

**ZAR**  
Zentrum  
für  
Aus-und Fortbildung im Recht

**Auszug aus dem Skript**

**Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz**

[www.zar-fernstudium.de](http://www.zar-fernstudium.de)

## **Impressum**

Skript, Layout und Konzept wurden entwickelt durch das

ZAR

Zentrum für Aus- und Fortbildung im Recht

Wendalinusstraße 2

66606 St. Wendel

Tel.: 0 68 51 - 974 27 15

e-mail: [zar@zar-fernstudium.de](mailto:zar@zar-fernstudium.de)

Internet: [www.zar-fernstudium.de](http://www.zar-fernstudium.de)

© Alle Rechte vorbehalten. Nachdruck, Verbreitung, Weitergabe oder Vervielfältigung auch einzelner Teile sind nur mit der ausdrücklichen Zustimmung des Herausgebers gestattet.

## Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis .....	3
Vorwort .....	5
1. Einführung .....	7
1.1. Begriff und Rechtsgrundlagen des AGG .....	7
1.2. Zweck des AGG, § 1 AGG .....	8
1.3. Aufbau des AGG .....	8
1.3.1. Regelungen für Beschäftigte .....	9
1.3.2. Regelungen im Zivilrechtsverkehr .....	9
1.4. Anwendungsbereich des AGG .....	9
1.4.1. Sachlicher Anwendungsbereich, § 2 Abs. 1 AGG .....	9
1.4.2. Konkurrenz zu anderen Regelungen, insbesondere § 2 Abs. 4 AGG .....	10
1.4.3. Persönlicher Anwendungsbereich, §§ 6, 18, 24 AGG .....	10
1.5. Verhältnis des AGG zu anderen Regelungen .....	11
1.5.1. Art. 3 GG .....	11
1.5.2. Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz .....	11
1.5.3. Andere Gesetze .....	11
1.6. Unabdingbarkeit des AGG , § 31 AGG .....	11
1.7. Antidiskriminierungsstelle, §§ 25-30 AGG .....	12
1.8. Lernhilfe .....	13
2. Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung .....	15
2.1. Persönlicher Anwendungsbereich des AGG, § 6 AGG .....	15
2.2. Benachteiligungsverbot, §§ 7-10 AGG .....	15
2.2.1. Benachteiligungsgründe .....	16
2.2.2. Benachteiligungsformen .....	18
2.2.3. Zulässige unterschiedliche Behandlung .....	20
2.3. Rechte der Beschäftigten, §§ 13-16, 22 AGG .....	23
2.3.1. Beschwerderecht, § 13 AGG .....	23
2.3.2. Leistungsverweigerungsrecht, § 14 AGG .....	24
2.3.3. Schadensersatz und Entschädigung, § 15 AGG .....	24
2.3.4. Maßregelungsverbot, § 16 AGG .....	27
2.3.5. Beweislast, § 22 AGG .....	27
2.4. Organisationspflichten des Arbeitgebers .....	28

2.4.1. Stellenausschreibung, § 11 AGG .....	28
2.4.2. Maßnahmen und Pflichten des Arbeitgebers, § 12 AGG .....	29
2.5. Lernhilfe.....	30
2.6. Übungsfall.....	34

## Vorwort

Das Skript „Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz“ vermittelt einen fundierten Einblick in das seit 2006 geltende Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, das Diskriminierungen aus bestimmten Gründen verbietet.

Der Schwerpunkt der Darstellung liegt auf dem arbeitsrechtlichen Teil, es wird aber auch auf Benachteiligungen im zivilrechtlichen Bereich (Kaufverträge, Mietverträge, Versicherungsverträge, Inanspruchnahme von Dienstleistungen wie Besuch von Disko und Schwimmbad) eingegangen.

Der Leser lernt insbesondere, welche Rechten und Pflichten sich aus dem Gesetz ergeben, welche rechtlichen Folgen Verstöße haben und was - in Bezug auf Beschäftigungsverhältnisse - in der Praxis bei der Ausschreibung und Besetzung offener Stellen, der Gestaltung von Arbeitsverträgen und sonstigen arbeitsrechtlichen Regelungen sowie bei Entscheidungen und Leistungen in Bezug auf Arbeitsverhältnisse zu beachten ist.

Die Durcharbeitung des Skripts ermöglicht es dem Leser, auch wenn er bisher wenig oder nichts mit „Recht“ zu tun hatte, auf leicht verständliche Weise, sich ein fundiertes Basiswissen anzueignen. Auf die Darstellung von Sonderfällen und Details wird daher bewusst verzichtet.

Zu Beginn eines jeden Kapitels wird kurz erläutert, worum es in dem Kapitel geht. Die anschließende Darstellung des Lernstoffs erfolgt in verständlicher Art und Weise und setzt keine juristischen Vorkenntnisse voraus. Anhand von vielen Beispielen wird der Bezug zur Praxis hergestellt. Am Ende eines jeden Lernabschnitts werden die wichtigsten Ergebnisse und Definitionen noch einmal zusammengefasst. Hierdurch weiß der Leser stets, was wichtig ist und was er sich einprägen muss, um die nachfolgenden Kapitel zu verstehen. Anhand von Fragen und kleinen Fällen kann der Leser überprüfen, ob er den Lernstoff verstanden hat und praktisch anwenden kann.

Rein aus Gründen der sprachlichen Vereinfachung wird im Text auf die jeweils weibliche Form einer Bezeichnung zusätzlich zur männlichen Form verzichtet.

Zum Verständnis dieses Skripts sind außer den Gesetzestexten des AGG sowie in Auszügen des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) und des Grundgesetzes (GG) keine weiteren Bücher oder sonstigen Unterrichtsmaterialien erforderlich. Die Gesetzestexte sind in fast jeder Buchhandlung für rund 10 € erhältlich und u.a. in der Gesetzessammlung „Arbeitsgesetze“ aus dem Beck-Verlag (Arbeitsgesetze, Beck-Texte, Taschenbuch, dtv Nr. 5006, 94. Aufl. 2019, 10,90 €) enthalten.





## 1. Einführung

Im Rahmen der Einführung erfahren Sie zum besseren Verständnis Näheres zum Zweck und Aufbau des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG). Darüber hinaus erhalten Sie einen kurzen Überblick über den sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich (d.h. darüber, welche Sachverhalte und welche Personen von der gesetzlichen Regelung erfasst werden), das Verhältnis zu anderen Regelungen, zur Frage, ob die Parteien vom Gesetz abweichende Regelungen treffen können und dazu, welche Aufgaben die sogenannte „Antidiskriminierungsstelle“ des Bundes hat.

### 1.1. Begriff und Rechtsgrundlagen des AGG

Das AGG ist - abgesehen von ein paar Übergangsbestimmungen - am 18.08.2006 in Kraft getreten und basiert auf vier europäischen Richtlinien:

- Antirassismus-Richtlinie 2000/43/EG vom 29.06.2000 (Rasse und ethnische Herkunft)
- Europäische Rahmenrichtlinie 2000/78/EG vom 27.11.2000 (Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf)
- Europäische Richtlinie 76/207/EWG, geändert durch die Gender-Richtlinie 2002/73/EG vom 23.09.2002 (Verbot von Diskriminierung wegen des Geschlechts bei allen Arbeitsbedingungen)
- Europäische Uni-Sex-Richtlinie 2004/113/EG vom 13.12.2004 (Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen).

Diese Richtlinien wiederum haben ihre Grundlage im Diskriminierungsverbot des Art. 12 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft. Da EU-Richtlinien nicht unmittelbar in den einzelnen Mitgliedstaaten wirksam werden, mussten sie erst noch durch das deutsche Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz in nationales Recht umgesetzt werden.

Das AGG ist in 7 Abschnitte unterteilt:

- Allgemeiner Teil (Ziel, Anwendungsbereich, Begriffsbestimmungen, positive Maßnahmen)
- Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung (Benachteiligungsverbot im Arbeitsleben)
- Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr (Benachteiligungsverbot im Zivilrechtsverkehr)
- Rechtsschutz (Beweislast, Antidiskriminierungsverbände)
- Sonderregelungen für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse (Geltung des AGG in Bezug auf Beamte und Richter)
- Antidiskriminierungsstelle
- Schlussvorschriften (Unabdingbarkeit, andere Vorschriften, Übergangsbestimmungen).

Grundsätzlich sind nur Schuldverhältnisse, also vor allem durch Verträge begründete Rechtsbeziehungen zwischen mindestens zwei Parteien, betroffen, die nach Inkrafttreten des AGG abgeschlossen wurden.

Auf **Dauerschuldverhältnisse**, also Verträge, die über einen längeren Zeitraum laufen (z.B. Arbeitsverträge, Mietverträge), findet das AGG aber auch dann Anwendung, wenn sie vor Inkrafttreten des AGG abgeschlossen wurden, aber danach noch fortbestehen. Das AGG findet dann zwar nicht hinsichtlich des Abschlusses des Vertrags Anwendung, aber in Bezug auf die weitere Durchführung und Änderungen des Vertrags.

*Beispiel: Wird nach Inkrafttreten des AGG ein neuer Mitarbeiter eingestellt, sind bei der Auswahl dieses Mitarbeiters die Diskriminierungsverbote des AGG zu beachten. Wurde der Mitarbeiter dagegen bereits vor Inkrafttreten des AGG eingestellt und der entsprechende Arbeitsvertrag geschlossen, ist zwar eine Diskriminierung anderer Bewerber im Rahmen des Stellenbesetzungsverfahrens – jedenfalls in Bezug auf das AGG – unschädlich, die Vorschriften des AGG sind aber z.B. bei der Entscheidung über die Gewährung eines Bonus', einer Gehaltserhöhung, einer Beförderung oder einer Kündigung zu beachten.*

**Bitte prägen Sie sich ein:**

- ✓ Das AGG basiert auf vier europäischen Richtlinien, die wiederum ihre Grundlage im Diskriminierungsverbot des Art. 12 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft haben. Das AGG dient der Umsetzung dieser Richtlinien in nationales deutsches Recht, da europäische Richtlinien nicht unmittelbar gelten.
- ✓ Das AGG ist unterteilt in die 7 Abschnitte Allgemeiner Teil, Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung, Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr, Rechtsschutz, Sonderregelungen für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse, Antidiskriminierungsstelle und Schlussvorschriften.
- ✓ Das AGG findet grundsätzlich nur auf Schuldverhältnisse Anwendung, die nach Inkrafttreten des AGG geschlossen wurde. Auf Dauerschuldverhältnisse, die vor Inkrafttreten des AGG geschlossen wurden, findet es aber auf die weitere Durchführung sowie Vertragsänderungen nach Inkrafttreten des AGG Anwendung.

## **1.2. Zweck des AGG, § 1 AGG**

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz bezweckt nach § 1 AGG eine Gleichbehandlung aller Personen und will Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität verhindern oder beseitigen. Entscheidungen im Wirtschaftsleben sollen nicht mehr aus unsachlichen Gründen getroffen werden.

Der Begriff „Benachteiligung“ umfasst gemäß § 3 AGG

- unmittelbare Benachteiligungen,
- mittelbare Benachteiligungen,
- Belästigungen,
- sexuelle Belästigungen und
- Anweisungen zur Benachteiligung.

**Bitte prägen Sie sich ein:**

- ✓ Ziel des AGG ist es, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.
- ✓ Der Begriff „Benachteiligung“ umfasst unmittelbare Benachteiligungen, mittelbare Benachteiligungen, Belästigungen, sexuelle Belästigungen und Anweisungen zur Benachteiligung.

## **1.3. Aufbau des AGG**

Das AGG ist im Wesentlichen in zwei Bereiche unterteilt, nämlich den Schutz von Beschäftigten vor Benachteiligung (Benachteiligungen im Arbeitsleben) und den Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr (Benachteiligungen bei Massengeschäften, vergleichbaren Geschäften und bei privatrechtlichen Versicherungen).



### 1.3.1. Regelungen für Beschäftigte

Der Abschnitt über den Schutz der Beschäftigten (§§ 6 ff. AGG) ist weiter unterteilt in das Verbot der Benachteiligung (Anwendungsbereich, Verbot, Zulässigkeit unterschiedlicher Behandlung), die Organisationspflichten des Arbeitgebers (Stellenausschreibung, Maßnahmen und Pflichten), die Rechte der Beschäftigten (Beschwerderecht, Leistungsverweigerungsrecht, Entschädigung und Schadensersatz, Maßregelungsverbot) und ergänzende Vorschriften (soziale Verantwortung der Beteiligten, Mitgliedschaft in Vereinigungen).

### 1.3.2. Regelungen im Zivilrechtsverkehr

Dagegen besteht der Abschnitt über den Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr (§§ 19 ff. AGG) nur aus drei Paragraphen über das Benachteiligungsverbot, die Zulässigkeit unterschiedlicher Behandlung und Ansprüche.

**Bitte prägen Sie sich ein:**

✓ Das AGG ist im Wesentlichen in zwei Bereiche unterteilt, nämlich den Schutz von Beschäftigten vor Benachteiligung und den Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr.

## 1.4. Anwendungsbereich des AGG

Der Anwendungsbereich einer gesetzlichen Regelung legt fest, auf welche Sachverhalte (sachlicher Anwendungsbereich) und welche Personen (persönlicher Anwendungsbereich) das Gesetz Anwendung findet. Darüber hinaus muss die Konkurrenz zu anderen Vorschriften geregelt werden. Dabei geht es um die Frage, ob verschiedene Regelungen nebeneinander gelten oder ob eine Regelung vorgeht und die andere verdrängt.

### 1.4.1. Sachlicher Anwendungsbereich, § 2 Abs. 1 AGG

§ 2 Abs. 1 AGG regelt den sachlichen Anwendungsbereich für das Verbot von Diskriminierungen aus den in § 1 AGG genannten Gründen. Während sich die Ziffern 1-4 auf das Arbeitsleben beziehen, werden in den Ziffern 5-8 weitere Bereiche einbezogen.

Im Arbeitsleben werden folgende Bereiche geschützt:

- Zugang zur Erwerbstätigkeit (angestellt, selbständig) und beruflicher Aufstieg  
*Beispiele: Auswahlkriterien (Stellenausschreibung, Vorstellungsgespräch, Personalfragebogen), Einstellungsbedingungen, Entscheidung über Beförderung*
- Beschäftigungsbedingungen, Arbeitsbedingungen und Entlassungsbedingungen  
*Beispiele: Höhe des Arbeitsentgelts, Gewährung von Sonderleistungen (z.B. Bonus, betriebliche Altersversorgung, bezahlte Freistellung etwa am 24.12./31.12.), Arbeitsanweisungen, Versetzung, Abmahnung, Kündigung, Aufhebungsvertrag, Befristung eines Arbeitsvertrags, erfasst werden insbesondere Regelungen im Arbeitsvertrag, Zusatzvereinbarungen, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen*
- Zugang zur Berufsbildung  
*Beispiele: Berufsberatung, Berufsausbildung, berufliche Weiterbildung, Umschulung, praktische Berufserfahrung*
- Mitgliedschaft und Mitwirkung in Vereinigungen.  
*Beispiele: Gewerkschaft, Arbeitgeberverband, sonstige Berufsverbände, bezieht sich auf Zugang und Leistungen der Vereinigung*

Daneben gilt das Diskriminierungsverbot aber auch für

- den Sozialschutz, einschließlich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste

- soziale Vergünstigungen
- Bildung
- Zugang zu und Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum.

Diese Punkte betreffen im Regelfall staatliche Leistungen.

#### **1.4.2. Konkurrenz zu anderen Regelungen, insbesondere § 2 Abs. 4 AGG**

In den weiteren Absätzen des § 2 AGG wird das Verhältnis zu anderen Vorschriften behandelt. So wird in § 2 Abs. 2 AGG für Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch auf die dortigen Vorschriften und für die betriebliche Altersvorsorge auf das Betriebsrentengesetz verwiesen. Das Bundesarbeitsgericht hat mittlerweile aber entschieden, dass das AGG bei der betrieblichen Altersversorgung dennoch Anwendung findet, soweit das Betriebsrentengesetz keine Sonderregelung enthält. Die Geltung sonstiger Benachteiligungsverbote oder Gebote der Gleichbehandlung wird gem. § 2 Abs. 3 AGG durch das AGG nicht berührt, also nicht eingeschränkt. Diese Regelungen gelten somit zusätzlich bzw. ergänzend.

Dagegen gelten gemäß § 2 Abs. 4 AGG für **Kündigungen** ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz, also das Kündigungsschutzgesetz und die Regelungen zum besonderen Kündigungsschutz für bestimmte Beschäftigte wie Schwangere, Eltern in Elternzeit, Betriebsräte oder Schwerbehinderte.

Durch diese sogenannte „**Bereichsausnahme**“, also die Herausnahme des Bereichs der Kündigungen aus dem Anwendungsbereich des AGG, weicht der deutsche Gesetzgeber von den Vorgaben der europäischen Richtlinien ab, deren Geltung sich ausdrücklich auch auf Entlassungsbedingungen erstreckt. Daher bestehen Bedenken, ob diese Regelung europarechtskonform ist. Während manche Arbeitsgerichte die Regelung für europarechtswidrig halten und daher das AGG entgegen dem eindeutigen Wortlaut auch auf Kündigungen anwenden, haben andere Arbeitsgerichte wie auch das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass die Regelung europarechtskonform ausgelegt werden müsse und daher die Wertungen des AGG auf das Kündigungsschutzgesetz Anwendung finden. Die Vorschriften des AGG sind danach insbesondere bei der Frage der „Sozialwidrigkeit“ der Kündigung und bei der „Sozialauswahl“ im Rahmen betriebsbedingter Kündigungen zu berücksichtigen. Der Entschädigungsanspruch gem. § 15 Abs. 2 AGG (Schmerzensgeld für die erlittene Diskriminierung) kann zudem unabhängig von der Erhebung einer Kündigungsschutzklage geltend gemacht werden.

#### **1.4.3. Persönlicher Anwendungsbereich, §§ 6, 18, 24 AGG**

§ 6 AGG erläutert den persönlichen Anwendungsbereich des AGG, definiert also die Begriffe „Beschäftigter“ und „Arbeitgeber“. Einzelheiten hierzu erfahren Sie im Kapitel 2.1.

Nach § 24 gilt das AGG unter Berücksichtigung ihrer besonderen Rechtsstellung entsprechend auch für Beamte, Richter und Zivildienstleistende.

Gem. § 18 Abs. 1 AGG gelten die Vorschriften des 2. Abschnitts (§§ 6 ff. AGG) entsprechend für die Mitgliedschaft oder die Mitwirkung in einer Tarifvertragspartei (Gewerkschaft, Arbeitgeberverband) und ihren Zusammenschlüssen (z.B. DGB), Innungen, Kammern (z.B. IHK, Handwerkskammer), sonstigen Berufsverbänden und sonstigen Vereinigungen mit überragender Machtstellung im wirtschaftlichen oder sozialen Bereich, wenn ein grundlegendes Interesse am Erwerb der Mitgliedschaft besteht. Wird die Mitgliedschaft oder die Mitwirkung in solch einer Tarifvertragspartei oder Vereinigung unter Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot abgelehnt, besteht gem. § 18 Abs. 2 AGG ein Anspruch auf Mitgliedschaft oder Mitwirkung.

**Bitte prägen Sie sich ein:**

- |   |
|---|
| ✓ Der sachliche Anwendungsbereich des AGG erstreckt sich in Bezug auf das Arbeitsleben auf den Zugang zur Erwerbstätigkeit und den beruflichen Aufstieg, Beschäftigungsbedingungen, |
|---|

Arbeitsbedingungen, Entlassungsbedingungen, den Zugang zur Berufsbildung sowie die Mitgliedschaft und Mitwirkung in Vereinigungen.

✓ Regelungen zum persönlichen Anwendungsbereich finden sich in §§ 6, 18 und 24 AGG.

## 1.5. Verhältnis des AGG zu anderen Regelungen

Beim Verhältnis des AGG zu anderen Regelungen geht es um die Frage, ob andere Vorschriften in Bezug auf die Gleichbehandlung von Personen und rechtliche Folgen von unzulässigen Benachteiligungen nebeneinander ergänzend Anwendung finden oder eine Vorschrift Vorrang hat und die andere(n) verdrängt. Gibt es z.B. mehrere Vorschriften, die dem Benachteiligten einen Schadensersatzanspruch gewähren, kann dies von Vorteil sein, da jede Vorschrift andere Voraussetzungen hat.

### 1.5.1. Art. 3 GG

Art. 3 GG (Grundgesetz) stellt fest, dass alle Menschen gleich sind und Männer und Frauen gleichberechtigt sind. In Absatz drei wird näher bestimmt, dass niemand wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden darf sowie dass niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden darf. Da das Grundgesetz aber grundsätzlich nur den Staat und seine Einrichtungen verpflichtet und eine unmittelbare Drittwirkung im Privatrecht heute grundsätzlich abgelehnt wird, hat Art. 3 GG im Arbeitsrecht kaum Bedeutung. Bis zum Inkrafttreten des AGG bedeutsam war vor allem der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz.

### 1.5.2. Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

Der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet dem Arbeitgeber bei einheitlichen Regelungen für den ganzen Betrieb eine willkürliche, d.h. sachlich unbegründete, Herausnahme oder Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen. Relevant wurde der Grundsatz vor allem bei Sachverhalten mit einer einseitigen Gestaltungsmacht des Arbeitgebers, etwa bei der Gewährung freiwilliger Leistungen wie Gratifikationen oder einer Betriebsrente. Das AGG bestimmt in § 2 Abs. 3 aber ausdrücklich, dass die Geltung sonstiger Benachteiligungsverbote oder Gebote der Gleichbehandlung durch das AGG nicht berührt wird, diese Regelungen also zusätzlich zum AGG gelten.

### 1.5.3. Andere Gesetze

In § 15 Abs. 5 AGG ist zusätzlich nochmals für den Bereich Schadensersatz und Entschädigung geregelt, dass die Rechte der Beschäftigten, die sich aus sonstigen allgemeinen Ansprüchen ergeben, unberührt bleiben, also zusätzlich gelten. In Betracht kommen sowohl Unterlassungsansprüche gem. § 1004 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) als auch Schmerzensgeldansprüche gem. §§ 253, 823 BGB wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts. Auch vertragliche Schadensersatzansprüche, z.B. gem. § 280 BGB wegen Verletzung von Pflichten aus dem Arbeitsvertrag, sind durch das AGG nicht ausgeschlossen. Daneben können Ansprüche gegen Kollegen und Dritte (z.B. Kunden oder Lieferanten des Arbeitgebers) bestehen.

## 1.6. Unabdingbarkeit des AGG , § 31 AGG

§ 31 AGG schreibt vor, dass von den Vorschriften dieses Gesetzes nicht zu Ungunsten der geschützten Personen abgewichen werden kann (sog. Unabdingbarkeit).

**Bitte prägen Sie sich ein:**

✓ Von den Vorschriften des AGG kann nicht zum Nachteil der geschützten Personen abgewichen werden.

## 1.7. Antidiskriminierungsstelle, §§ 25-30 AGG

Beim Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend ist eine **Antidiskriminierungsstelle** des Bundes eingerichtet. Geleitet wird diese Stelle von einer Person, die der entsprechende Minister auf Vorschlag der Bundesregierung ernennt. An diese Stelle kann sich jeder wenden, der sich aus einem der im Gesetz genannten Gründe benachteiligt fühlt. Aufgabe der Antidiskriminierungsstelle ist es, solche Personen bei der Durchsetzung ihrer Rechte zu unterstützen. Dabei kann sie insbesondere über rechtliche Ansprüche und rechtliche Vorgehensmöglichkeiten informieren, eine Beratung durch andere Stellen vermitteln und eine gütliche Einigung zwischen den Parteien anstreben. Außerdem nimmt sie Öffentlichkeitsarbeit wahr, ergreift Maßnahmen zur Verhinderung von Benachteiligungen und führt wissenschaftliche Untersuchungen zu Benachteiligungen durch.

Nähere Informationen zur Antidiskriminierungsstelle erhalten Sie auf der Internetseite des Ministeriums unter

<http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/Ministerium/antidiskriminierungsstelle,did=80804.html>.

### Bitte prägen Sie sich ein:

✓ Beim Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend ist eine Antidiskriminierungsstelle eingerichtet, die Betroffene bei der Durchsetzung ihrer Rechte unterstützt, Öffentlichkeitsarbeit wahrnimmt und wissenschaftliche Untersuchungen durchführt.

## 1.8. Lernhilfe

Nach der Bearbeitung dieses Kapitels sollten Sie die folgenden Fragen beantworten können. Die Antworten finden Sie auf der nächsten Seite. Versuchen Sie jedoch zuerst eine eigenständige Lösung.

- 1) Auf welchen rechtlichen Regelungen basiert das AGG und warum war die Schaffung eines deutschen Gesetzes zur Gleichbehandlung nötig?
- 2) In welche 7 Abschnitte ist das AGG unterteilt?
- 3) Auf welche Schuldverhältnisse findet das AGG in zeitlicher Hinsicht Anwendung? Welche Besonderheit gibt es in Bezug auf Dauerschuldverhältnisse?
- 4) Was ist das Ziel des AGG?
- 5) Welche Formen der Benachteiligung umfasst der Begriff „Benachteiligung“ im AGG?
- 6) In welche zwei Bereiche ist das AGG, bezogen auf die geschützten Rechtsgeschäfte, unterteilt?
- 7) Auf welche Bereiche erstreckt sich der sachliche Anwendungsbereich des AGG in Bezug auf den Schutz von Beschäftigten?
- 8) In welchen drei Vorschriften finden sich Regelungen zum persönlichen Anwendungsbereich des AGG?
- 9) Kann von den Vorschriften des AGG zum Nachteil der Betroffenen abgewichen werden?
- 10) Wo ist die vom AGG vorgeschriebene Antidiskriminierungsstelle des Bundes eingerichtet und welche Aufgaben hat sie?

## Lösungen

- 1) Das AGG basiert auf vier europäischen Richtlinien, die wiederum ihre Grundlage im Diskriminierungsverbot des Art. 12 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft haben. Es dient der Umsetzung dieser Richtlinien in nationales deutsches Recht, da europäische Richtlinien nicht unmittelbar gelten.
- 2) Das AGG ist unterteilt in die 7 Abschnitte Allgemeiner Teil, Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung, Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr, Rechtsschutz, Sonderregelungen für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse, Antidiskriminierungsstelle und Schlussvorschriften.
- 3) Das AGG findet grundsätzlich nur auf Schuldverhältnisse Anwendung, die nach Inkrafttreten des AGG geschlossen wurden. Auf Dauerschuldverhältnisse, die vor Inkrafttreten des AGG geschlossen wurden, findet es aber auf die weitere Durchführung sowie Vertragsänderungen nach Inkrafttreten des AGG Anwendung.
- 4) Ziel des AGG ist es, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.
- 5) Der Begriff Benachteiligung umfasst unmittelbare Benachteiligungen, mittelbare Benachteiligungen, Belästigungen, sexuelle Belästigungen und Anweisungen zur Benachteiligung.
- 6) Das AGG ist im Wesentlichen in zwei Bereiche unterteilt, nämlich den Schutz von Beschäftigten vor Benachteiligung und den Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr.
- 7) Der sachliche Anwendungsbereich des AGG erstreckt sich in Bezug auf das Arbeitsleben auf den Zugang zur Erwerbstätigkeit und den beruflichen Aufstieg, Beschäftigungsbedingungen, Arbeitsbedingungen, Entlassungsbedingungen, den Zugang zur Berufsbildung sowie die Mitgliedschaft und Mitwirkung in Vereinigungen.
- 8) Regelungen zum persönlichen Anwendungsbereich finden sich in §§ 6, 18 und 24 AGG.
- 9) Nein. Von den Vorschriften des AGG kann nicht zum Nachteil der geschützten Person abgewichen werden.
- 10) Die vom AGG vorgeschriebene Antidiskriminierungsstelle des Bundes ist beim Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend eingerichtet. Die Antidiskriminierungsstelle unterstützt die Betroffenen bei der Durchsetzung ihrer Rechte, nimmt Öffentlichkeitsarbeit wahr und führt wissenschaftliche Untersuchungen durch.

## 2. Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung

In diesem Kapitel erfahren Sie, wie und in welchem Umfang Beschäftigte vor, während und nach Ende der Beschäftigung vor Diskriminierungen geschützt sind, welche Rechte sie im Falle einer Diskriminierung haben, unter welchen Voraussetzungen eine unterschiedliche Behandlung von Beschäftigten zulässig ist und welche Pflichten den Arbeitgeber treffen.

### 2.1. Persönlicher Anwendungsbereich des AGG, § 6 AGG

§ 6 AGG bestimmt den persönlichen Anwendungsbereich des AGG. Danach sind Beschäftigte im Sinne des AGG

- Arbeitnehmer
- Auszubildende
- arbeitnehmerähnliche Personen (Selbständige, die wirtschaftlich so stark von einem Auftraggeber abhängig sind, dass sie ähnlich schutzbedürftig wie Arbeitnehmer sind, jedoch nicht in die betriebliche Organisation des Arbeitgebers eingegliedert sind (keine Vorgaben bzgl. Arbeitsort, Arbeitszeit, Arbeitsweise, Urlaub, keine Vertretungsregelung))
- Heimarbeiter und ihnen Gleichgestellte
- Leiharbeiter
- Stellenbewerber
- ausgeschiedene Mitarbeiter, bei denen noch Folgewirkungen bestehen (z.B. Arbeitszeugnis, letztes Gehalt, letzter Bonus, Betriebsrente) und
- soweit es um die Bedingungen für den - erstmaligen oder erneuten - Zugang zur Erwerbstätigkeit sowie den beruflichen Aufstieg geht, auch Selbständige und Organmitglieder (Geschäftsführer, Vorstände).

Unter den Begriff des Arbeitgebers fallen

- natürliche Personen (Einzelunternehmer) und juristische Personen (Unternehmen in der Form einer GmbH oder AG) sowie rechtsfähige Personengesellschaften (Unternehmen in der Form einer oHG oder KG) mit Beschäftigten
- bei Leiharbeit nicht nur der Entleiher, sondern auch der Verleiher
- bei Heimarbeit auch der Auftraggeber oder Zwischenmeister.

**Bitte prägen Sie sich ein:**

- ✓ Beschäftigte im Sinne des AGG sind Arbeitnehmer, Auszubildende, arbeitnehmerähnliche Personen, Heimarbeiter und ihnen Gleichgestellte, Leiharbeiter, Stellenbewerber, ausgeschiedene Mitarbeiter und – in Bezug auf den Zugang zur Erwerbstätigkeit und den beruflichen Aufstieg – auch Selbständige und Organmitglieder.
- ✓ Arbeitgeber im Sinne des AGG sind natürliche Personen, juristische Personen sowie rechtsfähige Personengesellschaften mit Beschäftigten, bei Leiharbeit Entleiher und Verleiher und bei Heimarbeit auch der Auftraggeber oder Zwischenmeister.

### 2.2. Benachteiligungsverbot, §§ 7-10 AGG

In den §§ 7-10 AGG ist geregelt, welche Benachteiligungen verboten sind, welche Folgen eine Benachteiligung hat und unter welchen Voraussetzungen Beschäftigte ausnahmsweise ungleich behandelt werden dürfen.

Gem. § 7 Abs. 1 AGG dürfen Beschäftigte nicht wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt werden. Eine solche Benachteiligung liegt gem. § 7 Abs. 1 AGG auch vor, wenn der „Täter“ das Vorliegen eines solchen Grundes nur annimmt, er aber tatsächlich gar nicht vorliegt.

*Beispiel: Ein Arbeitgeber stellt einen Bewerber, den er wegen seines äußeren Erscheinungsbilds für homosexuell hält, nicht ein. Tatsächlich ist der Bewerber aber gar nicht homosexuell. Dennoch liegt eine Benachteiligung wegen der sexuellen Identität vor.*

Verstoßen Bestimmungen in Vereinbarungen gegen dieses Verbot, sind sie gem. § 7 Abs. 2 AGG unwirksam. § 7 Abs. 3 AGG stellt klar, dass ein Arbeitgeber, der einen Beschäftigten entsprechend benachteiligt, seine vertraglichen Pflichten aus dem Arbeitsvertrag verletzt.

### Bitte prägen Sie sich ein:

✓ Für eine unzulässige Benachteiligung ist es keine Voraussetzung, dass ein im AGG genannter verbotener Diskriminierungsgrund tatsächlich vorliegt. Es genügt, wenn der „Täter“ das Vorliegen annimmt, § 7 Abs. 1 AGG.

#### 2.2.1. Benachteiligungsgründe

Das AGG schützt nicht vor allen Diskriminierungen, sondern nur vor Diskriminierung aus den in § 1 AGG ausdrücklich genannten Gründen. Diese sind:

- **Rasse:** Unter Rasse versteht man die Zurechnung eines Menschen zu einer bestimmten Gruppe aufgrund bestimmter vererblicher, äußerlicher Erscheinungsmerkmale. Es soll also rassistisches Verhalten bestraft werden.

*Beispiele: Hautfarbe, Physiognomie oder Körperbau*

- **ethnische Herkunft**  
Ethnische Herkunft meint die Zugehörigkeit zu einer kulturellen räumlich begrenzten Völkergruppe oder einem Stamm. Der Begriff ist weit zu verstehen, um den Schutzbereich nicht zu sehr einzuschränken, und etwas anderes als die bloße Staatsangehörigkeit.

*Beispiele: Hautfarbe, Abstammung, nationaler Ursprung, Volkstum, gemeinsame Sprache, traditionelle Gewohnheiten*

*Die Titulierung als „Ossi“ bezeichnet nach Ansicht des Arbeitsgerichts Stuttgart keine ethnische Herkunft, da der „Ossi“ weder durch eine gemeinsame Sprache noch durch eine abgrenzbare Population geprägt ist.<sup>1</sup>*

- **Geschlecht:** Neben dem weiblichen und männlichen Geschlecht sind auch Zwischengeschlechtliche und Transsexuelle geschützt.

*Beispiel: Wird eine Frau wegen einer Schwangerschaft oder Mutterschaft ungünstiger behandelt, liegt eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts vor.*

- **Religion oder Weltanschauung:** Da beide Begriffe im AGG nicht näher definiert werden, wird auf die Auslegung in Art. 4 Grundgesetz (Religionsfreiheit) zurückgegriffen. Danach wird unter Religion der Glaube an eine transzendente, übermenschliche Wirklichkeit verstanden, während die Weltanschauung den Glauben an eine Ordnung der erlebbaren Wirklichkeit bezeichnet. Um den Schutzbereich nicht zu sehr einzuschränken, sind beide Begriffe weit auszulegen. Voraussetzung für beide Begriffe ist aber, dass sich der Glaube auf eine Gesamtansicht über das Leben bezieht, was Religion und Weltanschauung von

---

<sup>1</sup> Arbeitsgericht Stuttgart, Urteil vom 15.04.2010, Az. (Aktenzeichen): 17 Ca 8907/09.



Überzeugungen zu Teilaspekten der Welt und des Lebens unterscheidet, etwa von moralischen oder politischen Überzeugungen. Problematisch ist insbesondere die Einordnung von Scientology. Während deutsche und englische Gerichte die Religionseigenschaft verneinen, bejahen sie französische und US-amerikanische. Klarheit für Europa wird wohl erst bestehen, wenn der EuGH über diese Frage entschieden hat. Bis zu einer solchen Klärung sollten Arbeitgeber daher in Bewerbungsgesprächen oder Personalbögen nicht nach einer Mitgliedschaft bei Scientology fragen.

- **Behinderung:** Da der Begriff der Behinderung im AGG nicht näher umschrieben wird, wird auf die Definition in § 2 SGB IX (Sozialgesetzbuch, 9. Buch) zurückgegriffen, nach der Menschen mit Behinderungen Menschen sind, die körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, die sie in Wechselwirkung mit einstellungs- und umweltbedingten Barrieren an der gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate hindern können, § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX. Eine Beeinträchtigung nach § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX liegt vor, wenn der Körper- und Gesundheitszustand von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweicht, § 2 Abs. 1 S. 2 SGB IX. Da im AGG nicht zwischen Behinderung und Schwerbehinderung (Grad der Behinderung von wenigstens 50, § 2 Abs. 2 SGB IX) unterschieden wird, fallen alle Grade einer Behinderung in den Schutzbereich des AGG. Nicht umfasst ist dagegen die Krankheit.

***Beispiel:** Eine Ungleichbehandlung oder Kündigung wegen lang andauernder Krankheit oder häufiger Kurzerkrankungen ist keine verbotene Benachteiligung wegen Behinderung.*

- **Alter:** Unter eine Benachteiligung wegen des Alters fällt sowohl eine Benachteiligung wegen eines hohen Alters als auch eine wegen eines niedrigen Alters, sodass ältere und jüngere Menschen gleichermaßen geschützt sind.

***Beispiel:** So dürfen ältere Stellenbewerber z.B. nicht abgelehnt werden, weil sie typischerweise häufiger wegen Krankheit ausfallen.*

***Beispiel:** In der Praxis nicht selten ist auch der Fall, dass Tarifverträge Regelungen enthalten, die eine altersabhängige Staffelung der Urlaubsdauer derart vorsehen, dass älteren Mitarbeitern mehr Urlaubstage gewährt werden. Eine solche Regelung ist nach Ansicht des BAG (Bundesarbeitsgericht) wegen Diskriminierung jüngerer Mitarbeiter unwirksam mit der Folge, dass für die jüngeren Mitarbeiter der Urlaubsanspruch nach oben angepasst werden muss und daher auch ihnen der nach der Staffeln höchstmögliche Urlaubsanspruch zusteht.<sup>2</sup>*

***Beispiele:** Auch die Formulierung in einer Stellenausschreibung „junges Team sucht ...“ stellt eine Diskriminierung wegen des Alters dar, da damit suggeriert wird, nur – ins Team passende – ebenfalls junge Bewerber hätten eine Chance.<sup>3</sup> Dagegen stellt die Stellenausschreibung für eine Position namens „Junior Referent“ keine Diskriminierung dar, da mit dem Wort „Junior“ nicht auf das gewünschte Alter des Bewerbers hingewiesen wird, sondern auf dessen Stellung in der betrieblichen Hierarchie. Auch hat das BAG in der Stellenausschreibung eines „jungen und*

---

<sup>2</sup> BAG, Urteil vom 20.03.2012, Az.: 9 AZR 529/10.

<sup>3</sup> Dazu zuletzt z.B. BAG, Urteil vom 11.08.2016, Az.: 8 AZR 406/14: Die Formulierung in einer Stellenausschreibung, wonach dem/der Bewerber/in eine Tätigkeit „mit einem jungen dynamischen Team“ geboten wird, bewirkt eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Alters i.S.d. § 3 Abs. 1 AGG.

*dynamischen Unternehmens“ keine altersbezogenen Besetzungskriterien oder Wünsche im Hinblick auf das Alter der Bewerber erkannt.<sup>4</sup>*

- **sexuelle Identität:** Geschützt werden sowohl homosexuelle Männer und lesbische Frauen als auch Transsexuelle, Bisexuelle und zwischengeschlechtliche Menschen. Aber auch Heterosexuelle können sich auf das Benachteiligungsverbot berufen, wenn Homosexuelle bevorzugt werden. Die sexuelle Veranlagung sowie die Selbstbestimmung im Bereich der Sexualität sollen umfassend geschützt werden. Nicht geschützt sind allein unter Strafe gestellte sexuelle Neigungen wie Pädophilie (sexuelle Handlungen an Kindern), Nekrophilie (sexuelle Handlungen an Leichen) und Sodomie (sexuelle Handlungen an Tieren).

### 2.2.2. Benachteiligungsformen

Der Begriff „Benachteiligungen“ umfasst gem. § 3 AGG unmittelbare und mittelbare Benachteiligungen, Belästigungen und sexuelle Belästigungen sowie die Anweisung zur Benachteiligung.

- **unmittelbare Benachteiligungen:** Eine unmittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn eine Person eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt (gegenwärtige Ungleichbehandlung), erfahren hat (vergangene Ungleichbehandlung) oder erfahren würde (mangels tatsächlicher Vergleichsperson Heranziehung einer hypothetischen Vergleichsperson), § 3 Abs. 1 S. 1 AGG.

***Beispiel:** Eine ungünstigere Behandlung kann z.B. darin liegen, dass ein Bewerber nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen wird, da er dadurch keine Chance auf Einstellung hat.*

***Beispiel:** Eine unmittelbare Benachteiligung wegen Behinderung liegt nach der Rechtsprechung des EuGH auch dann vor, wenn ein Arbeitnehmer benachteiligt wird, weil er ein behindertes Kind zu versorgen hat. Das Benachteiligungsverbot beschränkt sich nämlich nicht nur auf den Behinderten selbst, sondern es soll grundsätzlich jede Form der Benachteiligung verhindern.*

***Beispiel:** Eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts liegt auch vor, wenn eine Frau wegen ihrer Schwangerschaft oder Mutterschaft schlechter behandelt wird, sie z.B. nicht eingestellt wird oder der bereits bestehende befristete Arbeitsvertrag nicht verlängert wird, § 3 Abs. 1 S. 2 AGG.*

Das diskriminierende Motiv muss unmittelbaren, direkten Einfluss auf die Benachteiligung haben. Handelt eine Person aus einem Motivbündel, also aus mehreren Motiven, liegt eine verbotene Benachteiligung bereits dann vor, wenn der diskriminierende Grund gegenüber den anderen Motiven nicht unbedeutend ist. Geht eine Bewerbung um eine Stelle erst nach deren Besetzung ein, kommt eine Benachteiligung grundsätzlich nicht in Betracht, da die bloße Gefahr einer Benachteiligung nicht genügt. Sofern die Gefahr hinreichend konkret ist, kann dies allenfalls einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch, nicht aber eine Sanktion (Schadensersatz, Schmerzensgeld) rechtfertigen. Allerdings hat der EuGH entschieden, dass ein konkretes Diskriminierungsopfer nicht nötig ist. Erklärt ein Arbeitgeber öffentlich in einem Interview oder einer Fernsehsendung beispielsweise, dass er Arbeitnehmer einer bestimmten ethnischen Herkunft nicht einstellt, ist diese Ankündigung bereits geeignet, Arbeitnehmer dieser Ethnie von einer Bewerbung abzuhalten.

---

<sup>4</sup> BAG, Urteil vom 23.11.2017, Az.: 8 AZR 604/16.

- **mittelbare Benachteiligungen:** Eine mittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges sachliches Ziel gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung des Ziels angemessen und erforderlich, § 3 Abs. 2 AGG. Voraussetzung ist also, dass die Ungleichbehandlung nicht direkt an ein unzulässiges Differenzierungsmerkmal anknüpft, jedoch bei dem faktischen Vollzug dieser Vorschrift Personen bzw. Personengruppen mit einem bestimmten unzulässigen Differenzierungsmerkmal benachteiligt werden.

***Beispiel:** Die Ungleichbehandlung von Teilzeitkräften gegenüber Vollzeitkräften stellt zunächst eine neutrale Vorschrift dar. Sie führt jedoch mittelbar zu einer Benachteiligung von Frauen und damit zu einer Benachteiligung wegen des Geschlechts, da der Anteil von Frauen an der Gesamtzahl der Teilzeitbeschäftigten über 90 % liegt, so dass faktisch durch eine solche Regelung vor allem Frauen benachteiligt sind.*

***Gegenbeispiel:** Die bloße Ausschreibung einer Vollzeitstelle stellt noch kein Indiz für eine Diskriminierung wegen des Geschlechts dar.<sup>5</sup>*

Liegt eine mittelbare Benachteiligung vor, wird vermutet, dass sie unrechtmäßig erfolgt. Der Arbeitgeber muss dann die sachliche Rechtfertigung sowie die Angemessenheit und Erforderlichkeit der Mittel darlegen und beweisen.

***Beispiel:** So kann z.B. eine Gratifikation (Bonus, etc.) zulässigerweise an ein aktives Beschäftigungsverhältnis geknüpft werden, auch wenn dadurch Mitarbeiter in Elternzeit – mehrheitlich Frauen – ausgeschlossen sind.*

***Beispiel:** Auch darf der Arbeitgeber Kenntnisse der deutschen Schriftsprache verlangen, damit schriftliche Arbeitsanweisungen verstanden werden, auch wenn von dieser Regelung mehrheitlich ausländische Mitarbeiter betroffen sind.*

***Beispiel:** Dagegen benachteiligt eine Regelung in einem Tarifvertrag, nach der eine Übergangsvorsorge zu dem Zeitpunkt endet, zu dem der Arbeitnehmer in Frührente gehen kann, mittelbar Frauen, da vor 1952 geborene Frauen bereits mit 60, Männer dagegen erst mit 63 in Frührente gehen können. Anders ist die Regelung jedoch zu beurteilen, wenn der Tarifvertrag regelt, dass finanzielle Nachteile der betroffenen Frauen (Rentenabschlag) durch eine jährliche Zahlung des Arbeitgebers ausgeglichen werden.*

- **Belästigung:** Unter einer Belästigung versteht man unerwünschte Verhaltensweisen aus einem diskriminierenden Grund, die bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird., § 3 Abs. 3 AGG.
- **sexuelle Belästigung:** Eine sexuelle Belästigung liegt vor, wenn das unter dem Punkt „Belästigung“ geschilderte unerwünschte Verhalten sexuell bestimmt ist, vgl. § 3 Abs. 4 AGG.

***Beispiele:** sexuelle Handlungen, Aufforderung zu sexuellen Handlungen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts, unerwünschtes Zeigen und sichtbares Anbringen von pornographischen Darstellungen*

---

<sup>5</sup> BAG, Urteil vom 23.11.2017, Az.: 8 AZR 604/16.

**Bitte prägen Sie sich ein:**

- ✓ Das AGG schützt nicht vor allen Diskriminierungen, sondern nur vor Diskriminierung aus den im Gesetz ausdrücklich genannten Gründen Rasse oder ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter oder sexuelle Identität.
- ✓ Das Benachteiligungsverbot wegen Alters schützt nicht nur ältere Menschen, sondern auch jüngere. Der Begriff „Alter“ meint sowohl hohes Alter als auch geringes Alter.
- ✓ Der Begriff Benachteiligung umfasst unmittelbare und mittelbare Benachteiligungen, Belästigungen und sexuelle Belästigungen sowie Anweisungen zur Benachteiligung.

**2.2.3. Zulässige unterschiedliche Behandlung**

Nicht jede Ungleichbehandlung aus den im AGG genannten Gründen ist verboten. Unter den Voraussetzungen der §§ 5, 8, 9 und 10 AGG ist sie zulässig. Während § 8 AGG auf alle Diskriminierungsverbote Anwendung findet, bezieht sich § 9 AGG nur auf zulässige Ungleichbehandlungen wegen der Religion oder Weltanschauung und § 10 AGG nur auf zulässige Ungleichbehandlungen wegen des Alters. Weitere Rechtfertigungsgründe gibt es dagegen nicht. Da bei Belästigungen und sexuellen Belästigungen sachliche Gründe kaum denkbar sind, kommt eine Rechtfertigung nur bei unmittelbarer und mittelbarer Benachteiligung in Betracht. Bei der mittelbaren Benachteiligung gehört die sachliche Rechtfertigung bereits zum Tatbestand und wird daher schon im Rahmen der Prüfung der Benachteiligung geprüft, während bei der unmittelbaren Benachteiligung die Rechtfertigung auf einer weiteren Stufe zu prüfen ist. § 4 AGG stellt klar, dass eine unterschiedliche Behandlung, die aus mehreren nach § 1 AGG verbotenen Gründen erfolgt, nur dann gerechtfertigt ist, wenn sich die Rechtfertigung auf alle diese Gründe erstreckt.

- **§ 5 AGG: Positive Maßnahmen:** § 5 AGG erlaubt eine unterschiedliche Behandlung, wenn durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile wegen eines in § 1 genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden sollen. Diese sog. positiven Maßnahmen sind sowohl präventiv als auch repressiv möglich. Sie müssen objektiv angemessen und geeignet sein und müssen mit den Rechtspositionen der dadurch negativ Betroffenen abgewogen werden.

*Beispiele: Förderungsprogramme für Frauen (Bevorzugung weiblicher Bewerber bei gleicher Eignung) und ältere Arbeitnehmer (Zusatzurlaub).*

- **§ 8 AGG: zulässige unterschiedliche Behandlung wegen beruflicher Anforderungen:** Gemäß § 8 Abs. 1 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zulässig, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt. Weitere Voraussetzung ist, dass der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist. Zweckmäßigkeit genügt also nicht.

*Beispiel: Ein Arbeitgeber darf die Höhe der gezahlten Vergütung von der Berufspraxis abhängig machen und dabei Zeiten, die auf Elternzeit entfallen, unberücksichtigt lassen. Zwar trifft dies überwiegend Frauen, die Maßnahme ist aber gerechtfertigt, da damit die bessere Einsetzbarkeit und das größere praxisbezogene Wissen honoriert werden sollen und diese Kriterien während der Elternzeit nicht erworben werden.*

*Beispiel: Auch darf ein Arbeitgeber männliche Bewerber für eine Stelle in einem Mädcheninternat ablehnen, wenn zu den Tätigkeiten auch die nächtliche Kontrolle in den Schlafräumen und Duschen zählt.*

Erwartungen des Markts, insbesondere des Zielpublikums bzw. der Zielkundengruppe, können einen Rechtfertigungsgrund darstellen, soweit ihre Beachtung „bestandswichtig“

ist. Dies ist der Fall, wenn die Fortführung der unternehmerischen Tätigkeit in dem betreffenden Marktsegment andernfalls auf mittlere Sicht gefährdet wäre.

**Beispiel:** So ist es zulässig, wenn ein Unternehmen für trendorientierte Jugendmode ausschließlich junges Personal einsetzt, da sich die Zielgruppe von Verkäufern eines bestimmten Alters nicht mehr angesprochen fühlt. Gleiches gilt für ein Unternehmen, das vorrangig in islamisch geprägten Ländern tätig ist, in denen als Verhandlungspartner nur Männer akzeptiert werden.

Nach § 8 Abs. 2 AGG kann eine Schlechterstellung bestimmter Beschäftigter beim Arbeitsentgelt jedoch nicht damit gerechtfertigt werden, dass der Gesetzgeber für diese Beschäftigten besondere – Kosten verursachende – Schutzvorschriften vorschreibt.

**Beispiele:** Beschäftigungsverbote für Schwangere, Zusatzurlaub von 5 Tagen für Schwerbehinderte

- **§ 9 AGG: zulässige unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder Weltanschauung:** § 9 Abs. 1 AGG erlaubt eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder Weltanschauung, wenn dieses Merkmal bei der Beschäftigung durch Religionsgemeinschaften oder ihre Einrichtungen im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht oder nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt. Dies ist unter Beachtung des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft oder Vereinigung zu bestimmen.

**Beispiele:** Arbeitsverhältnisse bei einer Kirche oder einer kirchlichen Einrichtung wie Caritas, Diakonie, kirchliche Krankenhäuser und Kindergärten

Die Zugehörigkeit zur jeweiligen Religion ist insbesondere dann eine berufliche Anforderung, wenn der Beschäftigte im Rahmen seiner Tätigkeit die religiösen Ansichten nach außen vertreten muss oder zumindest sonst für den Arbeitgeber nach außen tätig wird.

**Beispiele:** Pfarrer oder Religionslehrer, wohl auch Arzt, Krankenschwester, Pfleger oder Kindergärtner, dagegen eher nicht Hausmeister oder Putzkraft

Darüber hinaus dürfen die Religionsgemeinschaften oder Vereinigungen gem. § 9 Abs. 2 AGG von ihren Beschäftigten ein loyales und aufrichtiges Verhalten im Sinne ihres jeweiligen Selbstverständnisses verlangen. Auch wenn eine Schule oder ein Kindergarten in kirchlicher Trägerschaft also einen Bewerber für eine Stelle als Hausmeister - anders als bei einer Stelle als Religionslehrer oder Kindergärtner - nicht ablehnen darf, weil er Atheist ist, darf sie von ihm verlangen, dass er den Schülern/Kindern gegenüber keine atheistischen Bemerkungen macht.

- **§ 10 AGG: zulässige unterschiedliche Behandlung wegen des Alters:** Gemäß § 10 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Die Mittel zur Erreichung dieses Ziels müssen angemessen und erforderlich sein. In der Praxis eine Rolle spielt die Altersdiskriminierung vor allem bei in Tarifverträgen festgelegten Altersgrenzen und bei der Sozialauswahl im Rahmen von betriebsbedingten Kündigungen.

**Beispiel:** So stellt eine Regelung in einem Tarifvertrag, nach der das Arbeitsverhältnis von Piloten mit Vollendung des 60. Lebensjahres automatisch endet, nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs<sup>6</sup> einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot wegen Alters dar. Das Argument „Flugsicherheit“ genügt zur Rechtfertigung nicht, zumal international eine Altersgrenze von 65 Jahren gilt und als milderer Mittel in Betracht gekommen wäre, bei Piloten über

---

<sup>6</sup> EuGH, Urteil vom 13.09.2011, Rs. (Rechtssache) C-447/09.

*60 vorzuschreiben, dass sie nur zusammen mit Copiloten unter 60 Jahren eine Besatzung bilden dürfen.*

**Beispiel:** *Andererseits wurde vom Europäischen Gerichtshof<sup>7</sup> für Beamte eine zwangsweise Versetzung in den Ruhestand mit 65 Jahren für zulässig erachtet, wenn damit eine ausgewogene Personalstruktur, die Erleichterung der Einstellung und Beförderung jüngerer Beamter, die Verbesserung der Personalplanung und die Vorbeugung gegen Rechtsstreitigkeiten über die Leistungsfähigkeit älterer Beamter bezweckt ist.*

Kein Rechtfertigungsgrund sind erhöhte Kosten für ältere Arbeitnehmer oder eine verminderte Leistungsfähigkeit. Besonders geschützte Arbeitnehmer dürfen nicht schlechter gestellt werden, weil ihr Schutz zu höheren Kosten führt. Die verminderte körperliche Leistungsfähigkeit kann zudem durch Erfahrung und Routine ausgeglichen werden. Die Bildung von Altersgruppen im Rahmen der Sozialauswahl ist dagegen zulässig, da sie den durch die Kriterien der Sozialauswahl, insbesondere das Lebensalter und die Dauer der Betriebszugehörigkeit, bewirkten Vorrang älterer Arbeitnehmer zumindest teilweise beseitigt.

§ 10 Satz 3 Nr. 1-6 AGG enthält eine Aufzählung von Beispielen für zulässige Ungleichbehandlungen aufgrund des Alters. Wie das Wort „insbesondere“ deutlich macht, ist diese Aufzählung aber nicht abschließend.

Nach Nr. 1 ist eine Ungleichbehandlung wegen des Alters zulässig, um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren Beschäftigten und Personen mit Fürsorgepflichten zu fördern oder ihren Schutz sicherzustellen. Zu diesem Zweck dürfen besondere Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung und zur beruflichen Bildung sowie besondere Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich der Bedingungen für Entlohnung und Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses festgelegt werden.

**Beispiele:** *Regelungen über Zusatzurlaub oder Arbeitszeitverkürzungen für ältere Beschäftigte*

Nach Nr. 2 ist eine Festlegung von Mindestanforderungen an das Alter, die Berufserfahrung oder das Dienstalter für den Zugang zur Beschäftigung oder für bestimmte mit der Beschäftigung verbundene Vorteile zulässig. Dies bezieht sich insbesondere auf Vergütungssysteme, nach denen sich die Lohnhöhe u.a. nach der Dauer der Berufserfahrung richtet. Ein solches System kann aber unzulässig sein, wenn es auf das Lebensalter ohne Rücksicht auf die Berufserfahrung abstellt.

Nr. 3 erlaubt die Festsetzung von Höchstaltersgrenzen für die Einstellung auf Grund der spezifischen Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes oder auf Grund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand. Hintergrund ist, dass sich bei älteren Beschäftigten eine lange Einarbeitungszeit betriebswirtschaftlich für den Arbeitgeber nicht mehr rechnet. Welches Höchstalter zulässigerweise festgesetzt werden kann, hängt insbesondere von der Dauer und den Kosten der notwendigen Einarbeitung ab und muss im Einzelfall geprüft werden.

Nach Nr. 4 ist es zulässig, in betrieblichen Systemen der sozialen Sicherung (z.B. Betriebsrente) Altersgrenzen als Voraussetzung für die Mitgliedschaft oder den Bezug von Leistungen festzusetzen. Häufiger Anwendungsfall in der Praxis sind sogenannte Späteheklauseln im Rahmen einer Betriebsrentenzusage, die für den Bezug von Witwenrente im Fall einer Eheschließung nach Vollendung des 50. Lebensjahrs eine Ehe von mindestens 10 Jahren voraussetzen. Solche Klauseln sind zulässig, da sie der Risikobegrenzung dienen, indem sie „Versorgungsehen“ ausschließen.

---

<sup>7</sup> EuGH, Urteil vom 21.07.2011, Rs. C-159/10 und C-160/10.

Nr. 5 lässt die – in der Praxis übliche – Klausel zu, nach der das Arbeitsverhältnis ohne Kündigung bei Eintritt in das Rentenalter endet. Dabei ist nicht der tatsächliche Bezug von Altersrente maßgeblich, sondern die Rentenberechtigung.

Schließlich darf nach Nr. 6 ein Sozialplan eine nach Alter oder Betriebszugehörigkeit gestaffelte Abfindungshöhe und den Ausschluss von Leistungen an Beschäftigte, die – gegebenenfalls nach dem Bezug von Arbeitslosengeld - in Rente gehen können, vorsehen. Während die höhere Sozialplanabfindung die schlechteren Chancen älterer Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt berücksichtigt, ist der Ausschluss rentennaher Arbeitnehmer durch deren wirtschaftliche Absicherung über Arbeitslosengeld und Rente gerechtfertigt.

Auch die Berücksichtigung von Lebensalter und Dauer der Betriebszugehörigkeit – neben den weiteren Kriterien Unterhaltspflichten und Schwerbehinderung – ist im Rahmen der Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen zulässig. Der höhere Schutz älterer Arbeitnehmer vor einer betriebsbedingten Kündigung durch Berücksichtigung dieser beiden Kriterien ist gerechtfertigt, da er deren schlechtere Chancen auf dem Arbeitsmarkt auf eine gleichwertige neue Stelle ausgleichen soll. Ältere Arbeitnehmer dürfen aber nur insoweit geschützt werden, als dies nötig ist. Die Bevorzugung eines 30-Jährigen vor einem 28-Jährigen ist daher nicht gerechtfertigt. Das Kriterium „Dauer der Betriebszugehörigkeit“ schützt das Vertrauen in den Fortbestand eines langjährigen Arbeitsverhältnisses. Beide Kriterien dürfen aber weder allein ausschlaggebend noch vorrangig sein. Die Bildung von Altersgruppen innerhalb der Sozialauswahl kann gerechtfertigt sein, wenn die Bevorzugung älterer Arbeitnehmer durch die für die Sozialauswahl maßgeblichen Kriterien nur eingeschränkt, aber nicht aufgehoben wird. Eine lineare Punktevergabe für das Kriterium Alter kann gerechtfertigt sein, wenn die Arbeitsmarktchancen typisiert bei der Punktevergabe berücksichtigt werden. Die in der Punkteverteilung zum Ausdruck kommende Gewichtung der Sozialdaten muss die Möglichkeit eröffnen, dass jedes einzelne Abwägungskriterium und nicht nur allein das Lebensalter den Ausschlag geben kann.

**Bitte prägen Sie sich ein:**

- ✓ Eine unterschiedliche Behandlung ist zulässig bei sog. positiven Maßnahmen zur Verhinderung oder zum Ausgleich bestehender Nachteile wegen eines diskriminierenden Merkmals, wenn das diskriminierende Merkmal eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt oder wegen des Alters bei Rechtfertigung durch ein legitimes Ziel.

## **2.3. Rechte der Beschäftigten, §§ 13-16, 22 AGG**

In §§ 13-16 AGG sind die Rechte der Beschäftigten im Falle einer Benachteiligung geregelt. Den Beschäftigten steht zunächst ein Beschwerderecht zu. Darüber hinaus haben sie unter bestimmten Voraussetzungen ein Leistungsverweigerungsrecht sowie einen Anspruch auf Schadensersatz und angemessene Entschädigung (Schmerzensgeld). Außerdem ist die Maßregelung von Arbeitnehmern wegen der Inanspruchnahme von Rechten aus dem AGG verboten.

### **2.3.1. Beschwerderecht, § 13 AGG**

Gemäß § 13 AGG haben die Beschäftigten das Recht, sich bei der zuständigen Stelle des Betriebs bzw. Unternehmens zu beschweren, wenn sie sich im Zusammenhang mit ihrem Beschäftigungsverhältnis vom Arbeitgeber, von Vorgesetzten, anderen Beschäftigten oder Dritten (z.B. Kunden, Lieferanten) wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt fühlen. Eine bestimmte Form oder Frist ist dafür nicht vorgeschrieben. Die Beschwerde ist zu prüfen und das Ergebnis dem Betroffenen mitzuteilen. Liegt eine Benachteiligung vor, ist der Arbeitgeber gem. § 12 AGG verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen.

Der Arbeitgeber muss für solche Beschwerden eine zuständige Stelle im Betrieb bekannt machen. In Betracht kommen insbesondere ein Vorgesetzter, ein Gleichstellungsbeauftragter oder eine betriebliche Beschwerdestelle. Während bezüglich der Errichtung der Beschwerdestelle kein

Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht (hier erfüllt der Arbeitgeber nur eine gesetzliche Pflicht ohne Gestaltungsspielraum), kann bei der Besetzung der Beschwerdestelle und der Ausgestaltung des Beschwerderechts ein Mitbestimmungsrecht bestehen (insbesondere „betriebliche Ordnung“ gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG (Betriebsverfassungsgesetz)).

### **2.3.2. Leistungsverweigerungsrecht, § 14 AGG**

Ergreift der Arbeitgeber keine oder offensichtlich ungeeignete Maßnahmen zur Unterbindung einer Belästigung oder sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz, darf der Betroffene seine weitere Arbeitsleistung verweigern und behält dennoch seinen Lohnanspruch (Abweichung vom Grundsatz „kein Lohn ohne Arbeit“). Dieses Leistungsverweigerungsrecht besteht jedoch nur bei einer Belästigung oder sexuellen Belästigung, nicht dagegen bei einer „bloßen“ unmittelbaren oder mittelbaren Benachteiligung. Weitere Voraussetzung ist, dass eine Belästigung tatsächlich stattgefunden hat, diese der zuständigen Stelle im Betrieb bzw. Unternehmen mitgeteilt worden ist, der Arbeitgeber dennoch untätig geblieben ist bzw. die ergriffene Maßnahme offensichtlich ungeeignet ist (z.B. nur schriftlicher Vermerk) und die Einstellung der Tätigkeit zum Schutz des Betroffenen erforderlich ist. Daneben kann der Betroffene die Leistung auch nach § 273 BGB verweigern. Während § 273 BGB den Vertragspartner (also Arbeitgeber) zur Erfüllung seiner Vertragspflichten bewegen soll, dient § 14 AGG dem Schutz des Beschäftigten vor weiteren Belästigungen.

### **2.3.3. Schadensersatz und Entschädigung, § 15 AGG**

Gemäß § 15 Abs. 1 AGG ist der Arbeitgeber bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Dies gilt nicht, wenn der Arbeitgeber die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat (rechtlicher Begriff für „dafür zu haften hat“, knüpft an Verschulden an).

Eine Schadensersatzpflicht besteht also nur, wenn der Arbeitgeber vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat, wobei dem Arbeitgeber Verstöße von sog. Erfüllungsgehilfen (z.B. Personalleiter, Vorgesetzter, Führungskräfte), also Personen, die er zur Erfüllung von Arbeitgeberpflichten einsetzt, bei der Ausübung des Direktionsrechts zuzurechnen sind. Das Verhalten von Kunden wird dagegen nicht zugerechnet.

Aus der Formulierung als Ausnahme von der Regel („dies gilt nicht, wenn...“) ergibt sich, dass der Arbeitgeber darlegen und beweisen muss, dass er weder vorsätzlich noch fahrlässig gehandelt hat. Neben dem Vertretenmüssen des Arbeitgebers ist Voraussetzung, dass ein Schaden tatsächlich entstanden ist. Bei einer abgelehnten Bewerbung oder Beförderung setzt dies voraus, dass der Bewerber bei benachteiligungsfreier Auswahl eingestellt bzw. befördert worden wäre. Der Bewerber muss also darlegen und beweisen, dass er der Bestqualifizierte war, wobei bei der Bewertung sowohl harte Kriterien (Ausbildung, Berufserfahrung, Kenntnisse) als auch weiche Kriterien (Teamfähigkeit, Kommunikationsfähigkeit, Führungskompetenz) zu berücksichtigen sind. Dieser Darlegungs- und Beweislast nachzukommen kann für den Bewerber schwierig werden, da ihm kein Auskunftsanspruch gegen den Arbeitgeber zusteht, welcher Bewerber letztendlich eingestellt worden ist. Allerdings kann die Verweigerung jeglicher Information beim Nachweis von Tatsachen, die auf eine Diskriminierung hindeuten können, zu berücksichtigen sein.

Als Schaden, der zu ersetzen ist, kommt insbesondere der entgangene Verdienst in Betracht, wobei der Bezug von Arbeitslosengeld oder ein anderweitiger Verdienst (wenn der Bewerber nach der Ablehnung eine andere Stelle gefunden hat) anzurechnen ist. Der Schadensersatzanspruch ist in der Höhe nicht begrenzt, also insbesondere nicht begrenzt auf den Zeitraum bis zur ersten Kündigungsmöglichkeit des Arbeitgebers im Fall einer – fiktiv angenommenen - Einstellung.

Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der Betroffene gem. § 15 Abs. 2 AGG eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. § 15 Abs. 2 AGG regelt also den Ersatz des immateriellen Schadens, d.h. das Schmerzensgeld für erlittenes Unrecht. Im Gegensatz zum Schadensersatzanspruch haftet der Arbeitgeber für den immateriellen Schaden



verschuldensunabhängig, also auch, wenn ihm nicht die geringste Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist. Dabei wird dem Arbeitgeber, ähnlich wie bei der Zurechnung des Verschuldens von Erfüllungsgehilfen im Rahmen des Schadensersatzanspruchs, das benachteiligende Verhalten von ihm eingeschalteten Dritten zugerechnet.

**Beispiele:** *Beauftragt der Arbeitgeber die Bundesagentur für Arbeit mit der Veröffentlichung einer Stellenausschreibung auf der Online-Plattform der Bundesagentur und verwendet die Bundesagentur bei der Ausschreibung keine geschlechtsneutrale Formulierung, ist dem Arbeitgeber dieses Verhalten zuzurechnen. Gleiches gilt bei der Beauftragung von Headhuntern oder Personalvermittlern.*

Den Arbeitgeber trifft, wenn er mit der Stellenausschreibung Dritte beauftragt, eine Überwachungspflicht. Hintergrund ist, dass der Arbeitgeber sonst seine Pflichten aus dem AGG umgehen könnte.

Die Höhe der Entschädigungszahlung soll nach den dem AGG zugrunde liegenden europäischen Richtlinien abschreckend, wirksam und verhältnismäßig sein. Sie steht im konkreten Fall im Ermessen des über die Klage des Betroffenen entscheidenden Arbeitsgerichts. Bei der Festlegung der Höhe werden insbesondere folgende Aspekte berücksichtigt:

- Schwere der Verletzung
- Dauer und Folgen der Verletzung
- Anlass und Beweggrund des Handelns
- Verantwortlichkeit des Arbeitgebers
- wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers
- Höhe der Vergütung des Benachteiligten
- bereits erhaltene Genugtuung bzw. erhaltener Schadensersatz sowie
- Abschreckungswirkung der Entschädigungszahlung.

Lediglich für den Fall, dass der Benachteiligte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre, ist die Entschädigung auf höchstens drei Monatsgehälter beschränkt. Die Nichteinstellung muss dabei der Arbeitgeber beweisen. Macht ein abgelehnter Bewerber Entschädigung wegen Nichteinstellung geltend, ist aber Voraussetzung, dass er sich subjektiv ernsthaft um die Stelle beworben hat und objektiv für die Besetzung der Stelle in Betracht kam. Diese beiden Voraussetzungen zielen auf sog. AGG-Hopper ab, also Bewerber, die nicht wirklich an der ausgeschriebenen Stelle interessiert sind, sondern sich gezielt und massenhaft auf „angreifbare“ Stellenausschreibungen bewerben, um im Falle ihrer voraussichtlichen Ablehnung Schadensersatz und Schmerzensgeld zu verlangen.

Indizien für eine missbräuchliche Bewerbung sind:

- der Bewerber ist eindeutig überqualifiziert
- der Bewerber erfüllt objektiv die Einstellungs Voraussetzungen nicht und verbirgt dies auch nicht
- der Bewerber schickt viel zu kurze, lückenhafte und / oder unordentliche Bewerbungen
- der Bewerber macht in seiner Bewerbung auf seine diskriminierenden Eigenschaften aufmerksam
- der Bewerber betreibt eine Vielzahl von Entschädigungsklagen wegen eines Verstoßes gegen das AGG.

Arbeitgeber sollten daher alle Vorgänge rund um das Personal dokumentieren, insbesondere Bewerbungsgespräche – zumindest stichwortartig – protokollieren und die Gründe für die jeweilige Entscheidung (Absage oder Einstellung) schriftlich festhalten. Außerdem sollten Vorstellungsgespräche stets zu zweit geführt werden, um im Streitfall einen Zeugen zu haben (der Geschäftsführer/Vorstand/Inhaber ist Partei eines Rechtsstreits und kann daher kein Zeuge sein). Dabei bietet sich der potentielle Vorgesetzte des neuen Mitarbeiters oder der Personalleiter des Unternehmens an.

Erfolgt die Benachteiligung bei der Anwendung kollektivrechtlicher Vereinbarungen (Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen, Sozialpläne), ist der Arbeitgeber nur dann zur Zahlung einer Entschädigung verpflichtet, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat, § 15 Abs. 3 AGG. Dieses sog. Haftungsprivileg des Arbeitgebers bezieht sich jedoch nur auf den Ersatz des immateriellen Schadens (Schmerzensgeld), nicht auf den des materiellen Schadens (Schadensersatz). Vorsätzlich handelt der Arbeitgeber, wenn er weiß, dass durch die Anwendung der Regelung eine Person oder Gruppe benachteiligt wird. Dies kommt insbesondere in Betracht, wenn bereits ein Gericht festgestellt hat, dass die Regelung unwirksam ist und der Arbeitgeber dies weiß. Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn sich die Benachteiligung hätte aufdrängen müssen und der Arbeitgeber dies grob sorgfaltswidrig außer Acht gelassen hat. Wann dies zu bejahen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. So kann von größeren Arbeitgebern eher erwartet werden, dass sie Regelungen aktiv auf ihre Unbedenklichkeit prüfen als von Ein-Mann-Betrieben. Wird eine Beschäftigtengruppe bei der Gewährung einer Leistung benachteiligt, hat sie einen Anspruch auf Gleichstellung mit der begünstigten Gruppe.

§ 15 Abs. 4 AGG regelt, dass der Anspruch auf Ersatz des materiellen bzw. immateriellen Schadens innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden muss, es sei denn, in einem auf den Fall anwendbaren Tarifvertrag ist eine andere Frist vereinbart. Die Frist beginnt im Falle einer Bewerbung oder eines beruflichen Aufstiegs mit dem Zugang der Ablehnung und in sonstigen Fällen einer Benachteiligung zu dem Zeitpunkt, in dem der Betroffene von der Benachteiligung Kenntnis erlangt. Es empfiehlt sich daher, jedem abgelehnten Bewerber möglichst zeitnah eine – zu Beweis Zwecken schriftliche – Absage zu schicken, um die Frist in Gang zu setzen. Für die Schriftform genügt ein Fax oder eine E-Mail. Zahlt der Arbeitgeber auf die Geltendmachung nicht, muss der Betroffene gem. § 61b ArbGG (Arbeitsgerichtsgesetz) innerhalb von 3 Monaten ab Geltendmachung des Anspruchs Klage bei Gericht erheben.

§ 15 Abs. 6 AGG stellt ausdrücklich klar, dass der Betroffene keinen Anspruch auf Einstellung oder Beförderung hat. Er hat nur – bei Vorliegen der Voraussetzungen – einen Anspruch auf Schadensersatz, also auf finanziellen Ausgleich für die Benachteiligung, und auf Schmerzensgeld.

**Bitte prägen Sie sich ein:**

- ✓ Während der Schadensersatzanspruch ein Verschulden des Arbeitgebers voraussetzt, besteht ein Anspruch auf Schmerzensgeld auch ohne Verschulden. Das fehlende Verschulden muss der Arbeitgeber beweisen.
- ✓ Dem Bewerber steht kein Auskunftsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber zu, welcher Bewerber letztendlich eingestellt wurde.
- ✓ Der Schadensersatzanspruch ist nach oben nicht begrenzt.
- ✓ Der Schmerzensgeldanspruch ist lediglich für den Fall, dass der Benachteiligte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre, auf höchstens drei Monatsgehälter beschränkt.
- ✓ Für die Höhe des Schmerzensgeldanspruchs sind insbesondere folgende Kriterien maßgebend: Schwere der Verletzung, Dauer und Folgen der Verletzung, Anlass und Beweggrund des Handelns, Verantwortlichkeit des Arbeitgebers, wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des

Arbeitgebers, Höhe der Vergütung des Benachteiligten, bereits erhaltene Genugtuung bzw. erhaltener Schadensersatz sowie Abschreckungswirkung der Entschädigungszahlung.

- ✓ Voraussetzung für einen Schmerzensgeldanspruch ist, dass sich der Bewerber subjektiv ernsthaft um die Stelle beworben hat und objektiv für die Besetzung der Stelle in Betracht kam. Diese beiden Voraussetzungen zielen auf sog. AGG-Hopper ab, also Bewerber, die nicht wirklich an der ausgeschriebenen Stelle interessiert sind, sondern sich gezielt und massenhaft auf „angreifbare“ Stellenausschreibungen bewerben, um im Falle ihrer voraussichtlichen Ablehnung Schadensersatz und Schmerzensgeld zu verlangen.
- ✓ Indizien für einen AGG-Hopper sind: Bewerber ist eindeutig überqualifiziert, der Bewerber erfüllt objektiv die Einstellungs Voraussetzungen nicht und verbirgt dies auch nicht, der Bewerber schickt viel zu kurze, lückenhafte und / oder unordentliche Bewerbungen, der Bewerber macht in seiner Bewerbung auf seine diskriminierenden Eigenschaften aufmerksam, der Bewerber betreibt eine Vielzahl von Entschädigungsklagen wegen eines Verstoßes gegen das AGG.
- ✓ Arbeitgeber sollten alle Vorgänge rund um das Personal dokumentieren, insbesondere Bewerbungsgespräche – zumindest stichwortartig – protokollieren und die Gründe für die jeweilige Entscheidung (Absage oder Einstellung) schriftlich festhalten. Außerdem sollten Vorstellungsgespräche stets zu zweit geführt werden, um im Streitfall einen Zeugen zu haben. Dabei bietet sich der potentielle Vorgesetzte des neuen Mitarbeiters oder der Personalleiter des Unternehmens an.
- ✓ Erfolgt die Benachteiligung bei der Anwendung kollektivrechtlicher Vereinbarungen, ist der Arbeitgeber nur dann zur Zahlung von Schmerzensgeld verpflichtet, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat.
- ✓ Ansprüche auf Schadensersatz und Schmerzensgeld müssen grundsätzlich innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden. Die Frist beginnt im Falle einer Bewerbung oder eines beruflichen Aufstiegs mit dem Zugang der Ablehnung und in sonstigen Fällen einer Benachteiligung zu dem Zeitpunkt, in dem der Betroffene von der Benachteiligung Kenntnis erlangt. Zahlt der Arbeitgeber auf die Geltendmachung nicht, muss der Betroffene innerhalb von 3 Monaten ab Geltendmachung des Anspruchs Klage bei Gericht erheben.
- ✓ Ein Anspruch auf Einstellung besteht nicht.

#### **2.3.4. Maßregelungsverbot, § 16 AGG**

§ 16 AGG verbietet es dem Arbeitgeber, Beschäftigte wegen der Inanspruchnahme von Rechten nach dem AGG oder wegen der Weigerung, eine AGG-widrige Anweisung auszuführen, zu benachteiligen. Gleiches gilt für Personen, die den Beschäftigten hierbei unterstützen oder als Zeugen aussagen. Entsprechende Maßnahmen oder Entscheidungen sind unwirksam. Der Beschäftigte kann einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 16 AGG geltend machen, da § 16 AGG ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB ist. Er kann zudem Ansprüche gem. §§ 280, 823 BGB (Schadensersatz) und gem. § 1004 BGB (Unterlassung) geltend machen. Der Schadensersatz- und Schmerzensgeldanspruch aus § 15 AGG findet dagegen keine Anwendung.

#### **Bitte prägen Sie sich ein:**

- ✓ Ein Arbeitgeber darf Beschäftigte wegen der Inanspruchnahme von Rechten nach dem AGG oder wegen der Weigerung, eine AGG-widrige Anweisung auszuführen, nicht benachteiligen.

#### **2.3.5. Beweislast, § 22 AGG**

§ 22 AGG enthält Regelungen zur Verteilung der Beweislast bei Rechtsstreitigkeiten nach dem AGG. Danach gilt ein zweistufiges Verfahren mit Beweislasteasierung für den Betroffenen. In einer ersten Stufe muss der Betroffene Indizien darlegen und beweisen, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen. Gelingt ihm dies, muss der Arbeitgeber darlegen und beweisen, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen des AGG vorgelegen hat, dass es

also entweder keine Benachteiligung gab oder die Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist. Der Betroffene muss also nicht die Benachteiligung beweisen, sondern nur Indizien dafür.

Eine Vermutung für eine Benachteiligung liegt vor, wenn unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls bei freier Beweiswürdigung aus der Sicht einer objektiv verständigen Person der Schluss auf ein Handeln wegen eines Diskriminierungsmerkmals überwiegend wahrscheinlich ist.<sup>8</sup> Indizien für eine geschlechtsbezogene Diskriminierung können sich dabei auch aus Statistiken ergeben. Allein ein Frauenanteil unter dem Durchschnitt genügt aber nicht. Dafür sind weitere Anhaltspunkte nötig. Indizien können insbesondere Formulierungen in Stellenausschreibungen sein wie „junges Team sucht“ (d.h. gesucht werden nur ins Team passende ebenfalls junge Mitarbeiter), „junger Kollege gesucht“ (d.h. nicht ältere Kollegen), „Berufserfahrung zwischen 2 und 5 Jahren“ (Berufserfahrung darf zwar verlangt werden, aber Begrenzung nach oben – und damit Ausschluss älterer Bewerber, ist nicht gerechtfertigt), „Putzfrau gesucht“ (d.h. nicht „Putzmann“). Hat der Arbeitgeber aber dennoch Personen aus der „benachteiligten“ Gruppe eingestellt, kann er diese Indizwirkung widerlegen.

**Bitte prägen Sie sich ein:**

✓ In Bezug auf die Beweislast bei Klagen nach dem AGG gilt ein zweistufiges Verfahren mit Beweislasterleichterung für den Betroffenen. In einer ersten Stufe muss der Betroffene Indizien darlegen und beweisen, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen. Gelingt ihm dies, muss der Arbeitgeber darlegen und beweisen, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen des AGG vorgelegen hat, dass es also entweder keine Benachteiligung gab oder die Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist.

## 2.4. Organisationspflichten des Arbeitgebers

Die §§ 11 und 12 AGG regeln gesetzliche Organisationspflichten des Arbeitgebers in Bezug auf die Ausschreibung offener Stellen, zum Schutz seiner Beschäftigten vor Benachteiligungen und Hinweispflichten.

### 2.4.1. Stellenausschreibung, § 11 AGG

§ 11 AGG untersagt dem Arbeitgeber, einen Arbeitsplatz unter Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG auszuschreiben. Verboten ist also beispielsweise eine geschlechtsbezogene Stellenausschreibung, die sich ausschließlich an männliche oder ausschließlich an weibliche Bewerber richtet. Entweder der Arbeitgeber nennt die männliche und weibliche Form („Friseur/Friseuse gesucht“) oder er fügt einen Geschlechterzusatz bei („Friseur (m/w) gesucht“). Auch die Formulierung „junges Team sucht ...“ ist gefährlich, da sie suggeriert, dass nur – ins bestehende Team passende – ebenfalls junge Kollegen eine Chance auf Einstellung haben. Selbst ein Foto von Teilen der Belegschaft ist riskant, wenn auf ihm nur Arbeitnehmer mit bestimmten Diskriminierungsmerkmalen abgebildet sind.

***Beispiel:** In einem Unternehmen aus der Technikbranche arbeiten fast nur männliche Mitarbeiter. Wird im Rahmen einer Stellanzeige ein Foto mit mehreren männlichen Mitarbeitern bei der Arbeit beigefügt, könnte dies Frauen von einer Bewerbung abhalten.*

Es kann daher jedem Arbeitgeber nur geraten werden, bei der Formulierung und Gestaltung der Stellenanzeige sehr sorgfältig vorzugehen.

---

<sup>8</sup> Vgl. dazu auch BAG, Urteil vom 26.01.2017, Az.: 8 AZR 736/15: Die „Möglichkeit“ einer Ursächlichkeit ist nicht ausreichend, vielmehr muss für eine Benachteiligung aus einem AGG-Grund eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ bestehen.

### 2.4.2. Maßnahmen und Pflichten des Arbeitgebers, § 12 AGG

Gem. § 12 Abs. 1 AGG ist der Arbeitgeber verpflichtet, alle erforderlichen Maßnahmen zum Schutz seiner Beschäftigten vor Benachteiligungen zu treffen. Diese Verpflichtung umfasst sowohl präventive als auch repressive Maßnahmen.

Die Pflicht zu präventiven Maßnahmen erfüllt der Arbeitgeber insbesondere durch geeignete Schulungen seiner Mitarbeiter. Zu Beweis Zwecken sollten Arbeitgeber Datum, zeitlichen Umfang, Inhalt und Teilnehmer solcher Schulungen schriftlich dokumentieren. Außerdem empfiehlt es sich, diese Schulungen in regelmäßigen Abständen zu wiederholen. Daneben kommen aber auch Aushänge zum Thema AGG, Rundschreiben bzw. Rundmails an die Mitarbeiter oder (bauliche) Maßnahmen wie die helle Beleuchtung von Wegen in Betracht.

Bei Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot hat der Arbeitgeber im Einzelfall geeignete, erforderliche und angemessene (repressive) Maßnahmen zu ergreifen. Bei Mitarbeitern kommen insbesondere die Mittel Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung des „Täters“ in Betracht, § 7 Abs. 3 AGG. Welche Maßnahme zu treffen ist, hängt insbesondere von der Schwere des Verstoßes ab und davon, ob es ein Wiederholungsfall ist. Der Arbeitgeber muss dabei zunächst der Beschwerde des Betroffenen nachgehen, den Sachverhalt sorgfältig aufklären und die Beteiligten anhören. Erfolgt die Benachteiligung durch Kunden oder Lieferanten (§ 7 Abs. 4 AGG), kommt ein Hinweis mit der Bitte um zukünftige Unterlassung, die Aufforderung an den Lieferanten, einen anderen Mitarbeiter zu schicken, oder auch die Erteilung eines Hausverbots bzw. sogar die Beendigung der Vertragsbeziehung in Betracht.

Damit Betroffene ihre Rechte kennen und wirksam wahrnehmen können, hat der Arbeitgeber gem. § 12 Abs. 5 AGG zudem die Vorschriften des AGG, die Vorschrift des § 61b ArbGG (Frist für Klage auf Schadensersatz bzw. Entschädigung) sowie Informationen über die für die Behandlung von Beschwerden zuständige Stelle im Betrieb bekannt zu machen. Dies kann durch Aushang oder Auslegung an geeigneter Stelle oder den Einsatz der im Betrieb üblichen Informations- und Kommunikationstechnik erfolgen, also in der Praxis insbesondere durch Aushang am Schwarzen Brett oder durch Rundmail an die gesamte Belegschaft.

#### **Bitte prägen Sie sich ein:**

- ✓ Arbeitgeber müssen Arbeitsplätze unter Beachtung des Benachteiligungsverbots ausschreiben.
- ✓ Arbeitgeber sind verpflichtet, alle erforderlichen Maßnahmen zum Schutz ihrer Beschäftigten vor Benachteiligungen zu treffen. Diese Verpflichtung umfasst sowohl präventive als auch repressive Maßnahmen.
- ✓ Arbeitgeber müssen die Vorschriften des AGG, die Vorschrift des § 61b ArbGG sowie Informationen über die für die Behandlung von Beschwerden zuständige Stelle im Betrieb bekannt machen.

## 2.5. Lernhilfe

Nach der Bearbeitung dieses Kapitels sollten Sie die folgenden Fragen beantworten können. Die Antworten finden Sie im Anschluss. Versuchen Sie jedoch zuerst eine eigenständige Lösung.

- 1) Welche Personen sind Beschäftigte im Sinne des AGG?
- 2) Welche Personen sind Arbeitgeber im Sinne des AGG?
- 3) Kann eine Benachteiligung wegen der sexuellen Identität vorliegen, wenn der Arbeitgeber fälschlicherweise aufgrund des äußeren Erscheinungsbilds (Ohrring, hochmoderne Schuhe) davon ausgeht, dass der männliche Stellenbewerber homosexuell ist?
- 4) Schützt das AGG vor allen Diskriminierungen oder gibt es Einschränkungen? Wenn ja, welche?
- 5) Schützt das Verbot einer Benachteiligung wegen des Alters nur ältere Menschen?
- 6) Welche 5 Formen von Benachteiligungen umfasst das Benachteiligungsverbot des AGG?
- 7) Aus welchen 4 Gründen ist eine unterschiedliche Behandlung zulässig?
- 8) Welche Unterschiede gibt es zwischen dem Anspruch auf Schadensersatz (materieller Schaden) und dem Anspruch auf Schmerzensgeld (angemessene Entschädigung in Geld für immateriellen Schaden) in Bezug auf das Verschulden? Wer muss ein fehlendes Verschulden beweisen?
- 9) Steht einem abgelehnten Bewerber ein Auskunftsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber hinsichtlich der Person des eingestellten Bewerbers zu, damit er die Auswahlentscheidung auf eine unzulässige Benachteiligung prüfen kann?
- 10) Wie hoch kann der Schadensersatzanspruch bei einem Verstoß gegen die Bestimmungen des AGG sein?
- 11) In welchem Fall ist die Höhe des Schmerzensgeldanspruchs begrenzt? Auf welche Höhe ist der Anspruch dann begrenzt?
- 12) Welche Kriterien sind für die Höhe des Schmerzensgeldanspruchs relevant?
- 13) Welche beiden Voraussetzungen muss ein abgelehnter Bewerber zum Ausschluss von AGG-Hoppnern erfüllen, um einen Schmerzensgeldanspruch haben zu können?
- 14) Welche Indizien deuten darauf hin, dass es sich bei einem Bewerber um einen AGG-Hopper handelt?
- 15) Wie sollten sich Arbeitgeber in Bezug auf Vorgänge rund um das Personal und Vorstellungsgespräche verhalten, um das Risiko von AGG-Klagen bzw. deren Erfolgsaussichten zu minimieren?
- 16) Welche Besonderheit besteht beim Schmerzensgeldanspruch, wenn sich dieser auf eine Benachteiligung bei der Anwendung kollektivrechtlicher Vereinbarungen stützt?
- 17) Welche Fristen sind bei der Geltendmachung von Ansprüchen auf Schadensersatz bzw. Schmerzensgeld zu beachten? Wann beginnen diese Fristen zu laufen?
- 18) Hat ein Bewerber, der nur aufgrund eines in § 1 AGG genannten Merkmals abgelehnt worden ist, ansonsten aber der am besten qualifizierte Bewerber war, einen Anspruch auf Einstellung?
- 19) Darf ein Arbeitgeber einen Mitarbeiter, der sich der ausdrücklichen Anweisung widersetzt, weibliche Bewerber bei Stellenbesetzungen grundsätzlich abzulehnen, wegen Missachtung arbeitsvertraglicher Weisungen abmahnen?

- 20) Welche Regelungen trifft das AGG in Bezug auf die Beweislast bei Klagen?
- 21) Was müssen Arbeitgeber bei der Ausschreibung von Arbeitsplätzen beachten?
- 22) Welche Maßnahmen müssen Arbeitgeber zum Schutz ihrer Beschäftigten vor Benachteiligungen ergreifen?
- 23) Welche Hinweispflichten bzw. Informationspflichten haben Arbeitgeber in Bezug auf das AGG gegenüber ihren Beschäftigten?

## Lösungen

- 1) Beschäftigte im Sinne des AGG sind Arbeitnehmer, Auszubildende, arbeitnehmerähnliche Personen, Heimarbeiter, Leiharbeiter, Stellenbewerber, ausgeschiedene Mitarbeiter und – in Bezug auf den Zugang zur Erwerbstätigkeit und den beruflichen Aufstieg – auch Selbständige und Organmitglieder.
- 2) Arbeitgeber im Sinne des AGG sind natürliche Personen, juristische Personen sowie rechtsfähige Personengesellschaften mit Beschäftigten, bei Leiharbeit Entleiher und Verleiher und bei Heimarbeit auch der Auftraggeber.
- 3) Für eine unzulässige Benachteiligung ist es keine Voraussetzung, dass ein im AGG genannter verbotener Diskriminierungsgrund tatsächlich vorliegt. Es genügt, wenn der „Täter“ das Vorliegen annimmt, § 7 Abs. 1 AGG.
- 4) Das AGG schützt nicht vor allen Diskriminierungen, sondern nur vor Diskriminierung aus den im Gesetz ausdrücklich genannten Gründen Rasse oder ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter oder sexuelle Identität (s. § 1 AGG).
- 5) Nein. Das Benachteiligungsverbot wegen Alters schützt nicht nur ältere Menschen, sondern auch jüngere. Der Begriff „Alter“ meint sowohl hohes Alter als auch geringes Alter.
- 6) Der Begriff Benachteiligung umfasst unmittelbare und mittelbare Benachteiligungen, Belästigungen und sexuelle Belästigungen sowie Anweisungen zur Benachteiligung.
- 7) Eine unterschiedliche Behandlung ist zulässig bei sog. positiven Maßnahmen zur Verhinderung oder zum Ausgleich bestehender Nachteile wegen eines diskriminierenden Merkmals, wenn das diskriminierende Merkmal eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt oder wegen des Alters bei Rechtfertigung durch ein legitimes Ziel.
- 8) Während der Schadensersatzanspruch ein Verschulden des Arbeitgebers voraussetzt, besteht ein Anspruch auf Schmerzensgeld auch ohne Verschulden. Das fehlende Verschulden muss der Arbeitgeber beweisen.
- 9) Dem Bewerber steht kein Auskunftsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber zu, welcher Bewerber letztendlich eingestellt wurde.
- 10) Der Schadensersatzanspruch ist nach oben nicht begrenzt.
- 11) Der Schmerzensgeldanspruch ist lediglich für den Fall, dass der Benachteiligte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre, auf höchstens drei Monatsgehälter beschränkt.
- 12) Für die Höhe des Schmerzensgeldanspruchs sind insbesondere folgende Kriterien maßgebend: Schwere der Verletzung, Dauer und Folgen der Verletzung, Anlass und Beweggrund des Handelns, Verantwortlichkeit des Arbeitgebers, wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers, Höhe der Vergütung des Benachteiligten, bereits erhaltene Genugtuung bzw. erhaltener Schadensersatz sowie Abschreckungswirkung der Entschädigungszahlung.
- 13) Voraussetzung für einen Schmerzensgeldanspruch ist, dass sich der Bewerber subjektiv ernsthaft um die Stelle beworben hat und objektiv für die Besetzung der Stelle in Betracht kam. Diese beiden Voraussetzungen zielen auf sog. AGG-Hopper ab, also Bewerber, die nicht wirklich an der ausgeschriebenen Stelle interessiert sind, sondern sich gezielt und massenhaft auf „angreifbare“ Stellenausschreibungen bewerben, um im



- Falle ihrer voraussichtlichen Ablehnung Schadensersatz und Schmerzensgeld zu verlangen.
- 14) Indizien für einen AGG-Hopper sind: Bewerber ist eindeutig überqualifiziert, der Bewerber erfüllt objektiv die Einstellungsvoraussetzungen nicht und verbirgt dies auch nicht, der Bewerber schickt viel zu kurze, lückenhafte und / oder unordentliche Bewerbungen, der Bewerber macht in seiner Bewerbung auf seine diskriminierenden Eigenschaften aufmerksam, der Bewerber betreibt eine Vielzahl von Entschädigungsklagen wegen eines Verstoßes gegen das AGG.
  - 15) Arbeitgeber sollten alle Vorgänge rund um das Personal dokumentieren, insbesondere Bewerbungsgespräche – zumindest stichwortartig – protokollieren und die Gründe für die jeweilige Entscheidung (Absage oder Einstellung) schriftlich festhalten. Außerdem sollten Vorstellungsgespräche stets zu zweit geführt werden, um im Streitfall einen Zeugen zu haben. Dabei bietet sich der potentielle Vorgesetzte des neuen Mitarbeiters oder der Personalleiter des Unternehmens an.
  - 16) Erfolgt die Benachteiligung bei der Anwendung kollektivrechtlicher Vereinbarungen, ist der Arbeitgeber nur dann zur Zahlung von Schmerzensgeld verpflichtet, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat.
  - 17) Ansprüche auf Schadensersatz und Schmerzensgeld müssen grundsätzlich innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden. Die Frist beginnt im Falle einer Bewerbung oder eines beruflichen Aufstiegs mit dem Zugang der Ablehnung und in sonstigen Fällen einer Benachteiligung zu dem Zeitpunkt, in dem der Betroffene von der Benachteiligung Kenntnis erlangt. Zahlt der Arbeitgeber auf die Geltendmachung nicht, muss der Betroffene innerhalb von 3 Monaten ab Geltendmachung des Anspruchs Klage bei Gericht erheben.
  - 18) Ein Anspruch auf Einstellung besteht nicht.
  - 19) Nein. Ein Arbeitgeber darf Beschäftigte wegen der Inanspruchnahme von Rechten nach dem AGG oder wegen der Weigerung, eine AGG-widrige Anweisung auszuführen, nicht benachteiligen.
  - 20) In Bezug auf die Beweislast bei Klagen nach dem AGG gilt ein zweistufiges Verfahren mit Beweislasteasierung für den Betroffenen. In einer ersten Stufe muss der Betroffene Indizien darlegen und beweisen, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen. Gelingt ihm dies, muss der Arbeitgeber darlegen und beweisen, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen des AGG vorgelegen hat, dass es also entweder keine Benachteiligung gab oder die Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist.
  - 21) Arbeitgeber müssen Arbeitsplätze unter Beachtung des Benachteiligungsverbots ausschreiben.
  - 22) Arbeitgeber sind verpflichtet, alle erforderlichen Maßnahmen zum Schutz ihrer Beschäftigten vor Benachteiligungen zu treffen. Diese Verpflichtung umfasst sowohl präventive als auch repressive Maßnahmen.
  - 23) Arbeitgeber müssen die Vorschriften des AGG, die Vorschrift des § 61b ArbGG sowie Informationen über die für die Behandlung von Beschwerden zuständige Stelle im Betrieb bekannt machen.

## 2.6. Übungsfall

### Sachverhalt:

Ein 20-jähriger Leiharbeiter wird von seinem Verleiher an einen Entleiherbetrieb verliehen. Dort wird er jeden Morgen von seinem deutlich älteren Vorgesetzten mit den Worten begrüßt „Guten Morgen, Grünschnabel. Über Nacht ein wenig trockener hinter den Ohren geworden?“.

Kann der Leiharbeiter Rechte nach dem AGG geltend machen?

