) Rasse und ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion und Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität. Diese insgesamt acht „verpönten“ Merkmale, die in § 1 AGG genannt sind, erfassen die wichtigsten, aber keineswegs alle Gründe von Diskriminierung. So bezieht sich das AGG beispielsweise nicht auf den Fall, dass jemand wegen übermäßiger Körperfülle nicht in ein Dauerarbeitsverhältnis übernommen wird.<sup>1</sup> Auch die Frage, ob jemand wegen deutlich sichtbarer Tätowierung für den Polizeidienst ungeeignet ist, wird nicht im Hinblick auf das AGG, sondern als beamtenrechtliches Problem diskutiert.<sup>2</sup> Hat die Tätowierung einen verfassungsfeindlichen Inhalt (z. B. Hakenkreuz), kann allein dies die Ablehnung rechtfertigen.<sup>3</sup> Selbst die regionale Herkunft spielt grundsätzlich keine Rolle; jemanden deshalb nicht einzustellen, weil er „Ossi“ ist, stellt nach herrschender Auffassung

---

<sup>1</sup> S. den Fall ArbG Marburg 13.2.1998 – 2 Ca 482/97 – NZA-RR 1999, 124 = LAGE § 1004 BGB Nr. 4.

<sup>2</sup> Gegen einen solchen Ablehnungsgrund mangels ausreichender Rechtsgrundlage VG Düsseldorf 8.5.2018 – 2 K 15637/17 – NZA-RR 2018, 507 und OVG Münster 12.9.2018 – 6 A 2272/18 – NZA-RR 2018, 628; anders VGH München (14. 11. 2018 – 3 BV 16.2072 – NZA-RR 2019, 223), wonach das bayerische Recht eine Rechtsgrundlage für das an Polizeibeamte gerichtete Verbot enthält, sichtbare Tätowierungen zu tragen.

<sup>3</sup> BVerwG 17.11.2017 – 2 C 25/17 – NJW 2018, 1185. Ähnlich für Arbeitnehmer LAG Berlin-Brandenburg 25.4.2019 – 5 Ta 730/19 – AuR 2019, 342 = ZTR 2019, 520.

keinen AGG-Verstoß dar.<sup>4</sup> In diesem Falle könnte allerdings Art. 3 Abs. 3 GG eingreifen, der eine Benachteiligung wie eine Bevorzugung wegen „Heimat und Herkunft“ verbietet.

Dieselbe GG-Bestimmung erfasst auch solche politischen Anschauungen, die sich nicht als „Weltanschauung“ qualifizieren lassen.<sup>5</sup> AGG und verfassungsrechtliche

Diskriminierungsverbote kommen nebeneinander zur Anwendung, obwohl in der öffentlichen Wahrnehmung das AGG bei weitem im Vordergrund steht. Noch kaum Aufmerksamkeit haben die Diskriminierungsverbote des Art. 21 EU-Grundrechte-Charta gefunden, der u. a. auch auf genetische Merkmale, Sprache, Vermögen und soziale Herkunft abstellt.<sup>6</sup>

### **Wann liegt eine Diskriminierung vor?**

Was „Diskriminierung“ bedeutet, ist in § 3 AGG definiert. Danach muss man in erster Linie zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung unterscheiden. Wie diese im Einzelnen zu bestimmen sind, wann also eine Benachteiligung aus den Gründen des § 1 AGG vorliegt und ob diese ausnahmsweise gerechtfertigt ist, kann hier aus Platzgründen nicht dargelegt werden. Insoweit ist auf die Kommentarliteratur zu verweisen.<sup>7</sup> Wichtig ist für die Praxis die Vorschrift des § 22 AGG: Die diskriminierte Person muss nur Indizien beweisen, die eine Benachteiligung wegen eines verpönten Merkmals vermuten lassen. Gelingt ihr das, ist es Sache des Arbeitgebers, den Beweis zu führen, dass keine Diskriminierung vorgelegen hat.

### **Sonderregeln im öffentlichen Dienst**

In der gewerblichen Wirtschaft ist der Unternehmer frei, die Anforderungen für einen bestimmten Arbeitsplatz zu definieren. In der Marktwirtschaft verlässt man sich darauf, dass

---

<sup>4</sup> Nachweise bei Däubler/Beck-Däubler, Kommentar zum AGG, 5. Aufl. 2021, § 1 Rn. 45 f., insbes. auch zur Gegenmeinung

<sup>5</sup> Zur teilweisen Einbeziehung von politischen Ansichten in das Merkmal „Weltanschauung“ s. Däubler/Beck-Däubler § 1 Rn. 74.

<sup>6</sup> S. aber das Beispiel bei J. Schubert, NZA Heft 8/2019 S. III (Editorial): Ein Bankangestellter wird versetzt, weil er sich wegen seiner einfachen Herkunft nicht angemessen mit seinen reichen Kunden unterhalten kann.

<sup>7</sup> Däubler/Beck-Schrader/Schubert, Bauer/Krieger/Günther, AGG EntgTranspG, 5. Aufl. 2018, und Nollert-Borasio/Dickerhof-Borello/Wenckebach, AGG, 5. Aufl. 2019, jeweils Erl. zu § 3.

er im eigenen Interesse nur vernünftige Anforderungen stellen wird. Dem ist aber in der Realität nicht immer so. Im öffentlichen Dienst liegen die Dinge anders. Nach Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner „Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung“ gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob dieses mit einem Beamten oder einem Arbeitnehmer besetzt wird. Diese ausdrückliche rechtliche Vorgabe hat auch praktische Konsequenzen: Wer sich bewirbt muss die Möglichkeit haben, gerichtlich überprüfen zu lassen, ob er/sie nicht im Vergleich zu der ausgesuchten Person der/die Bessere gewesen wäre. Diese sog. Konkurrentenklage darf insbesondere im Beamtenrecht nicht daran scheitern, dass der Dienstherr vollendete Tatsachen schafft und die Stelle mit dem von ihm präferierten Kandidaten besetzt. Weiter muss dafür gesorgt werden, dass das Verfahren einschließlich der angewandten Entscheidungskriterien transparent ist. Klagt ein Konkurrent, so kann er bei Gericht eine einstweilige Verfügung erwirken, die die Besetzung der fraglichen Stelle bis zur Sachentscheidung über die Eignung verbietet. Außerdem ist die Behörde verpflichtet, die für die Bewerberauswahl relevanten Gründe schriftlich niederzulegen und sie auch einem abgewiesenen Bewerber zugänglich zu machen.<sup>8</sup> Die Chance, Anhaltspunkte für eine Diskriminierung zu bekommen, ist deshalb größer als außerhalb des öffentlichen Dienstes, wo es keine solchen Pflichten gibt und wo der Arbeitgeber keine Auskunft geben muss, welchen Bewerber er nach welchen Kriterien ausgesucht hat. Nur wenn der Benachteiligte schon erste Anhaltspunkte für eine Diskriminierung besitzt, kann die Verweigerung der Auskunft durch den Arbeitgeber ein weiteres Indiz für eine Diskriminierung sein.<sup>9</sup> Doch woher will der Einzelne, der einen lapidaren Brief bekommt, er sei leider nicht berücksichtigt worden, solche Anhaltspunkte beziehen? Die Folge ist, dass im Grunde nur solche „Diskriminierungsfälle“ vor die Gerichte kommen, in denen der Arbeitgeber Verfahrensfehler begangen hat, beispielsweise einen „Ingenieur“ gesucht, und nicht etwa „Ingenieure/Ingenieurinnen“ zu einer Bewerbung aufgefordert hat.

Doch Art. 33 Abs. 2 GG ist nicht die einzige Sondervorschrift. Nach § 165 Satz 3 SGB IX muss (nur) der öffentliche Arbeitgeber schwerbehinderte und gleichgestellte Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einladen. Geschieht dies nicht, wird die

---

<sup>8</sup> BVerfG 9.7.2007 – 2 BvR 206/07, ZTR 2007, 707

<sup>9</sup> EuGH 19.4.2012 – C-415/10, NZA 2012, 493. Eingehend zu einem möglichen Auskunftsanspruch Däubler/Beck-Beck § 22 Rn. 40 ff.

Diskriminierungsvermutung des § 22 AGG ausgelöst, die der Arbeitgeber widerlegen muss.<sup>10</sup> Einem Gespräch stehen andere Instrumente wie Tests und simulierte Arbeitssituationen gleich, mit deren Hilfe sich der Arbeitgeber ein umfassendes Bild von der fachlichen und charakterlichen Eignung eines Bewerbers machen will.<sup>11</sup> Die Pflicht zur Einladung entfällt nach § 165 Satz 4 SGB IX nur dann, wenn der Bewerber für die fragliche Stelle offensichtlich ungeeignet ist.<sup>12</sup>

Das Gleichstellungsdurchsetzungsgesetz (DGleiG) vom 30. November 2001<sup>13</sup> will die Chancen von Frauen in der Bundesverwaltung verbessern; ähnliche, zum Teil weiter gehende Regelungen bestehen in den Ländern. Besonderes Interesse verdient § 8 DGleiG, der mittelbar eine Frauenquote vorschreibt: Solange Frauen in einem bestimmten Bereich unterrepräsentiert sind, müssen sie bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung, d. h. bei gleicher Qualifikation bei der Vergabe von Ausbildungsplätzen sowie bei der Einstellung und Beförderung bevorzugt berücksichtigt werden. Abweichendes gilt nur, wenn in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen. Dies klingt gut, doch bleiben in der Realität erhebliche Beurteilungsspielräume für die Entscheidungsträger, wenn es um die „gleiche“ Eignung geht. Eine empirische Untersuchung zeigte jedenfalls auf, dass die Hindernisse für eine effektive Frauenförderung in der Regel kaum überwindbar sind.<sup>14</sup>

### **Aktuelle Diskriminierungsprobleme**

Besondere Aufmerksamkeit hat schon vor rund 20 Jahren das muslimische Kopftuch erfahren. Eine Kassiererin im Supermarkt konnte (und kann) es nach Auffassung des BAG<sup>15</sup> tragen, da kein vorrangiges Gegeninteresse des Arbeitgebers ersichtlich war. In der Folgezeit verlagerte sich die Auseinandersetzung auf Fälle aus dem öffentlichen Dienst, weil insoweit

---

<sup>10</sup> BAG 11.8.2016 – 8 AZR 375/15, NZA 2017, 41.

<sup>11</sup> BAG 27.8.2020 – 8 AZR 45/19, NZA 2021, 200.

<sup>12</sup> BAG 27.8.2020 – 8 AZR 45/19, NZA 2021, 200

<sup>13</sup> BGBl I S. 3234

<sup>14</sup> Liebert, Quotenregelungen im öffentlichen Dienst. Wirksamkeitshindernisse in Rechtsprechung und Praxis, Baden-Baden 2017

<sup>15</sup> BAG 10.10.2002 – 2 AZR 472/01, NZA 2003, 483.

insbesondere einige Landesgesetzgeber aktiv geworden waren und ein Verbot des Tragens durch Lehrkräfte an Schulen ausgesprochen hatten. Das entsprechende baden-württembergische Gesetz wurde zwar vom BAG<sup>16</sup> gebilligt, nicht aber vom BVerfG<sup>17</sup>, das ein Verbot nur dann akzeptierte, wenn andernfalls eine konkrete Gefahr für die Eignung, die Neutralität und den inneren Frieden der Einrichtung gedroht hätte. Das BAG<sup>18</sup> hat sich dem unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung angeschlossen und das Berliner Landesgesetz entsprechend restriktiv interpretiert. Im Bereich der Justiz kann demgegenüber das Tragen eines Kopftuchs verboten werden; anders als in Schulen würden die Äußerlichkeiten des Verfahrens vor Gericht eine besondere Rolle spielen. Der Gesetzgeber sei deshalb befugt (wenn auch nicht verpflichtet), das Tragen eines religiösen Symbols zu verbieten.<sup>19</sup>

Eine neue Ausrichtung ergab sich auch für Tätigkeiten an kirchlichen Einrichtungen. Ein der katholischen Kirche angehörender Chefarzt war von einem katholischen Krankenhaus angestellt worden, obwohl diesem bekannt war, dass er geschieden war und mit einer anderen Frau zusammenlebte. Als er diese heiratete, wurde er gekündigt; die Heirat sei ein noch stärkerer Verstoß gegen katholische Grundüberzeugungen, da eine Rückkehr zur ersten Frau nicht mehr möglich sei. Dies war in allen Instanzen bestätigt worden, obwohl es inhaltlich alles andere als überzeugend ist.<sup>20</sup> Das Krankenhaus beschäftigte allerdings auch nicht-katholische Ärzte, die keinen entsprechenden Anforderungen ausgesetzt waren. Auf Vorlage des BAG entschied der Europäische Gerichtshof, die Kündigung habe diskriminierenden Charakter, weil sie den Chefarzt wegen seines katholischen Glaubens benachteilige und dies nur bei der Verkündung der kirchlichen Lehre, nicht aber bei der Krankenbehandlung zu rechtfertigen sei.<sup>21</sup>

---

<sup>16</sup> 12.8.2010 – 2 AZR 593/09, NZA-RR 2011, 162

<sup>17</sup> 10.10.2016 – 1 BvR 354/11, NZA 2016, 1522

<sup>18</sup> 27.8.2020 – 8 AZR 62/19, NZA 2021, 189

<sup>19</sup> BVerfG 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, NJW 2020, 1049

<sup>20</sup> Nach katholischem Kirchenrecht, das ja hier die Maßstäbe liefert, war die zweite Ehe null und nichtig, so dass der Rückkehr zur ersten Frau keine zusätzlichen Hindernisse entgegenstanden.

<sup>21</sup> EuGH 11.9.2018 – C-68/17, NZA 2018, 1187

Personalentscheidungen, insbesondere Einstellungen, werden immer häufiger in der Weise vorbereitet, dass ein unter Verwendung von „Big Data“ erstellter Algorithmus „Vorschläge“ macht, denen zu widersprechen auch für einen Personalleiter sehr schwierig ist. Dabei stellt sich das Problem, dass die eingegebenen Informationen „Schlagseite“ zulasten bestimmter Merkmalsträger aufweisen können. Unterstellt, der Algorithmus gehe davon aus, dass Personen, die in der Vergangenheit eine längere Betriebszugehörigkeit hatten, grundsätzlich die loyaleren Mitarbeiter seien, so werden Frauen und Zuwanderer im Rahmen eines Bewerbungsverfahrens benachteiligt, da sie im Durchschnitt eine erheblich kürzere Verweildauer bei ihren bisherigen (deutschen) Arbeitgebern aufweisen. Oder: Ein in das System eingepflegter Erfahrungssatz, wonach größere Polizisten bessere Erfolge aufweisen als kleinere, differenziert nicht nur nach der äußeren Erscheinung, sondern benachteiligt auch Frauen, die im Durchschnitt kleiner als Männer sind.<sup>22</sup> Vorschläge, die (auch) auf solchen diskriminierenden Annahmen beruhen, sind ihrerseits diskriminierend; wird ihnen bei der Einstellungs- oder Beförderungsentscheidung gefolgt, können die nicht berücksichtigten Bewerber Schadensersatz zumindest nach § 15 Abs. 2 AGG verlangen. Die Schwierigkeit liegt auf der Beweisebene: Wie das verarbeitete „Material“ beschaffen war, ist für den einzelnen Bewerber oder Arbeitnehmer in aller Regel nicht erkennbar. Insoweit muss entsprechend Art. 5 Abs. 1 Buchstabe a DS-GVO und § 26 Abs. 5 BDSG Datentransparenz hergestellt werden. Fehlt es daran, dürfte dies ein ausreichendes Indiz für Diskriminierung im Sinne des § 22 sein. Ebenso wird vom EuGH bei einem völlig intransparenten Lohnsystem verfahren.<sup>23</sup> Hier wie dort ist es dann Sache des Arbeitgebers, den Nachweis zu führen, dass das für den Aufbau und das „Training“ des Algorithmus verwendete Material keinen diskriminierenden Charakter hatte. Dies ist für die gewerbliche Wirtschaft in gleicher Weise wie für den öffentlichen Dienst von Bedeutung.

Neben den genannten gibt es zahlreiche andere Fälle. So wurde in letzter Zeit mit Recht darauf hingewiesen, ein Bewerbungsverfahren könne schon deshalb diskriminierend wirken, weil Stellenausschreibungen nur in Zeitschriften veröffentlicht werden, die (fast) nur von einer bestimmten Gruppe von Menschen gelesen werden („Frauenzeitschriften“, „Männerzeitschriften“). Dasselbe gilt, wenn bei sozialen Medien von vorne herein festgelegt

---

<sup>22</sup> Beispiel bei Zweig, Ein Algorithmus hat kein Taktgefühl, München 2019, S. 211

<sup>23</sup> EuGH 17.10.1989 – C-109/88, NZA 1990, 772; EuGH 31.5.1995 – C-400/93, DB 1995, 1615, 1616

wird, dass nur bestimmte Personenkreise („Personen unter 40“) die Mitteilung über die freie Stelle erhalten sollen. In beiden Fällen liegen deshalb Indizien für eine Diskriminierung im Sinne des § 22 vor.<sup>24</sup>

### **und der Personalrat?**

Diskriminierungen sind auch für den öffentlichen Dienst kein „ausgestandenes“ Thema. Der Personalrat sollte daher seine Aufgabe nach § 62 Nr. 2 BPersVG<sup>25</sup> sehr ernst nehmen, über die Einhaltung des AGG als eines zugunsten der Beschäftigten wirkenden Gesetzes zu wachen und bei potentiellen Verstößen aktiv werden. Ausdrücklich werden in § 62 weiter Inklusion und Teilhabe behinderter Menschen (Nr. 4), die tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern (Nr. 5) und die Integration ausländischer Beschäftigter (Nr. 7) genannt. An erster Stelle wird die Intervention beim Dienststellenleiter stehen. Hilft dies nicht oder erscheint es von vorne herein aussichtslos, so kann der Personalrat z. B. die Gleichstellungsbeauftragte kontaktieren oder sich an höhere Stellen wenden. Dabei kann ein Hinweis auf das Interesse der Öffentlichkeit an der Aufdeckung zweifelhafter Verfahrensweisen intensive Prozesse des Nachdenkens auslösen. Eine Dienstvereinbarung über das Vorgehen bei (möglichen) Diskriminierungen kommt mangels Mitbestimmungsrechts nicht in Betracht. Auf Bundesebene ist auch eine freiwillige Abmachung nach § 63 BPersVG ausgeschlossen,<sup>26</sup> doch sind die meisten Ländergesetze hier großzügiger. Trotz dieser aufs Ganze eher bescheidenen rechtlichen Ausgangsposition kann ein Personalrat durch sein Engagement eine Menge in Bewegung setzen.

---

<sup>24</sup> Eingehend dazu Romeis/Keßenig DB 2018, 445

<sup>25</sup> V. 9.6.2021, BGBl I S. 1614

<sup>26</sup> Insoweit hat sich gegenüber § 73 BPersVG a. F. nichts geändert. S. BT-Drucksache 19/26820 S. 111.