

## 2. Verbotene Handlungen

Was eine Diskriminierung konkret ist, sagt das AGG nicht. Diskriminierung im Sinne des AGG (§ 3 AGG) ist jede unmittelbare oder mittelbare Benachteiligung, Belästigung oder sexuelle Belästigung aus einem der genannten Gründe.

Gleichbehandlung bedeutet nicht Gleichmacherei. Nicht jede unterschiedliche Behandlung ist schon eine Diskriminierung im Sinne des AGG. So rechtfertigen berufliche Anforderungen, die sich aus dem Arbeitsplatz heraus ergeben, eine unterschiedliche Behandlung.

### 2.1 Unmittelbare Benachteiligung

Eine Benachteiligung unmittelbarer Art liegt vor, wenn eine Person wegen mindestens eines der genannten Diskriminierungsmerkmale eine weniger günstige Behandlung erfährt (erfahren hat oder erfahren würde) als eine andere Person in vergleichbarer Situation (§ 3 Absatz 1 AGG). Eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts liegt auch im Falle einer ungünstigeren Behandlung einer Frau wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft vor.

#### → Beispiele für Diskriminierungsfallen:

- Sie veröffentlichen eine Stellenanzeige, mit der Sie eine Mitarbeiterin suchen, die über Berufserfahrung verfügt und mindestens 40 Jahre alt ist. Es bewirbt sich ein Mann mit 35 Jahren. Sie lehnen ihn ab.  
→ Es liegt eine Benachteiligung des Abgelehnten wegen des Geschlechts und des Alters vor.
- Sie nehmen eine schwangere Mitarbeiterin von Sonderleistungen aus.  
→ Es liegt eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts vor.
- Sie befördern einen Mitarbeiter nicht, weil er im Rollstuhl sitzt.  
→ Es liegt eine unmittelbare Benachteiligung wegen einer Behinderung vor.

### 2.2 Mittelbare Benachteiligung

Eine mittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines der genannten Diskriminierungsmerkmale gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können (§ 3 Absatz 2 AGG). Unter mittelbare Diskri-

minierung fallen z.B.: die unterschiedliche Behandlung von Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigten, indem Teilzeitkräfte von Leistungen ausgeschlossen werden, die Vollzeitbeschäftigte erhalten. Bei einer mittelbaren Benachteiligung ist nicht die Maßnahme selbst diskriminierend, sondern deren Folgen.

→ **Beispiele für Diskriminierungsfallen:**

- Sie suchen eine Person, die fließend deutsch spricht, wobei Deutsch nicht die Muttersprache sein muss. Ihr Wunsch schließt – wenn das Beherrschen der deutschen Sprache nicht zur Erfüllung der Aufgabe erforderlich ist – z. B. bestimmte weibliche Ausländer aus, die erfahrungsgemäß nicht fließend deutsch sprechen.
  - Darin liegt eine mittelbare Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft und des Geschlechts.
- Sie suchen eine/n Mitarbeiter/in mit mindestens 20-jähriger Berufserfahrung.
  - Darin kann – soweit keine sachlichen Gründe vorliegen – eine mittelbare Diskriminierung eines Bewerbers liegen, der z. B. „nur“ 19 Jahre Berufserfahrung mitbringt.
- Sie suchen einen Mitarbeiter für eine rein handwerkliche Tätigkeit ohne Kundenkontakt. Der Bewerber muss einen schriftlichen Deutschtest machen.
  - Darin kann eine mittelbare Diskriminierung aller Bewerber liegen, die Deutsch zwar sprechen, aber nicht schreiben können. Die Beherrschung von Deutsch in Schrift ergibt sich nicht aus dem Arbeitsplatz, für den es genügt, dass der Bewerber deutsch versteht und auf Deutsch verständlich antworten kann.
- Sie veranstalten ein Sportturnier für Ihre Mitarbeiter. In verschiedenen Sportsdisziplinen geben Sie Werte vor, bei deren Erreichen es eine Geldprämie gibt. Gesetzt den Fall, die von Ihnen vorgegebenen Werte können in der Regel überwiegend nur von Männern erreicht werden, dann liegt eine mittelbare Diskriminierung von Frauen vor.

**Hinweis**

Rechtfertigt ein rechtmäßiges Ziel die mittelbare Benachteiligung durch die Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sachlich, liegt kein Verstoß gegen das AGG vor, wenn die Mittel zur Erreichung des Zieles angemessen und erforderlich sind.

## 2.3 Belästigung

Eine Belästigung ist dann eine Benachteiligung, wenn unerwünschte Verhaltensweisen, die mit einem oder mehreren Diskriminierungsmerkmalen in Zusammenhang stehen, bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt oder ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird (§ 3 Absatz 3 AGG). Die Belästigung im Sinne des AGG ist auch dann gegeben, wenn sie die Würde des Betroffenen verletzt, und zwar auch dann, wenn dies nicht vorsätzlich geschieht. Unter diese Definition passen Verhaltensweisen, die auch als Mobbing bezeichnet werden.

### Hinweis

Einmalige Entgleisungen sind in der Regel noch keine Belästigungen im Sinne des AGG.

Als Belästigungshandlungen gelten auch Anfeindungen, Drohungen, körperliche Übergriffe und das sogenannte Mobbing durch Kollegen und/oder Vorgesetzte. Belästigend können auch sein: Verleumdungen, Beleidigungen oder abwertende Äußerungen aus einem der genannten Kriterien. Die Belästigung kann schriftlich, mündlich, telefonisch, in sozialen Medien, durch Gesten oder in anderer Weise erfolgen.

### → Beispiele für Diskriminierungsfallen:

- Ein Mitarbeiter/eine Mitarbeiterin wird im Hinblick auf seine/ihre Hautfarbe wiederholt als „Bleichgesicht“, „Rothaut“ oder „Bimbo“ bezeichnet.
  - Darin kann eine Erniedrigung oder Beleidigung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft liegen. Dabei ist es egal, ob der Mitarbeiter zum Ausdruck bringt, dass er diese Belästigung nicht wünscht. Entscheidend ist, dass aus der Sicht eines objektiven Beobachters davon ausgegangen werden kann, dass der Betroffene dieses Verhalten weder wünscht noch akzeptiert.
- Kollegen werden damit gehänselt, dass sie regelmäßig zur Kirche gehen.
  - Darin kann eine Belästigung wegen der Religion/Religionsausübung liegen.
- Ein homosexueller Kollege wird in Gesprächen allgemein als „Schwuchtel“ bezeichnet.
  - Darin liegt eine Belästigung wegen der sexuellen Identität.

## 2.4 Sexuelle Belästigung

Eine sexuelle Belästigung liegt vor, wenn ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten, unerwünschte sexuelle Handlungen oder unerwünschte Aufforderungen zu diesen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie unerwünschtes Zeigen und sichtbares Anbringen von pornographischen Darstellungen bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird oder ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird (§ 3 Absatz 4 AGG). Es genügt auch hier, dass die betroffene Person das Handeln als Belästigung empfindet.

### → Beispiele für Diskriminierungsfallen:

- Erzählen „schmutziger“ Witze (u. U. auch wenn dies in einer geschlossenen Gruppe z. B. von Männern passiert, die Gruppe aber von anderen gehört werden kann)
- Aufhängen pornographischer Bilder oder Kalender (u. U. auch im mitarbeitereigenen Spind, wenn die Möglichkeit besteht, dass andere dies sehen können)
- eindeutig sexuelle Handbewegungen
- der „Klaps auf den Po“
- unerwünschte Umarmungen
- „Nachpfeifen“, wenn und soweit die betreffende Person sich hierdurch verletzt oder belästigt fühlt.

Eine sexuelle Belästigung kann schriftlich – Brief, Zettel, E-Mail, SMS –, mündlich – am Telefon, im Gespräch –, durch Gesten oder durch Anbringen von unerwünschten Darstellungen erfolgen.

## 2.5 Vorliegen einer Benachteiligung

Eine Benachteiligung liegt schon vor, wenn die handelnde Person als Benachteiligender eine Benachteiligung wegen eines der Diskriminierungsmerkmale nur annimmt (§ 7 AGG). Eine Verletzung vertraglicher Pflichten im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer liegt vor bei Benachteiligung

- eines Beschäftigten durch den Arbeitgeber
- eines Arbeitnehmers durch andere Beschäftigte im Verhältnis dieser Beschäftigten zum Arbeitgeber
- des Arbeitgebers durch einen Beschäftigten

Verboten sind Anweisungen, eine Person im Hinblick auf die Diskriminierungsmerkmale zu behindern oder zu belästigen. Eine derartige Anweisung liegt dann vor, wenn jemand eine Person zu einem Verhalten auffordert, das einen Beschäftigten oder eine Beschäftigte wegen genannter Diskriminierungsmerkmale benachteiligt oder benachteiligen kann. Eine Anweisung zur Benachteiligung einer Person gilt als Benachteiligung (§ 3 Absatz 5 AGG).

Beispiel für Diskriminierungsfall:

Sie beschäftigen als Reinigungspersonal Leiharbeitnehmer. Sie weisen den Verleiher an, Ihnen keine Ausländer/keine Männer zu schicken. Eine derartige Weisung ist diskriminierend im Hinblick auf die Rasse oder ethnische Herkunft/das Geschlecht.

### 3. Diskriminierungsmerkmale

Das AGG verbietet Benachteiligungen in Beschäftigung und Beruf aus insgesamt acht Gründen:

1. Rasse
2. ethnische Herkunft
3. Geschlecht
4. Religion
5. Weltanschauung
6. Behinderung
7. Alter
8. sexuelle Identität

Leider definiert das AGG die einzelnen Begriffe nicht ausdrücklich. Unklar vom Anwendungsbereich bleiben deswegen die Merkmale Behinderung, Rasse und Ethnie sowie Religion und Weltanschauung. Diese Begriffe lassen sich nicht so präzise definieren, dass feststeht, welche Fälle darunter fallen und welche nicht. Hier tragen die Gerichte mit ihren Entscheidungen zur Präzisierung bei.

#### **Hinweis**

Mobbing fällt dann unter das AGG, wenn eines der genannten Kriterien betroffen ist. Als Mobbing hat das Bundesarbeitsgericht „das systematische Anfeinden, Schikanieren und Diskriminieren von Arbeitnehmern untereinander oder durch Vorgesetzte“ definiert. Knüpft ein derartiges Verhalten nicht an eines der acht geschützten Merkmale an, wird es vom AGG nicht erfasst. Seine Sanktion hat dann nach anderen arbeitsrechtlichen Vorschriften zu erfolgen. Der Arbeitnehmer muss in solchen Fällen Abwehr- und Schadensersatzansprüche nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Vorschriften geltend machen.

#### **3.1 Alter**

Verboten ist eine Ungleichbehandlung – allein – wegen des (Lebens-)Alters eines Bewerbers oder Arbeitnehmers. Dabei werden durch das Merkmal nicht nur ältere Menschen, sondern auch junge Menschen geschützt. Generell sind damit alle ungerechtfertigten Benachteiligungen untersagt, die allein an das unterschiedliche Lebensalter anknüpfen.

Beispiele für Diskriminierungsfallen:

Das Diskriminierungsmerkmal Alter kann in folgenden Bereichen zum Problemfeld werden:

- Stellenausschreibung  
Die Angabe eines Mindest- oder Höchstalters oder Formulierungen „suchen jüngeren Kollegen“ sind problematisch. Dasselbe gilt für die Angabe eines Alterskorridors.  
→ Derartige Angaben sind durch das AGG nicht verboten. Sie lassen aber eine Benachteiligung wegen Alters vermuten.
- Einstellungsgespräch/Einstellungsfragebogen  
Unter Umständen kann schon die Frage an den Bewerber, wie alt er ist, Entschädigungsansprüche auslösen. Nach Vorstellung des Gesetzgebers soll das Alter eines Bewerbers überhaupt keine Rolle spielen bei der Entscheidung, wer die Stelle bekommt.
- Arbeitsvertragsgestaltung: Vergütungsvereinbarung  
Vergütungsvereinbarungen, die eine automatische Erhöhung nach Lebensalter vorsehen, sind eine unmittelbare Diskriminierung jüngerer Arbeitnehmer. Das Lebensalter und eine damit verbundene größere Lebenserfahrung allein rechtfertigen keine Vergütungserhöhung.
- Arbeitsvertragsgestaltung: Altersgrenzen  
Vereinbarungen, wonach das Arbeitsverhältnis mit Erreichen einer bestimmten Altersgrenze automatisch endet, können sich als unmittelbare Diskriminierung wegen Alters herausstellen. BAG und EuGH haben aber entschieden, dass die Befristung auf das Erreichen des Regelrentenalters zulässig ist und darin kein Verstoß gegen das AGG liegt (BAG vom 18.6.2008 – 7 AZR 116/07; EuGH vom 16.10.2007 – C 411/05, Palacios de la Villa).

#### Hinweis

Gerade im Bereich des Merkmals Alter lässt das AGG ausdrücklich Ausnahmen zu (§ 10 AGG). Lesen Sie hierzu Abschnitt 4.3.

### 3.2 Behinderung

Das Merkmal der Behinderung ist nicht ausdrücklich definiert. Was gilt daher als Behinderung im Sinne des AGG?

Eine Behinderung im Sinne des AGG liegt vor, wenn die körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit des Betroffenen mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweicht und daher dessen Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist. Personen sind von einer Behinderung bedroht, wenn die Beeinträchtigung zu erwarten ist (vgl. § 2 Abs. 1 SGB IX).

Beispiele: Eine Person, die stark kurzsichtig ist und deswegen eine Brille tragen muss, ist behindert im Sinne des AGG.

Eine Person, die unter andauernden, starken, immer wiederkehrenden Depressionen leidet, ist behindert im Sinne des AGG.

#### Hinweis

Der Behinderungsbegriff des AGG ist nicht identisch mit dem Schwerbehindertebegriff nach § 81 SGB IX, er geht weiter. Auf eine Anerkennung als Schwerbehinderter oder eine Gleichstellung kommt es nicht an.

Eine unterschiedliche Behandlung eines Behinderten kann nach § 8 AGG wegen beruflicher Anforderungen gerechtfertigt sein, wenn dies wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist.

Sachlich gerechtfertigt ist z.B.: die Ablehnung einer Bewerbung eines Rollstuhlfahrers für eine Stelle als Bote im Kurierdienst. Denn öffentliche und private Bauten sind nicht alle für Rollstuhlfahrer in gleicher Weise zugänglich wie für Nichtbehinderte. Der Bewerber könnte daher seine Tätigkeit allein aus diesen Gründen nicht ordnungsgemäß erbringen.

### 3.3 Geschlecht

Geschützt wird die tatsächliche und die gefühlte Geschlechtsidentität – männlich, weiblich, transsexuell, hermaphroditisch.

Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn das Geschlecht das maßgebliche Unterscheidungskriterium für eine Einstellung, Vergütungserhöhung usw. ist. Eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts liegt vor, wenn das Geschlecht zwar nicht der Anknüpfungspunkt der Maßnahme ist, von dieser aber wesentlich mehr Frauen als Männer (oder umgekehrt) betroffen sind.

Beispiele für Diskriminierungsfallen:

- In Elternzeit befindliche Beschäftigte werden bei Gehaltserhöhungen oder Beförderungen nicht berücksichtigt.
  - Hier kann eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts vorliegen, da von derartigen Maßnahmen in der Regel (noch) mehr Frauen als Männer betroffen sind.
- Ein rein weiblich besetztes Team soll durch Neueinstellung verstärkt werden. Die Stellenanzeige wird auf eine Bewerberin zugeschnitten.
  - Hierin kann eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts bezogen auf männliche Bewerber vorliegen.



- Durch die Rechtsprechung schon vor Inkrafttreten des AGG verboten, aber dennoch häufig genug gestellt: die Frage nach einer Schwangerschaft
  - Hierin liegt eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts.
- Betriebsvereinbarungen, z.B. über betriebliche Altersversorgungen, enthalten unterschiedliche Altersgrenzen für Männer und Frauen
  - Hierin kann eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts (aber auch wegen des Alters) von Männern liegen, die in der Regel später in den Genuss der betrieblichen Altersversorgung kommen sollen.

### 3.4 Rasse und ethnische Herkunft

Der Begriff „Rasse“ ist von der EU-Richtlinie 2000/43 – der Antirassismusrichtlinie – vorgegeben. Rasse ist ein biologischer Begriff, der geburtsbedingt ist. Die Zugehörigkeit eines Menschen zu einer bestimmten Rasse bedeutet die lebenslängliche Einordnung in eine Gruppe gleicher Kennzeichen und die Vererblichkeit dieser Merkmale.

Das AGG geht – wie die EU-Richtlinie politisch korrekt – davon aus, dass es Rassen gar nicht gibt. Daher besteht das Diskriminierungsverbot nicht „wegen“, sondern „aus Gründen“ der Rasse. Der Begriff wird auch verwendet, weil „Rasse“ der sprachliche Anknüpfungspunkt ist zum Begriff „Rassismus“. Aus der Verbindung dieses Begriffs mit dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Rasse erhofft man sich eine Signalwirkung für die Bekämpfung rassistischer Tendenzen.

Der Begriff ethnische Herkunft ist weitergehend. Ethnie ist eine Gruppe von Menschen, die durch gemeinsame Eigenschaften wie z. B. Sprache, Kultur, Tradition, Religion, Gebräuche verbunden sind. Die zur ethnischen Gruppe gehörenden Personen müssen sowohl in der Selbstwahrnehmung als auch in der Fremdwahrnehmung kulturell unterscheidbar sein.

Das Merkmal „ethnische Herkunft“ umfasst Benachteiligungen aufgrund der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung, des nationalen Ursprungs oder des Volkstums im Sinne des ethnischen Ursprungs. Dies gilt auch, wenn scheinbar auf die Staatsangehörigkeit oder die Religion abgestellt wird, in der Sache aber die ethnische Zugehörigkeit gemeint ist.

Beispiele für Diskriminierungsfallen:

- Kunden lehnen es ab, sich von einem Mitarbeiter anderer Hautfarbe bedienen zu lassen.
  - Nach § 12 Abs.4 AGG muss der Arbeitgeber Beschäftigte auch gegen Diskriminierungen durch Dritte schützen. Verweigert er im

- Beispielsfall den Schutz, könnte darin eine Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft liegen.
- Kollegen beschimpfen einen Mitarbeiter als „Polak“ oder „Zigeuner“.
  - Darin liegt eine Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft.

### 3.5 Religion und Weltanschauung

Das AGG definiert auch diese beiden Begriffe nicht. Es wird aber für die betriebliche Praxis auch keine große Rolle spielen, ob ein Bekenntnis schon eine Religion oder noch eine Weltanschauung ist. Denn beide Merkmale sind in gleicher Weise geschützt.

Nach der Gesetzesbegründung ist in Religion oder Weltanschauung eine mit der Person des Menschen verbundene Gewissheit über bestimmte Aussagen zum Weltganzen sowie zur Herkunft und zum Ziel menschlichen Lebens, die auf innerweltliche Bezüge beschränkt ist, zu sehen. Die Religion legt eine den Menschen überschreitende („transzendente“) Wirklichkeit zugrunde, während die Weltanschauung sich auf innerweltliche („immanente“) Bezüge beschränkt. Regelmäßig gehört zur Religion und Weltanschauung, dass es eine Gruppe von Gleichgesinnten gibt – auch wenn diese Gruppe erst aufgebaut wird.

Sowohl der Zugehörigkeit zu einer Religion als auch der zu einer Weltanschauung geht eine Gewissensentscheidung der betreffenden Person voraus. Aus dem Glauben oder der Weltanschauung ergeben sich für den Betreffenden bindende Verpflichtungen, von denen er ohne ernste Gewissensnot nicht abweichen kann.

#### Hinweis

Nicht von den Begriffen umfasst werden politische Gesinnungen.

Beispiele für Diskriminierungsfallen:

- Ein Arbeitnehmer möchte seinen Arbeitsplatz zur Abhaltung kurzzeitiger Gebete verlassen.
  - Ein (sachlich nicht gerechtfertigtes) Verbot könnte eine Diskriminierung wegen der Religion oder Weltanschauung darstellen.
- Ein Mitarbeiter lehnt aus Gründen seiner Religion/Weltanschauung die Durchführung bestimmter Arbeiten ab.
  - Eine Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz deswegen könnte eine Diskriminierung wegen der Religion oder Weltanschauung darstellen.