

Inklusive der
Änderungen im AGG!

Schütt / Wolf

Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz

Pflichten – Risiken – Gestaltungsmöglichkeiten



**Bundesvereinigung der
Deutschen Arbeitgeberverbände**

Abt. Arbeitsrecht

Breite Straße 29

10178 Berlin

Tel.: 030.20 33 - 12 00

Fax: 030.20 33 - 12 05

E-mail: Abt_02@bda-online.de

www.bda-online.de

ISBN-10 3-936074-57-7

ISBN-13 978-3-936074-57-4

BDAktuell Nr. 17 Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz

17

3. aktualisierte Auflage



Schütt / Wolf

Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz

Pflichten – Risiken – Gestaltungsmöglichkeiten

3. aktualisierte Auflage

Die Reihe BDAktuell erscheint im Verlag der



Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet unter <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Reihe BDAktuell Nr. 17

Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz
3. aktualisierte Auflage

von Kristina Schütt und Roland Wolf

Herausgeberin:
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA), Berlin

Verlag: © -GDA- Gesellschaft für Marketing und Service
der Deutschen Arbeitgeber mbH
Breite Straße 29, 10178 Berlin
www.gda-online.de

Gestaltung: Jürgens. Design und Kommunikation, Berlin

Stand: Dezember 2006

Alle Rechte vorbehalten
Printed in Germany

ISBN-10 3-936074-57-7
ISBN-13 978-3-936074-57-4

Vorwort

Wenige Wochen nach dem Inkrafttreten des AGG ist das Gesetz erstmalig geändert worden. Die Änderungen betreffen §§ 10, 20 AGG und § 11 ArbGG.

Es handelt sich in erster Linie um redaktionelle Anpassungen. Insbesondere die Streichungen der bisherigen Nummern 6 und 7 des § 10 und die daraus resultierende kontroverse Diskussion um die Bedeutung dieser Vorschriften und die Folgen von deren Aufhebungen machen deutlich, mit welcher heißen Nadel und mit wie wenig gesetzgeberischer Stringenz das Gesamtgesetz verabschiedet worden ist.

Trotz der fehlerhaften Konstruktion des § 2 Absatz 4 AGG kommt unserer Auffassung nach in der Vorschrift hinreichend klar und deutlich zum Ausdruck, dass für Kündigungen durch das AGG kein völlig neues System des Kündigungsschutzes etabliert werden sollte. Verunsicherung hätte sich der Gesetzgeber aber durch eine sinnvolle Ergänzung des § 611 a BGB ersparen können.

Mit der vorliegenden dritten, im wesentlichen unveränderten Auflage verbinden wir nochmals den Dank für die bisherigen wertvollen Hinweise und Anregungen aus den Reihen unserer Mitglieder. Auch künftig freuen wir uns über Verbesserungsvorschläge.

Berlin im November 2006

Die Verfasser

Inhaltsverzeichnis

A. Erläuterungen zu den einzelnen Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG)

§ 1 Ziel des Gesetzes	9
1. Ziel des Gesetzes	9
2. Abgrenzung der Begriffe Diskriminierung und Benachteiligung	9
3. Diskriminierungsmerkmale	10
a. Gemeinschaftsweit einheitliche Auslegung der Diskriminierungsmerkmale	10
b. Begriffe der Rasse und der ethnischen Herkunft	10
c. Begriff des Geschlechts	11
d. Begriffe der Religion und der Weltanschauung	12
e. Begriff der Behinderung	13
f. Begriff des Alters	14
g. Begriff der sexuellen Identität	15
§ 2 Anwendungsbereich	15
1. Sämtliche Stadien des Arbeitsverhältnisses erfasst	15
a. Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit	15
aa. Fragerechte des Arbeitgebers in Bewerbungsgesprächen	16
bb. Dokumentation des Bewerbungsgesprächs	18
cc. Ablehnungsschreiben	18
b. Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen	19
c. Zugang zur Berufs(aus)bildung und beruflichen Weiterbildung	20
d. Mitwirkung in einer Beschäftigten- oder Arbeitgebervereinigung	20
e. Sozialschutz, soziale Vergünstigungen, Bildung	21
f. Zugang zu und Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen	21
2. AGG und betriebliche Altersvorsorge	22
3. Geltung von Benachteiligungsverboten in anderen Gesetzen	23

Kennzeichnung von Änderungen

Im Gesetzestext (ab S. 101) sind die durch die Gesetzesänderungen vom 2. Dezember 2006 entfallenen Passagen mittels durchgestrichenen Textes gekennzeichnet. Die Neuerungen sind kursiv und in roter Farbe dargestellt.



Die in Teil A mit diesem Symbol versehenen Textpassagen wurden an die gesetzlichen Änderungen angepasst.

Hinweise zur Benutzerführung im Dokument

Durch Klick auf den gewünschten Gliederungspunkt im Inhaltsverzeichnis gelangen Sie ohne Scrollen direkt zu dem von Ihnen gewünschten Themengebiet.

Zusätzlich: Durch Klick auf den linken Karteireiter „Lesezeichen“ gelangen Sie in eine Navigationsleiste, über die Sie jederzeit zu den gewünschten Gliederungspunkten gelangen.

4. AGG und Kündigungsschutzgesetz	23	5. Allgemeine Altersgrenzen	45
§ 3 Begriffsbestimmungen	24	6. Berücksichtigung des Alters bei der Sozialauswahl	47
1. Unmittelbare Benachteiligung	24	7. Unkündbarkeitsregelungen	47
2. Mittelbare Benachteiligung	25	8. Leistungen in Sozialplänen	48
3. Belästigung	26	9. Sonstige häufig verwendete Regelungen, die an das Alter anknüpfen	49
4. Sexuelle Belästigung	27	a. Ausgewogene Altersstruktur der Belegschaft als Auswahlkriterium bei der Einstellung	49
5. Anweisung zur Benachteiligung	28	b. Entgelt differenzierung nach dem Alter	49
§ 4 Unterschiedliche Behandlung wegen mehrerer Gründe	29	c. Verdienstsicherungsklauseln	50
§ 5 Positive Maßnahmen	30	d. Zusatzurlaub und Arbeitszeitverkürzung	50
§ 6 Persönlicher Anwendungsbereich	31	§ 11 Ausschreibung	51
1. Beschäftigte i. S. d. AGG	31	§ 12 Maßnahmen und Pflichten des Arbeitgebers	53
a. Arbeitnehmer	31	1. Maßnahmen zum Schutz vor Diskriminierungen – Absatz 1	53
b. Die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten	32	2. Schulungsmaßnahmen und ihre Wirkung – Absatz 2	54
c. Arbeitnehmerähnliche Personen, in Heimarbeit Beschäftigte	32	3. Einwirkungspflichten des Arbeitgebers – Absatz 3.	57
d. Bewerber	33	4. Schutz gegen das Verhalten Dritter – Absatz 4	58
e. Ausgeschiedene Arbeitnehmer	33	5. Bekanntmachung des AGG – Absatz 5	59
2. Arbeitgeber	34	§ 13 Beschwerderecht	59
3. Selbständige und Organmitglieder	34	§ 14 Leistungsverweigerungsrecht	60
§ 7 Benachteiligungsverbot	35	§ 15 Entschädigung und Schadensersatz	62
1. Benachteiligungsverbot und Verbot des Versuchs einer Benachteiligung	35	1. Ersatz des materiellen Schadens – Absatz 1.	65
2. Rechtsfolgen eines Verstoßes	36	2. Ersatz des immateriellen Schadens – Absatz 2	66
3. Verletzung vertraglicher Pflichten	36	3. Entschädigung bei Anwendung kollektiver Regelungen – Absatz 3.	67
§ 8 Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen beruflicher Anforderungen	37	4. Frist zur Geltendmachung – Absatz 4.	68
1. Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung auf Grund von beruflichen Anforderungen	37	5. Verhältnis zu Ansprüchen aus anderen Rechtsgründen – Absatz 5	69
2. Entgeltgleichheit	38	6. Ausschluss des Kontrahierungszwangs – Absatz 6.	70
§ 9 Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder Weltanschauung	39	7. Klage auf Entschädigung – § 61b ArbGG	71
§ 10 Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen des Alters	41	§ 16 Maßregelungsverbot	72
1. Festlegung besonderer Beschäftigungsbedingungen	41	§ 17 Soziale Verantwortung der Beteiligten	73
2. Mindestanforderungen an Alter und Berufserfahrung	42	§ 18 Mitgliedschaft in Vereinigungen	76
3. Festsetzung eines Höchstalters	43	§ 19 Zivilrechtliches Benachteiligungsverbot	77
4. Betriebliche Altersvorsorge	43	§ 20 Zulässige unterschiedliche Behandlung	80

§ 21 Ansprüche	81
§ 22 Beweislast	83
§ 23 Unterstützung durch Antidiskriminierungsverbände	85
§ 11 ArbGG Antidiskriminierungsverbände im Arbeitsrecht	86
§§ 398, 399 BGB – Abtretbarkeit von Ansprüchen	86
§ 24 Sonderregelung für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse ..	87
§ 25 Antidiskriminierungsstelle des Bundes	87
§ 26 Rechtsstellung der Leitung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes	88
§ 27 Aufgaben	90
1. Anrufung der Antidiskriminierungsstelle	90
2. Unterstützung des Betroffenen	90
a. Information und Weitervermittlung an andere Beratungsstellen	91
b. Anregung einer gütlichen Streitbeilegung	91
c. Weiterleitung an die Beauftragten des Bundestages oder der Bundesregierung	92
3. Sonstige Aufgaben der Antidiskriminierungsstelle	92
4. Berichtspflicht und Zusammenarbeit mit den Beauftragten der Bundesregierung und des Bundestages ..	93
§ 28 Befugnisse	94
§ 29 Zusammenarbeit mit Nichtregierungsorganisationen und anderen Einrichtungen	95
§ 30 Beirat	96
1. Zweck und Aufgaben des Beirats	96
2. Besetzung und Berufung des Beirats	96
§ 31 Unabdingbarkeit	98
§ 32 Schlussbestimmung	98
§ 33 Übergangsbestimmungen	99
1. Übergangsbestimmungen für das Arbeitsrecht	99
2. Übergangsbestimmungen für das allgemeine Zivilrecht ..	99
B. Text des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes ..	101
C. Gesetzestext der §§ 11 und 61b ArbGG und des § 75 BetrVG n.F.	123

A. Erläuterungen zu den einzelnen Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG)

§ 1 Ziel des Gesetzes

1. Ziel des Gesetzes

In § 1 ist das Ziel des Gesetzes genannt. Es sollen **Benachteiligungen** aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität **verhindert oder beseitigt** werden. Das AGG verfolgt damit die von den vier europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG, 2002/73/EG und 2004/113/EG für die Bereiche Beschäftigung und Beruf vorgegebene Zielsetzung. Mit dem AGG werden diese EU-Richtlinien in deutsches Recht umgesetzt – und an vielen Stellen überschritten.

2. Abgrenzung der Begriffe Diskriminierung und Benachteiligung

Das Gesetz verwendet den Begriff der „**Benachteiligung**“ und nicht den der „**Diskriminierung**“, um deutlich zu machen, dass nicht jede unterschiedliche Behandlung, die mit einer Differenzierung verbunden ist, diskriminierenden Charakter hat¹. In vielen Fällen ist eine unterschiedliche Behandlung nämlich zulässig. Dies zeigen die zahlreichen Rechtfertigungsgründe für eine Ungleichbehandlung in den §§ 5, 8 bis 10 und § 20.

¹ BT-Drs. 16/1780 S. 30.

3. Diskriminierungsmerkmale

a. Gemeinschaftsweit einheitliche Auslegung der Diskriminierungsmerkmale

Weder in § 1 noch an anderer Stelle im AGG werden die acht Merkmale, aus denen eine Benachteiligung grds. verboten ist, definiert. Auch die zu Grunde liegenden EU-Richtlinien enthalten keine entsprechende Begriffsbestimmung. Das wird zu Rechtsunsicherheit und Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Frage führen, wer sich auf den Schutz des Gesetzes berufen kann.

Der **EuGH** hat jüngst in einer Entscheidung² deutlich gemacht, dass die EU-Antidiskriminierungsrichtlinien den Mitgliedstaaten nicht die Letztentscheidung über die Auslegung der **Diskriminierungsmerkmale** einräumen. Vielmehr müssten diese Begriffe **gemeinschaftsweit einheitlich ausgelegt** werden. Dies folge aus der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts wie auch des Gleichheitsgrundsatzes. Damit kann der EuGH – falls er dazu durch einen Vorlagebeschluss eines Gerichts Gelegenheit bekommt – eine von einem deutschen Gericht entwickelte Definition eines Diskriminierungsmerkmals als nicht vereinbar mit den zu Grunde liegenden Richtlinien erklären.

b. Begriffe der Rasse und der ethnischen Herkunft

Die Diskriminierungsmerkmale der Rasse und der ethnischen Herkunft sollen einen „möglichst lückenlosen Schutz vor ethnisch motivierter Benachteiligung gewährleisten“³.

Schon die Definition des Begriffs „**Rasse**“ wirft Probleme auf. Obwohl in der Gesetzesbegründung ausdrücklich deutlich gemacht wird, dass Theorien zurückzuweisen sind, nach denen versucht wird, die Existenz

² EuGH v. 11.7.2006 – C-13/05 (Navas), Rn. 39 f.

³ BT-Drs. 16/1780 S. 30.

verschiedener menschlicher Rassen zu belegen⁴, hält der Gesetzgeber an dem Begriff „Rasse“ fest. Dieser habe einen sprachlichen Anknüpfungspunkt zum Begriff „Rassismus“. Mit dem Verbot der Benachteiligung aus Gründen der Rasse sollen demnach rassistische Tendenzen bekämpft werden. In der Praxis wird dieses Verbot vor allem bei der unterschiedlichen Behandlung aus Gründen der Hautfarbe Bedeutung haben.

Das Merkmal der „**ethnischen Herkunft**“ ist in einem weiten Sinne zu verstehen, so die Gesetzesbegründung⁵. Nach diesem Verständnis sind Benachteiligungen aus Gründen der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung, des nationalen Ursprungs oder des Volkstums (im Sinne des ethnischen Ursprungs) eingeschlossen.

Das Diskriminierungsverbot wegen der ethnischen Herkunft richtet sich jedoch **nicht** gegen eine **Ungleichbehandlung auf Grund der Staatsangehörigkeit**⁶. Vorschriften über die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatenangehörigen sowie ihren Zugang zu Beschäftigung und Beruf berührt dieses Benachteiligungsverbot damit nicht. Daraus folgt, dass eine **Arbeitserlaubnis** zur Einstellungsvoraussetzung für eine zu besetzende Stelle gemacht werden und im Vorstellungsgespräch auch weiterhin nach dem Vorhandensein einer solchen gefragt werden darf.

c. Begriff des Geschlechts

Das Benachteiligungsverbot wegen des **Geschlechts** ist aus dem früheren § 611a BGB und aus § 612 Absatz 3 BGB bekannt und wirft bzgl. der Begriffsbestimmung keine Probleme auf. Männer dürfen also gegenüber Frauen nicht ungerechtfertigt benachteiligt werden und umgekehrt.

⁴ BT-Drs. 16/1780 S. 31.

⁵ BT-Drs. 16/1780 S. 31.

⁶ Vgl. Begründungserwägung 13 der Richtlinie 2000/43/EG.

d. Begriffe der Religion und der Weltanschauung

Kennzeichnend für eine **Religion** – genauer den religiösen Glauben – ist der transzendente Bezug, die subjektive Gewissheit von der Eingliederung des Einzelnen in einen jenseitigen, nicht mit von den Menschen gesetzten Maßstäben zu beurteilenden und durch wissenschaftliche Erkenntnisquellen nicht erschöpfend zu erklärenden Zusammenhang⁷. Unzweifelhaft ist daher, dass die Mitglieder anerkannter Religions- und Glaubensgemeinschaften wie Christen, Juden und Moslems sich auf den Schutz vor Benachteiligungen berufen können.

Bei Sekten, die sich in großem Maße wirtschaftlich betätigen oder lediglich Anleitungen zu einem besseren irdischen Leben geben, kann der transzendente Bezug zweifelhaft sein⁸. Die Frage, ob Scientology eine Religion ist, hat das Bundesarbeitsgericht verneint⁹. Nach Ansicht des BAG ist Scientology eine Institution zur Vermarktung bestimmter Erzeugnisse und die Lehren dienen lediglich als Vorwand für die Verfolgung wirtschaftlicher Ziele. Im Gegensatz dazu hat das Bundesverwaltungsgericht einer Scientologin Grundrechtsschutz aus Art. 4 GG gewährt¹⁰. Die Aussagen der scientologischen Lehre, die in einer umfassenden Weise den Sinn der Welt und des menschlichen Lebens erklären, seien geeignet, den Begriff des Glaubens und der Weltanschauung zu erfüllen. Da der EuGH jedoch die Definitionshoheit über die Diskriminierungsmerkmale hat, würde er im Falle eines Vorlagebeschlusses selbständig unter Zugrundelegung der Richtlinie 2000/78/EG und ohne Rücksicht auf die deutsche Rechtsprechung zu dieser Frage entscheiden.

Unter **Weltanschauungen** sind gedankliche Systeme zu verstehen, die eine wertende Stellungnahme zum Sinn des Weltgeschehens bieten, ohne dabei auf Gott, das Jenseits oder die Idee der Transzendenz zurückzugreifen¹¹. Die Weltanschauung beschränkt sich also auf inner-

⁷ Sachs-Kokott, GG Kommentar, Art. 4 Rn. 17.

⁸ Sachs-Kokott, GG Kommentar, Art. 4 Rn. 17a.

⁹ BAG v. 22.3.1995 – 5 AZB 21/94 – NZA 1995, 823.

¹⁰ BVerwG v. 15.12.2005 – 7 C 20/04 – NJW 2006, 1303.

¹¹ Sachs-Kokott, GG Kommentar, Art. 4 Rn. 18.

weltliche Bezüge. Im Gegensatz zu einer Religion legt sie keine den Menschen überschreitende und umgreifende („transzendente“) Wirklichkeit zu Grunde.

Unklar ist, ob bspw. auch **politische Anschauungen** als Form der Weltanschauung zu verstehen sind. Muss bspw. ein politisch eher „links“ ausgerichteter Zeitungsverleger in Zukunft einen Bewerber, der sich parteipolitisch am „rechten Rand“ engagiert, einstellen? Dagegen spricht, dass es sich bei einer bestimmten politischen Anschauung lediglich um allgemeine Überzeugungen und Tendenzen handelt und es nicht speziell um bestimmte Aussagen zum Weltganzen sowie zur Herkunft des Menschen und zum Ziel des menschlichen Lebens geht¹². Diese Tatsache spricht dafür, dass die Freiheit des Verlegers, die politische Tendenz seiner Zeitung festzulegen und durch die Auswahl entsprechender Mitarbeiter auch zu verwirklichen, durch das AGG nicht angetastet wird.

e. Begriff der Behinderung

Der Begriff der „**Behinderung**“ ist im deutschen Recht bereits in **§ 2 Absatz 1 Satz 1 SGB IX** definiert. Danach sind Menschen behindert, „wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist“.

Im Unterschied zu Rechtslage vor dem Inkrafttreten des AGG, nach der bereits gem. § 81 Absatz 2 SGB IX eine Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung (gem. § 2 Absatz 2 SGB IX ab einem Grad der Behinderung von wenigstens 50) verboten war, sind vom Schutz des AGG alle Behinderten erfasst.

¹² Auch die Gesetzesbegründung – BT Drs. 16/2022 S. 28 – geht davon aus, dass die „allgemeine politische Gesinnung“ gerade nicht von dem Begriff der Weltanschauung erfasst ist.

Der **EuGH** hat sich bereits mit der Auslegung des Begriffs der „Behinderung“ befasst. Danach ist dieser Begriff ist zu verstehen, dass er eine „Einschränkung erfasst, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist und die ein Hindernis für die Teilhabe des Betroffenen im Berufsleben bildet“¹³. Nach Ansicht des EuGH sind von dem Begriff der Behinderung Fälle erfasst, in denen die Teilhabe am Berufsleben über einen langen Zeitraum eingeschränkt ist¹⁴. Der EuGH hat weiter entschieden, dass eine **Krankheit nicht mit einer Behinderung gleichzusetzen** ist. Eine Person, der von ihrem Arbeitgeber ausschließlich wegen Krankheit gekündigt worden ist, wird nicht von dem durch die Richtlinie 2000/78/EG zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen einer Behinderung geschaffenen allgemeinen Rahmen erfasst¹⁵. Zudem sei eine Krankheit auch kein weiterer Grund neben denen in der Richtlinie 2000/78/EG genannten, aus denen eine Benachteiligung verboten ist¹⁶. Die Gründe, aus denen eine Benachteiligung verboten ist, seien in der Richtlinie 2000/78/EG abschließend aufgezählt.

f. Begriff des Alters

Der Begriff des „Alters“ meint jedes Lebensalter. So können Vorschriften, die ältere Beschäftigte begünstigen, zugleich eine Benachteiligung jüngerer Beschäftigter mit sich bringen, und umgekehrt. Es geht bei diesem Benachteiligungsverbot also nicht allein um den Schutz älterer Beschäftigter.

¹³ EuGH v. 11.7.2006 – C-13/05 (Navas), Rn. 43.

¹⁴ EuGH v. 11.7.2006 – C-13/05 (Navas), Rn. 45.

¹⁵ EuGH v. 11.7.2006 – C-13/05 (Navas), Rn. 47.

¹⁶ EuGH v. 11.7.2006 – C-13/05 (Navas), Rn. 53 ff.

g. Begriff der sexuellen Identität

Schließlich ist auch eine Benachteiligung wegen der „**sexuellen Identität**“ verboten. Nach der Gesetzesbegründung sollen mit diesem Merkmal homosexuelle Männer und Frauen ebenso erfasst werden wie bisexuelle, transsexuelle oder zwischengeschlechtliche Menschen¹⁷.

Eine Bevorzugung der Ehe gegenüber eingetragenen gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften kann daher unter Umständen eine Benachteiligung wegen der sexuellen Identität der beteiligten Personen sein. Bei der Prüfung, ob in solchen Fällen eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung vorliegt, muss jedoch berücksichtigt werden, dass die Ehe im Gegensatz zur gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft vom Grundgesetz (Art. 6 Absatz 1 GG) ausdrücklich unter Schutz gestellt wird.

§ 2 Anwendungsbereich

In § 2 sind der **sachliche Anwendungsbereich** des AGG und die Ausnahmen von diesem geregelt.

1. Sämtliche Stadien des Arbeitsverhältnisses erfasst

Benachteiligungen aus einem in § 1 genannten Grund – also aus einem der acht Diskriminierungsmerkmale – sind in sämtlichen „Stadien“ des Arbeitsverhältnisses unzulässig.

a. Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit

Alle Bedingungen – einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen – für den Zugang zu unselbständiger und selbständiger

¹⁷ BT-Drs. 16/1780 S. 31.

Erwerbstätigkeit, unabhängig vom Tätigkeitsfeld und beruflicher Position, sowie für den beruflichen Aufstieg fallen gem. § 2 Absatz 1 Nr. 1 unter den sachlichen Anwendungsbereich des AGG.

Damit müssen bspw. Stellenanzeigen¹⁸ und die Bewerberauswahl bei der Einstellung bzw. die Kandidatenauswahl bei einer Beförderung grds. frei von Benachteiligungen wegen der in § 1 genannten Merkmale sein.

aa. Fragerechte des Arbeitgebers in Bewerbungsgesprächen

In Bezug auf die Durchführung eines **Bewerbungsgesprächs** stellt sich die Frage, nach welchen Eigenschaften bzw. Merkmalen der Arbeitgeber den Bewerber fragen darf, ohne einen Verstoß gegen das AGG zu riskieren.

- Bereits vor Inkrafttreten des AGG war durch die Rechtsprechung des BAG¹⁹ anerkannt, dass die Frage nach der **Schwangerschaft** vor der geplanten unbefristeten Einstellung einer Frau gegen das Verbot der Benachteiligung wegen des Geschlechts verstößt. Nach Ansicht des BAG gilt dies auch dann, wenn die Frau die vereinbarte Tätigkeit wegen eines mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbots zunächst nicht aufnehmen kann. Nach der Rechtsprechung des EuGH²⁰ ist die Frage nach der Schwangerschaft sogar unabhängig davon unzulässig, ob die Bewerberin befristet oder auf Dauer eingestellt werden soll.
- Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob der Arbeitgeber auch nach einer evtl. bestehenden **Behinderung oder Schwerbehinderung** fragen darf. Die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts unterscheidet zwischen der Frage nach einer Behinderung und nach einer Schwerbehinderung. Nach einer Behinderung darf

der Arbeitgeber nur dann fragen, wenn diese erfahrungsgemäß die Eignung des Stellenbewerbers für die vorgesehene Tätigkeit beeinträchtigt. Nach der anerkannten Schwerbehinderung darf der Arbeitgeber nach Ansicht des BAG ohne weitere Einschränkungen fragen²¹. Das BAG begründet seine Ansicht damit, dass an die Schwerbehinderung zahlreiche Pflichten des Arbeitgebers geknüpft sind, die sein berechtigtes Interesse an der Frage begründen. Das Fragerecht nach der Schwerbehinderung besteht nach Ansicht des BAG auch dann, wenn die Schwerbehinderung tätigkeitsneutral ist. An dieser Interessenlage ändert sich auch nach Inkrafttreten des AGG nichts, da die für den Arbeitgeber bestehenden Pflichten nach dem SGB IX (z. B. die Gewährung von 5 Arbeitstagen Zusatzurlaub im Urlaubsjahr für Schwerbehinderte gem. § 125 Absatz 1 SGB IX) weiter existieren.

- Nach einer **Religionszugehörigkeit** wird man auch in Zukunft wohl grds. nicht fragen dürfen. Ausnahmen wird man von diesem Grundsatz jedoch für Kirchen und diesen zugeordneten Einrichtungen machen können, soweit sie sich auf den Rechtfertigungsgrund in § 9 berufen können.

Im Rahmen von Bewerbungsgesprächen sollte daher nur nach solchen Dingen gefragt werden, die für die Tätigkeit von Bedeutung sind. Ist bspw. die Stelle einer Sekretärin/eines Sekretärs zu besetzen, wird der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an der Frage haben, ob der Bewerber perfekte Deutschkenntnisse in Wort und Schrift hat. Bei einer gewerblichen Tätigkeit, bei der es zumindest nicht notwendig ist, deutsch zu schreiben, kann die Frage nach perfekten Kenntnissen der deutschen Sprache in Wort und Schrift evtl. ein Indiz für eine mittelbare Benachteiligung auf Grund der ethnischen Herkunft und damit bereits Auslöser für die Beweislastumkehr nach § 22 sein.

¹⁸ Zu Einzelheiten zur Stellenausschreibung siehe die Kommentierung zu § 11.

¹⁹ BAG v. 6.2.2003 – 2 AZR 621/01 – NZA 2003, 848.

²⁰ EuGH v. 4.10.2001 – C-109/00 – NJW 2002, 123 (Tele Danmark).

²¹ BAG v. 5.10.1995 – 2 AZR 923/94 – NZA 1996, 371.

der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität sind die §§ 19 bis 21 gem. § 33 Absatz 3 Satz 1 erst auf **Schuldverhältnisse** anzuwenden, die **nach dem 1. Dezember 2006 geschlossen** werden. Mit dieser Übergangsfrist will der Gesetzgeber den Bedürfnissen der Wirtschaft Rechnung tragen, sich auf die neuen Regelungen einstellen zu können. In diesem Bereich ist eine Übergangsfrist europarechtlich möglich, da ein Benachteiligungsverbot für die Merkmale Religion, Behinderung, Alter und sexuelle Identität von den europäischen Richtlinien nicht gefordert ist.

Eine **Sonderregelung** besteht gem. § 33 Absatz 2 Satz 2 und § 33 Absatz 3 Satz 2 für **Dauerschuldverhältnisse**, die vor dem 18. August 2006 begründet wurden. Die §§ 19 bis 21 sind lediglich auf Änderungen des Dauerschuldverhältnisses anwendbar, die nach dem 18. August 2006 vereinbart wurden. So ist das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot bspw. anwendbar auf eine Anpassung des Entgelts für Leistungen bei längerfristigen Verträgen oder aber auf Kündigungen bei Bestandsverträgen¹⁰⁶. Nicht anwendbar ist das genannte Benachteiligungsverbot auf das bei – vor dem 18. August 2006 vereinbartem – Vertragsschluss begründete Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, da dem das Verbot der Rückwirkung entgegensteht.

Eine **Sonderregelung für privatrechtliche Versicherungsverträge** enthält § 33 Absatz 4. Für Schuldverhältnisse, die eine privatrechtliche Versicherung zum Gegenstand haben, gilt das neue Recht (das Benachteiligungsverbot des § 19 Abs. 1) erst für einen Vertragsschluss **ab dem 22. Dezember 2007**. Der Gesetzgeber hat mit dieser Übergangsfrist auf die Notwendigkeit Rücksicht genommen, dass die Versicherungswirtschaft einen gewissen zeitlichen Vorlauf benötigt, um ihre Kalkulationen, Vertragsmuster und Versicherungsbedingungen an die neue Rechtslage anzupassen. Schließlich ist gem. § 33 Absatz 4 Satz 2 auf Versicherungsverträge, die bis zum 21. Dezember 2007 geschlossen wurden, das neue Recht auf spätere Änderungen dieser Verträge anwendbar.

¹⁰⁶ BT-Drs. 16/1780 S. 53.

B. Text des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes

Die durch die Gesetzesänderungen entfallenen Passagen werden hier mittels durchgestrichenen Textes angezeigt, die Neuerungen sind kursiv und in roter Farbe dargestellt.

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

vom 14. August 2006

(BGBl. I S. 1897), *geändert durch Art. 8 des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Betriebsrentengesetzes vom 2. Dezember 2006 (BGBl. I S. 2745)*

Abschnitt 1 Allgemeiner Teil

§ 1

Ziel des Gesetzes

Ziel des Gesetzes ist, 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.

§ 2

Anwendungsbereich

- (1) Benachteiligungen aus einem in § 1 genannten Grund sind nach Maßgabe dieses Gesetzes unzulässig in Bezug auf:
1. die Bedingungen, einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen, für den Zugang zu unselbstständiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit, unabhängig von Tätigkeitsfeld und beruflicher Position, sowie für den beruflichen Aufstieg,
 2. die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich Arbeitsentgelt und Entlassungsbedingungen, insbesondere in individual- und kollektivrechtlichen Vereinbarungen und Maßnahmen bei der Durchführung und Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses sowie beim beruflichen Aufstieg,

3. den Zugang zu allen Formen und allen Ebenen der Berufsberatung, der Berufsbildung einschließlich der Berufsausbildung, der beruflichen Weiterbildung und der Umschulung sowie der praktischen Berufserfahrung,
 4. die Mitgliedschaft und Mitwirkung in einer Beschäftigten- oder Arbeitgebervereinigung oder einer Vereinigung, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören, einschließlich der Inanspruchnahme der Leistungen solcher Vereinigungen,
 5. den Sozialschutz, einschließlich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste,
 6. die sozialen Vergünstigungen,
 7. die Bildung,
 8. den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum.
- (2) Für Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch gelten § 33c des Ersten Buches Sozialgesetzbuch und § 19a des Vierten Buches Sozialgesetzbuch. Für die betriebliche Altersvorsorge gilt das Betriebsrentengesetz.
 - (3) Die Geltung sonstiger Benachteiligungsverbote oder Gebote der Gleichbehandlung wird durch dieses Gesetz nicht berührt. Dies gilt auch für öffentlich-rechtliche Vorschriften, die dem Schutz bestimmter Personengruppen dienen.
 - (4) Für Kündigungen gelten ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz.

§ 3

Begriffsbestimmungen

- (1) Eine unmittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts liegt in Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 auch im Fall einer ungünstigeren Behandlung einer Frau wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft vor.
- (2) Eine mittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn dem Anschein nach

- neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.
- (3) Eine Belästigung ist eine Benachteiligung, wenn unerwünschte Verhaltensweisen, die mit einem in § 1 genannten Grund in Zusammenhang stehen, bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.
 - (4) Eine sexuelle Belästigung ist eine Benachteiligung in Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4, wenn ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten, wozu auch unerwünschte sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie unerwünschtes Zeigen und sichtbares Anbringen von pornographischen Darstellungen gehören, bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.
 - (5) Die Anweisung zur Benachteiligung einer Person aus einem in § 1 genannten Grund gilt als Benachteiligung. Eine solche Anweisung liegt in Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 insbesondere vor, wenn jemand eine Person zu einem Verhalten bestimmt, das einen Beschäftigten oder eine Beschäftigte wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt oder benachteiligen kann.

§ 4

Unterschiedliche Behandlung wegen mehrerer Gründe

Erfolgt eine unterschiedliche Behandlung wegen mehrerer der in § 1 genannten Gründe, so kann diese unterschiedliche Behandlung nach den §§ 8 bis 10 und 20 nur gerechtfertigt werden, wenn sich die Rechtfertigung auf alle diese Gründe erstreckt, derentwegen die unterschiedliche Behandlung erfolgt.