

---

**Thema: „Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) im Arbeitsrecht“**

---

Die „kfd-BF“ verfolgt über Jahre die aktuellen Entwicklungen auf dem Arbeitsmarkt. Zu erkennen ist, dass im beruflichen Alltag die ArbeitnehmerInnen unter enormen Druck stehen. Stellenkürzungen, Umstrukturierungen und unklare Rahmenbedingungen erhöhen die Belastungen. Diskriminierung und Ausgrenzungen nehmen zu. Fairness und Respekt werden zu Fremdwörtern. Die BF bearbeitete im Zusammenhang mit dem Thema Fairness bei der Bundeskonferenz im September 2008 das **Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)**. Es beinhaltet konkrete rechtliche Handhabungen gegen Diskriminierung

Im Folgenden ein Auszug aus dem Referat, das **Prof. Dr. Michael Alenfelder**, der als engagierter Fachanwalt viele erfolgreiche Prozesse zum AGG begleitet, bei der Bundeskonferenz hielt (gesamtes Manuskript bestellen bei [BF@kfd.de](mailto:BF@kfd.de)).

**ALLGEMEINES  
GLEICHBEHANDLUNGSGESETZ (AGG)****1. Vorgeschichte und Rechtsgrundlagen**

Nach erbitterter politischer Diskussion trat am 18.08.2006 das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) in Kraft. Das AGG führt in Deutschland erstmals ein umfassendes Diskriminierungsverbot verbunden mit wirksamen Sanktionen (insbesondere Schadensersatz) ein.

Dies führt zu drastischen Änderungen insbesondere im Arbeitsrecht. In den anderen EU-Mitgliedsstaaten bestehen entsprechende Gesetze schon und haben erhebliche Auswirkungen. So ist beispielsweise in Großbritannien die Zahl der Diskriminierungsklagen deutlich gestiegen. Teilweise wurden die Arbeitgeber zu schmerzhaften Schadensersatzleistungen verurteilt (bis zu 2,4 Mio. EUR)<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Arianna McGregor-Mezzotero gegen BNP Paribas: rund 750.000 EUR Entschädigung (Geschlechtsdiskriminierung), 2005; Kay Swinburne gegen Deutsche Bank Lon-

**2. Regelungen des AGG im Arbeitsrecht****2.1. Diskriminierungsmerkmale**

Bereits zuvor gab es einzelne Diskriminierungsverbote im deutschen Recht<sup>2</sup> Diese wurden im AGG zusammengefasst und wesentlich ausgeweitet. Jede Benachteiligung wegen folgender Kriterien ist nach dem AGG §§ 1,7 Abs. 1 untersagt:

- Rasse oder ethnische Herkunft
- Geschlecht
- Religion oder Weltanschauung
- Alter
- Behinderung
- Sexuelle Identität

**2.1.1. Vermeintliche Rasse und Ethnische Herkunft**

Es gibt nur eine menschliche Rasse. Die EU benutzt den Begriff nur, um ein Signal gegen Rassismus zu setzen<sup>3</sup>. Das AGG verwendet die Formulierung „aus Gründen der Rasse“. Damit soll klargestellt werden, dass Diskriminierte sich nicht auf die Zugehörigkeit zu einer „Rasse“ berufen müssen. Es reicht, wenn der Täter diskriminiert, weil er glaubt, das Opfer gehöre einer vermeintlichen „Rasse“ an.

**2.1.2. Geschlecht**

Neben männlich und weiblich erfasst dieser Punkt Hermaphroditen und Transsexuelle zu. Bei den Transsexuellen ist es irrelevant, ob der Gesetzgeber den Wechsel des Geschlechts anerkennt und wie weit der Geschlechtswandel bereits fortgeschritten ist. Jede Benachteiligung einer Frau wegen Schwangerschaft und Mutterschaft ist Geschlechtsdiskriminierung: AGG § 3, Abs. 1, S. 2.

---

don: rund 1,5 Mio. EUR (Geschlechtsdiskriminierung), 2005; Feyi Awotona gegen South Tyneside District Hospital (Rassen- und Geschlechtsdiskriminierung: 2,4 Mio. EUR, 2005; Helen Green gegen Deutsche Bank: 1,2 Mio. EUR (Mobbing und Geschlechtsdiskriminierung), 2006

<sup>2</sup> Art. 3 GG; § 75 BetrVG: Diskriminierung von Betriebsratsangehörigen; § 4 TzBfG: für Teilzeitbeschäftigte und befristet beschäftigte Arbeitnehmer; § 81 SGB IX: Diskriminierung von schwerbehinderten Menschen; § 61a BGB: Geschlechtsdiskriminierung

<sup>3</sup> Erwägungsgrund 3, Richtlinie 2000/43/EG vom 29.06.2000

### 2.1.3. Religion und Weltanschauung

Der Begriff der Religion ist nicht näher definiert. Strittig ist beispielsweise die Einordnung der Scientology Organisation als Religion.

„Weltanschauung“ ist weit auszulegen und betrifft jede Überzeugung oder jede Ansicht von einiger Ernsthaftigkeit. Denn diese Regelung soll das Verbot der Diskriminierung wegen der „politischen und sonstigen Anschauung“ durchsetzen<sup>4</sup>. Daher erübrigt sich eine genauere Definition von Religion im Sinne des AGG, weil auf jeden Fall eine Weltanschauung vorliegt.

### 2.1.4. Behinderung

Eine Behinderung – nicht Schwerbehinderung! – liegt vor, wenn körperliche Funktionen, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit eines Menschen mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher seine Teilnahme am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist<sup>5</sup>.

### 2.1.5. Alter

Wegen seines Alters – ob jung oder alt – darf niemand benachteiligt werden. Eine Kopplung des Gehaltes an das Lebensalter ist Benachteiligung wegen des Alters zu Lasten der jüngeren Beschäftigten. Das Benachteiligungsverbot wegen Alters kann sich auch auf Sozialpläne, Abfindungen, Kündigungsfristen und Einstellungs voraussetzungen auswirken. Bestimmte Regelungen werden ausdrücklich für anwendbar erklärt.

### 2.1.6. Sexuelle Identität

Unter sexueller Identität ist die Präferenz bei der Wahl eines/einer Sexualpartner/in zu verstehen, also üblicherweise neben heterosexuell auch homosexuell oder bisexuell. Vom Wortlaut her kann darunter auch jede andere theoretisch denkbare sexuelle Variante verstanden werden, wie z. B. Pädophilie. Allerdings verstößt Pädophilie (die besser Pädokriminalität hieße) gegen die Strafgesetze der Bundesrepublik Deutschland als auch aller anderer EU-Staaten. Ein Schutz der „Pädophilie“ verstößt zudem gegen die Rechte der betroffenen Kinder, deren körperliche und seelische Unversehrtheit das zuerst zu schützende Gut ist. Damit ist ein Diskriminierungsschutz über das AGG für „Pädophile“, besser Päderasten, ausgeschlossen. Ähnliches gilt für andere sexuelle Vorlieben, sobald sie in die geschützten Rechte anderer eingreifen.

<sup>4</sup> Art. 14 Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, die nach Nr. 1 der Erwägungsgründe, Richtlinie 2000/78/EG vom 27.11.2000 umgesetzt werden soll

<sup>5</sup> § 21 SGB IX; vgl. Begründung ADG – E. vom 15.12.2004, Seite 71

## 2.2. Diskriminierung

### 2.2.1. Allgemein

Diskriminierung, also Schlechterbehandlung von Beschäftigten wegen „Rasse“/ethnischer Herkunft, Geschlecht, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alters oder sexueller Identität ist untersagt, § 7 Abs. 1 AGG.

Eine Diskriminierung liegt bereits dann vor, wenn einer dieser Gründe zwar nicht gegeben ist, aber für die Benachteiligung das Vorliegen eines solchen Grundes angenommen wird, § 7 Abs. 1, HS 2, AGG.

Als verbotene Benachteiligung sind anzusehen, Belästigung, sexuelle Belästigung, Anweisung zu einer Benachteiligung. Zu unterscheiden ist zwischen der unmittelbaren und der mittelbaren Benachteiligung.

### 2.2.2. Unmittelbare Benachteiligung

Eine unmittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn eine Person wegen eines geschützten Diskriminierungsmerkmals eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person in vergleichbarer Situation erfährt, erfahren hat oder erfahre, § 3 Abs. 1 S. 1 AGG.

### 2.2.3. Mittelbare Benachteiligung

Auch eine mittelbare Benachteiligung ist untersagt. Eine mittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren, Personen wegen eines geschützten Diskriminierungsmerkmals gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können. Ausnahmen sind nur zulässig, wenn die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind, § 3 Abs. 2 AGG. Erforderlich könnte eine prozentual wesentlich stärkere Belastung einer Gruppe gegenüber einer anderen durch an sich neutrale Vorschriften sein, Beispiele s. S. 4. Ist Erforderlichkeit nicht nachgewiesen, reicht eine mögliche Schlechterstellung aus.

### 2.2.4. Belästigung

Als Benachteiligung gemäß § 3 Abs. 3 AGG ist eine Belästigung auch anzusehen, wenn solche unerwünschten Verhaltensweisen mit einem geschützten Diskriminierungsmerkmal **im Zusammenhang** stehen und bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird. Belästigung kann sowohl verbal als nonverbal erfolgen Dazu gehören Verleumdung, Beleidigung und abwertende Äußerungen, Drohungen und körperliche Übergriffe u. a. m. im Zusammenhang mit einem geschützten Diskriminierungsmerkmal.

Erfolgt „Mobbing“ wegen eines Diskriminierungsmerkmals, kann es sich um Belästigung i. S. d. AGG handeln. Die Stellung der „gemobbten“ Arbeitnehmer wird damit erheblich verbessert (Beweiserleichterung, § 22 AGG).

### **2.2.5. Sexuelle Belästigung**

Sexuelle Belästigungen sind nach dem AGG untersagt, § 3 Abs. 4 AGG. Eine solche sexuelle Belästigung ist ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten, das 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.

### **2.2.6. Anweisung zur Benachteiligung**

Auch die Anweisung jemanden wegen eines Diskriminierungsmerkmals zu benachteiligen, ist Diskriminierung, § 3 Abs. 5 AGG. Eine derartige „Anweisung“ liegt vor, wenn jemand eine Person zu einem Verhalten bestimmt, das eine/n Beschäftigte/n wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt oder auch nur zu benachteiligen sucht. Die Weisung muss vorsätzlich erfolgen. Es ist aber unerheblich, ob die Anweisung tatsächlich umgesetzt wird.

### **2.2.7. Vermittelte Diskriminierung**

Vermittelte Diskriminierung ist die Benachteiligung aufgrund von Merkmalen, die nicht der Benachteiligte selbst, sondern ein ihm nahe stehender Dritter erfüllt. Sie liegt beispielsweise vor, wenn eine Frau weißer Hautfarbe mit einem Mann aus einem anderen Kulturkreis (z. B. Arabien, Schwarzafrika) verheiratet ist und sie deshalb beschimpft wird oder ihr der Abschluss von Verträgen vorenthalten wird. Ebenso liegt eine vermittelte Diskriminierung bei den Eltern oder Freunden eines Behinderten vor.

Vermittelte Diskriminierung ist nicht anders zu behandeln als die Diskriminierung wegen Merkmalen, die bei Benachteiligten selbst – zumindest vermeintlich – vorliegen. An keiner Stelle wird verlangt, dass das Merkmal, dessentwegen diskriminiert wird, beim Opfer vorliegt oder vermutet wird. In § 3 Abs. 1 wird unmittelbare Diskriminierung als Benachteiligung wegen eines Diskriminierungsmerkmals definiert. Dabei wird nicht verlangt, dass dieses Merkmal bei der/dem Benachteiligten vorliegt oder bei ihr/ihm unterstellt wird.

Auch § 3 Abs. 1 S. 2 AGG stellt nicht direkt auf einen Umstand ab, der in der Person der/des Diskriminierten besteht. Stattdessen wird als unmittelbare Diskriminierung die Benachteiligung wegen Mutterschaft, also wegen der Kinder de-

finiert. Damit ist der Grundsatz anerkannt, dass eine enge Beziehung zu Dritten zu einer eigenen Diskriminierung führen kann.

## **2.3. Anwendungsbereich**

### **2.3.1. Persönlicher Anwendungsbereich**

#### **2.3.1.1. Beschäftigte**

Die arbeitsrechtlichen Vorschriften sollen „Beschäftigte“ schützen. Beschäftigte i. S. d. § 6 Abs. 1 AGG sind Arbeitnehmer, Auszubildende, Bewerber/innen für Stellen sowie Personen, deren Beschäftigungsverhältnis beendet ist, bei denen aber noch Folgen nachwirkend. Das AGG zählt dazu auch Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind sowie Heimarbeiter/innen und mit ihnen Gleichgestellte: § 6 Abs. 1 Nr. 3 AGG. Für Selbständige und Organe gilt der arbeitsrechtliche Teil des AGG nur soweit es die Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit sowie den beruflichen Aufstieg betrifft.

#### **2.3.1.2. Arbeitgeber**

Als Arbeitgeber gelten nicht nur diejenigen natürlichen und juristischen Personen, mit denen ein/e Beschäftigte/r einen entsprechenden Vertrag hat, hatte oder anstrebt, § 6 Abs. 2 S. 1 AGG. Zusätzlich ist Arbeitgeber auch derjenige, dem ein Beschäftigter zur Arbeitsleistung überlassen wird, § 6 Abs. 2 S. 2 AGG. Für Heimarbeiter/innen tritt an Stelle des Arbeitgebers die Auftraggeberin oder Zwischenmeisterin.

### **2.3.2. Sachlicher Anwendungsbereich**

Der sachliche Anwendungsbereich umfasst nach § 2 Abs. 1 AGG:

- Zugang zur Beschäftigung
- Beschäftigungsbedingungen, einschl. Entlassung, Beförderung und Arbeitsentgelt
- Zugang zu Beratung und Berufsbildung
- Mitgliedschaft in Beschäftigten- und Arbeitgebervereinigungen.

Das AGG gilt auch für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse. Allerdings ist die besondere Rechtsstellung der Beschäftigten zu berücksichtigen, § 24 AGG.

Bei Kündigungen sollen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz gelten, § 2 Abs. 4 AGG. Diese Vorschrift ist unwirksam. Sie ist gegenüber den EU-Richtlinien nachrangig. Verstößt eine Regelung des Kündigungsschutzgesetzes beispielsweise gegen die Richtlinien, ist sie nicht anwendbar.

Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Vorschriften angewendet werden dürfen<sup>6</sup>. Mit Urteil vom 11.07.2006 hat der EuGH festgestellt, dass die Antidiskriminierungsvorschriften zwingend auf nationales Kündigungsrecht anzuwenden sind<sup>7</sup>.

#### **2.4.1. Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften, § 9 AGG**

Eine unterschiedliche Behandlung wegen Religion oder Weltanschauung durch Religionsgemeinschaften und Weltanschauungsvereinigungen ist zulässig, wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt. Dabei ist das Selbstverständnis dieser Gruppe im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht zu beachten, § 9 Abs. 1 AGG.

Damit dürfen Kirchen bei Stellenvergaben die eigene Konfessionsangehörigkeit fordern. Diese Sonderregelung für Religionsgemeinschaften und Weltanschauungsvereinigungen entspricht auch der Tendenz der US-Rechtsprechung zum Diskriminierungsrecht. So wurde es für rechtmäßig gehalten, dass die Boy Scouts of America einen Aktivisten der Homosexuellenbewegung als Scoutmaster entfernten. Die Diskriminierung wegen der „sexual orientation“ trat hinter dem Recht dieser Gruppe zurück, sich nach der eigenen Überzeugung zu organisieren<sup>8</sup>.

Zusätzlich dürfen Religionsgemeinschaften und Weltanschauungsvereinigungen von ihren Beschäftigten ein „loyales und aufrichtiges Verhalten“ im Sinne ihres Selbstverständnisses verlangen, § 9 Abs. 2 AGG. Damit sind beispielsweise katholische Einrichtungen berechtigt, Wiederverheirateten zu kündigen.

#### **2.4.3. Rechtfertigung unterschiedlicher Behandlung wegen Alters: § 10 AGG**

Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters kann durch § 8 AGG gerechtfertigt sein. Zusätzlich ist eine Benachteiligung wegen des Alters zulässig, wenn sie objektiv, angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Die Mittel zur Erreichung dieses Ziels müssen angemessen sein: AGG § 10 Abs. 1 S. 1 und 2. Danach können insbesondere folgende Regelungen zulässig sein, § 10 Abs. 1 S. 3 AGG:

- Festlegung von Mindestanforderungen an das Alter, die Berufserfahrung oder das Dienstalter für den Zugang zur Beschäftigung oder für be-

stimmte mit der Beschäftigung verbundene Vorteile, § 10 Abs. 1, S. 3, Nr. 2 AGG

- Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung wegen spezifischer Ausbildungsanforderungen des Arbeitsplatzes oder um eine angemessene Beschäftigungszeit vor dem Ruhestand zu sichern, § 10 Abs. 1, S. 3, Nr. 3 AGG
- Festsetzung von Altersgrenzen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit als Voraussetzung für die Mitgliedschaft oder den Bezug von Altersrente oder von Leistungen bei Invalidität einschließlich der Festsetzung unterschiedlicher Altersgrenzen im Rahmen dieser Systeme für bestimmte Beschäftigte oder Gruppen von Beschäftigten und die Verwendung von Alterskriterien im Rahmen dieser Systeme für versicherungsmathematische Berechnungen, § 10 Abs. 1, S. 3, Nr. 4 AGG
- Altersgrenzen, die mit der Altersrente zusammenfallen, § 10 Abs. 1, S. 3, Nr. 5 AGG
- Besonders problematisch ist das Verbot der Altersdiskriminierung und die zwingende Berücksichtigung des Alters bei der Sozialauswahl, § 1 Abs. 3 KSchG. Die Sozialauswahl nach Alter ist grundsätzlich zulässig. Sie gleicht die Nachteile älterer Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt aus<sup>9</sup>. Allerdings ist zu prüfen, ob dies im jeweiligen Fall auch zutrifft.

Unzulässig ist die Sozialauswahl, sofern sie auf Altersgruppen basiert. Diese werden regelmäßig bei Sozialplänen verwendet, um die Altersstruktur zu erhalten. Durch die Gruppenbildung (bis 25, bis 35, bis 45 etc) wird die Sozialauswahl auf die Arbeitnehmer/innen innerhalb einer Altersgruppe reduziert. Dadurch werden deutlich mehr ältere Arbeitnehmer/innen gekündigt, als dies bei einer Sozialauswahl zwischen allen Arbeitnehmer/innen möglich wäre. Eine solche Schlechterstellung älterer Arbeitnehmer/innen ist diskriminierend und unzulässig. Darauf beruhende Kündigungen sind unwirksam<sup>10</sup>.

Dr. Klaus Michael Alenfelder,  
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Bonn  
[www.alenfelder.de](http://www.alenfelder.de)

**Termine „kfd-BF“ 2009:**  
**Bundeskonzferenz: 20. - 22.03., Mainz**  
**Bundeskonzferenz: 18. - 20.09., Bonn**  
**Jahrestagung: 13. - 15.11., Mainz**

**Herausgeberin:** „kfd-Berufstätige Frauen“, Prinz-Georg-Str. 44, 40477 Düsseldorf, Tel.: 0211/44992-74  
**Redaktion:** Geschäftsführender Vorstand der „kfd-BF“  
**Sekretariat:** Ute Chrubasik, mail: [BF@kfd.de](mailto:BF@kfd.de)

<sup>6</sup> s. dazu EuGH Urt. v. 22.11.2005 - C144/04 (Mangold ./ Helm), NZA 2005, 1345.

<sup>7</sup> EuGH v. 11.07.2006, C-13/05 (Sonia Chacón Navas ./ Eures Colectividades SA); ebenso: Urteil ArbG Osnabrück, 05.02.2007, 3 Ca 730/06.

<sup>8</sup> Bay Scouts of America v. Dale, 530 U.S. 640 (2000).

<sup>9</sup> ArbG Osnabrück, 05.02.2007, 3 Ca 730/06.

<sup>10</sup> ArbG Osnabrück, 05.02.2007, 3 Ca 730/06.