

Prof. Dr. Ulrike Lembke
Freie Rechtswissenschaftlerin &
Expertin für rechtliche Geschlechterstudien
Postfach 10 02 33
10562 Berlin



**Schriftliche Stellungnahme
zur Anhörung des Rechtsausschusses
des Deutschen Bundestages
am 8. November 2023**

**zum Antrag der Fraktion Die LINKE:
"Antidiskriminierungsstelle des Bundes stärken –
Diskriminierungsschutz erweitern"
BT-Drucksache 20/2696.**

Durch den vorgelegten Antrag sollen der rechtliche Schutz gegen Diskriminierung und seine Durchsetzung wesentlich verbessert werden, indem Schutzlücken im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) geschlossen, seine Durchsetzung gestärkt sowie die Position und Ausstattung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes verbessert wird. Dieses Anliegen entspricht auch den Vereinbarungen des Koalitionsvertrages,¹ den Ergebnissen wissenschaftlicher Untersuchungen² sowie übergreifenden zivilgesellschaftlichen Forderungen³.

Die unzureichende Umsetzung der europäischen Vorgaben durch das AGG ist ebenso bekannt wie die mangelhaften Durchsetzungsmechanismen und deren Folgen. Die bald jahrzehntelange Duldung eines unionsrechtswidrigen Zustandes untergräbt das Vertrauen in den deutschen Rechtsstaat. Mangelnde Effektivität und erhebliche Schutzlücken stellen die Anerkennung gleicher Freiheit in Frage, auf der unser Gemeinwesen beruht. Nicht zuletzt hat Antidiskriminierungsrecht auch eine marktregulierende Funktion, doch werden Wettbewerbsverzerrungen derzeit eher begünstigt als beseitigt.

Die Empfehlung ist daher, die versprochene Verbesserung des rechtlichen und tatsächlichen Schutzes vor Diskriminierung zeitnah umzusetzen. Dies meint insbesondere überfällige Änderungen des AGG, von denen einige wesentliche im Folgenden benannt werden.

¹ Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, S. 95-96, abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/koalitionsvertrag-2021-1990800>.

² Exemplarisch: Berghahn, Klapp & Tischbirek, Evaluation des AGG, ADS 2016, abrufbar unter https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/AGG/agg_evaluation.pdf.

³ Exemplarisch: Bündnis AGG-Reform – Jetzt!, Mehr Fortschritt wagen heißt auch mehr Antidiskriminierung wagen, 2023, https://agg-reform.jetzt/wp-content/uploads/2023/08/2023-08-08_Stellungnahme_Buendnis.pdf.

Inhaltsübersicht

1 Diskriminierung in Deutschland

1.1 Diskriminierung als verbreitetes Problem

1.2 Diskriminierung als strukturelles Problem und Antidiskriminierungsrecht als Intervention

2 Durchsetzung von Antidiskriminierungsrecht

2.1 Barrieren der Rechtsmobilisierung

2.2 Geltendmachungsfristen verlängern

2.3 Verbandsklage und kollektive Rechtsmobilisierung

2.4 Rechtsdurchsetzung durch die Antidiskriminierungsstelle des Bundes

2.5 Beweislast erleichtern konkretisieren

2.6 Abschreckende Sanktionen, insbes. Entschädigungszahlungen

3 Anwendungsbereich des AGG

3.1 Klarstellung und Erweiterung von Kategorien

3.2 Konzeptionelle Verständnisse von Diskriminierung

3.3 Lebensbereiche, insbesondere Arbeit, Bildung und soziale Sicherheit, Zivilrechtsverkehr und Wohnraumvermietung

3.4 Erweiterung des AGG auf staatliches Handeln

4 Weitere Fragen zur Europarechtskonformität des AGG

4.1 Entfallen des Vorsatzerfordernisses: „bezweckt oder bewirkt“

4.2 Umfassender Schutz vor Geschlechtsdiskriminierung

4.3 Religionsprivileg rechtmäßig gestalten

5 Barrierefreiheit, angemessene Vorkehrungen, Inklusion

6 Antidiskriminierungsrecht und Wettbewerbsfähigkeit

1 Diskriminierung in Deutschland

Es gibt die Diskriminierung in Deutschland und sie betrifft nicht unerhebliche Teile der Bevölkerung. Dies ist durch Studien, Surveys, Umfragen, statistische Daten und einschlägige Forschung hinreichend belegt. Diskriminierung ist ein rechtsstaatliches Problem, da sie die Gleichheit aller und den effektiven Schutz der Grundrechte in Frage stellt. Sie ist ein politisches Problem, weil Mehrheiten ohne effektiven Minderheitenschutz nicht demokratisch sind und weil Menschen durch Diskriminierung an demokratischer Teilhabe gehindert werden. Sie ist ein rechtliches Problem, weil die Würde, Freiheit, Gleichheit, aber auch Gesundheit oder das Recht auf Bildung der Betroffenen erheblich verletzt werden. Sie ist auch ein volkswirtschaftliches Problem, weil Diskriminierung Produktivität verringert, Wettbewerbsverzerrungen begünstigt und den Fachkräftemangel verschärft.

1.1 Diskriminierung als verbreitetes Problem

Auch wenn die quantitative Stärkung und methodische Ausdifferenzierung der Forschung zu Diskriminierung in Deutschland weiterhin als dringend notwendig erachtet wird,⁴ belegen wissenschaftliche Erkenntnisse und Daten aus den letzten Jahren, dass Diskriminierung ein verbreitetes Problem ist.

Die Zahl der **Beratungsanfragen** an die Antidiskriminierungsstelle des Bundes ist kontinuierlich gestiegen und hat mit 8.827 Anfragen im Jahr 2022 einen neuen Höchstwert erreicht.⁵ Die meisten Anfragen bezogen sich auf rassistische Diskriminierung (43%), gefolgt von Diskriminierung wegen Behinderung (27%) und wegen Geschlecht (21%). Ein Fünftel der Beratungsanfragen betraf Diskriminierung durch staatliche Stellen, welche vom AGG bislang nicht erfasst ist. 25% der Beratungsanfragen bezogen sich auf das Arbeitsleben, 20% auf den Zugang zu Gütern und Dienstleistungen und 5% auf den Wohnungsmarkt. Eine nicht unerhebliche Anzahl von Anfragen betraf Elternschaft oder Sorgeverpflichtung, sozialen Status, Staatsangehörigkeit oder körperliche Merkmale wie Gewicht, welche nicht von den Kategorien des AGG erfasst sind.

Eine **umfassende Repräsentativbefragung** hat für alle vom AGG abgedeckten Kategorien (sowie sozio-ökonomischen Status und Sorgeverpflichtungen) verbreitete Diskriminierungserfahrungen in verschiedenen Lebensbereichen (Arbeitsleben, Ausbildung, Wohnungssuche, Gesundheitsbereich, Behördenkontakt, Freizeitgestaltung, Geschäfte und Dienstleistungen) festgestellt.⁶

Rassistische Diskriminierungen und Diskriminierungen auf Grund der ethnischen Herkunft kamen in allen erfassten Lebensbereichen häufig vor. Sie

⁴ So Beigang, Fetz, Kalkum & Otto, Diskriminierungserfahrungen in Deutschland. Ergebnisse einer Repräsentativ- und einer Betroffenenbefragung, ADS 2017, S. 301f,

https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Expertisen/expertise_diskriminierungserfahrungen_in_deutschland.pdf.

⁵ Unabhängige Bundesbeauftragte für Antidiskriminierung, Jahresbericht 2022,

<https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Jahresberichte/2022.pdf>.

⁶ Siehe auch zum Folgenden: Beigang, Fetz, Kalkum & Otto, Diskriminierungserfahrungen in Deutschland. Ergebnisse einer Repräsentativ- und einer Betroffenenbefragung, ADS 2017,

https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Expertisen/expertise_diskriminierungserfahrungen_in_deutschland.pdf.

äußerten sich sowohl in materiellen Benachteiligungen wie sozialen Herabwürdigungen, aber auch verbaler oder körperlicher Gewalt. Die Diskriminierungen waren oft intersektional mit anderen Kategorien wie Geschlecht, Religion und sozio-ökonomischem Status verbunden.

Frauen erleben überproportional häufig Diskriminierungen im Arbeitsleben, die sich auf alle Aspekte von Einstellungen, Beförderungen, Bezahlung oder Arbeitsbedingungen beziehen. Häufig besteht ein Zusammenhang mit tatsächlichen oder erwarteten Sorgeverpflichtungen; auch Männer werden benachteiligt, wenn sie Sorgeverantwortung übernehmen. Zudem sind (insbesondere lesbische) Frauen häufig sexuellen Übergriffen in Freizeit und Öffentlichkeit ausgesetzt. Vergleichbares wird auch von **trans- und intergeschlechtlichen Personen** berichtet, welche überdies erhebliche Diskriminierung im Arbeitsleben, im Kontakt mit Ämtern und im Gesundheitsbereich erfahren.

Auch **Religion** ist häufig Anlass für Diskriminierungen, jedenfalls, wenn es sich um eine nicht-christliche Religion handelt, und ist meist eng verbunden mit rassistischer Diskriminierung (antimuslimischer Rassismus).

Die im Zusammenhang mit der bis 2017 geltenden Beschränkung der Ehe auf verschiedengeschlechtliche Paare stehenden Diskriminierungserfahrungen auf Grund **sexueller Orientierung** im Kontakt mit Behörden dürften sich wesentlich reduziert haben, wobei dies für die rechtliche Anerkennung von gleichgeschlechtlicher Elternschaft weniger zutreffen dürfte. Lesbische und schwule Personen berichteten aber auch von verbaler, körperlicher und sexueller Gewalt in Öffentlichkeit und Freizeitbereich, Mobbing in Schule und am Arbeitsplatz sowie Benachteiligungen bei der Wohnungssuche.

Ein Viertel der Befragten mit einer **Behinderung, Beeinträchtigung oder chronischen Erkrankung** berichtet von Diskriminierung, insbesondere im Gesundheits- und Pflegebereich, aber auch im Arbeitsleben, im Bildungsbereich, beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, im Kontakt mit Ämtern sowie in der Öffentlichkeit und Freizeit. Die Diskriminierung auf Grund der Behinderung ist oft eng verbunden mit dem sozio-ökonomischen Status. Altersdiskriminierung ist in Deutschland weit verbreitet und kann Menschen in verschiedenen Lebensphasen betreffen.

In der Repräsentativbefragung war die am zweithäufigsten genannte Kategorie **sozioökonomischer Status** (dort definiert als zu niedriges Einkommen oder zu geringer Bildungsstand), welcher nicht vom AGG erfasst ist. Im Bildungsbereich wird sozialer Status als entscheidender Faktor wahrgenommen, welcher auch über den weiteren Lebensweg entscheidet. Sozioökonomische Herkunft führt auch zu Benachteiligungserfahrungen bei Finanzdienstleistungen und Wohnungssuche, im Kontakt mit Behörden oder Gerichten, im Arbeitsleben und im Freizeitbereich.

In der Auftaktstudie zum Nationalen Diskriminierungs- und Rassismusmonitor werden als Ergebnisse einer Repräsentativbefragung⁷ angegeben, dass 22% aller

⁷ Deutsches Zentrum für Integrations- und Migrationsforschung (DeZIM), Rassistische Realitäten: Wie setzt sich Deutschland mit Rassismus auseinander? Auftaktstudie zum Nationalen Diskriminierungs- und Rassismusmonitor (NaDiRa), 2022, abrufbar unter <https://www.rassismusmonitor.de/>.

Befragten schon einmal **Rassismus** erfahren haben, von den Befragten, die sich als Angehörige potentiell von Rassismus betroffener Gruppen bezeichnen, sind es 58%. Rassistische Wissensbestände sind weiterhin weit verbreitet. Zugleich wird Rassismus als Alltagserfahrung und strukturelles Problem von der Mehrheit nicht geleugnet. Die Benachteiligung von Schwarzen oder jüdischen Personen wird häufiger als rassistisch eingestuft als vergleichbare Situationen oder Handlungen gegenüber Muslim*innen oder Osteuropäer*innen. Die strukturelle und institutionelle Dimension von Rassismus wird teilweise durchaus erkannt. Als Reaktionen finden sich Abwehr von Rassismuskritik und Externalisierung ebenso wie aktives Engagement gegen Rassismus.

Eine Befragung von **Menschen afrikanischer Herkunft** in Deutschland bezog sich auch auf ihre Diskriminierungserfahrungen.⁸ Sie berichteten von Kriminalisierung als angebliche Drogenhändler oder Einbrecher, Exotisierung und ungewollten Berührungen, Aberkennung von Kompetenzen und Ignoranz oder Abwehr gegenüber ihrem Ansprechen von rassistischen Vorfällen oder Strukturen. Intersektionale Diskriminierung spielt eine wesentliche Rolle, besonders von Diskriminierung betroffen sind transgeschlechtliche, intergeschlechtliche und nicht-binäre Menschen, Befragte mit Beeinträchtigung und/oder Behinderung sowie Schwarze Menschen mit zwei afrikanischen oder afrodiasporischen Elternteilen. Rassistische Diskriminierung wird insbesondere berichtet aus dem Bereich Gesundheit und Pflege, beim Kontakt mit Ämtern und Polizei sowie bei der Wohnungssuche.

Antisemitische Vorfälle prägen weiterhin das Leben von Juden_Jüdinnen in Deutschland.⁹ Solche Vorfälle können sich durch Ereignisse wie die Terrorangriffe der Hamas im Oktober 2023, das Erstarken rechtspopulistischer Parteien und Strömungen oder die Reaktionen auf das Pandemiegeschehen und die staatlichen Maßnahmen in diesem Kontext intensivieren. **Antisemitismus** ist aber nicht hierauf beschränkt, sondern findet kontinuierlich in sehr verschiedenen Erscheinungsformen statt wie u.a. christlichem Antijudaismus, völkisch-rassistischem Antisemitismus, sekundär-schuldabwehrendem Antisemitismus mit Täter-Opfer-Umkehr, antisemitischen Verschwörungsideologien, Codes und Bildern sowie israelbezogenem Antisemitismus.¹⁰ Betroffen sind Jüdinnen_Juden hiervon in der (digitalen) Öffentlichkeit, im Bildungsbereich, beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, im Arbeitsleben und im Kontakt mit Behörden und Gerichten.

Im Jahr 2020 hat die europäische Grundrechte-Agentur (FRA) die Ergebnisse ihres zweiten großen LGBTI-Surveys veröffentlicht, welche einen Eindruck über die Diskriminierungen auf Grund von **sexueller Orientierung** und **Geschlechtsiden-**

⁸ Siehe <https://afrozensus.de/reports/2020/>.

⁹ Siehe die Dokumentation unter <https://report-antisemitism.de/monitoring/>.

¹⁰ Hierzu Bernstein, Israelbezogener Antisemitismus, 2021; Brumlik, Antisemitismus, 2020; Coffey & Laumann, Gojnormativität, 2021; Holz & Haury, Antisemitismus gegen Israel, 2021; Horvielleur, Antisemitismus, 2020; Mendel, Über Israel reden, 2023; Salzborn, Antisemitismustheorien, 2022; Schäfer, Kurze Geschichte des Antisemitismus, 2020; Schwarz-Friesel, Judenhass im Internet, 2019; Steinke, Terror gegen Juden, 2020.

tität auch in Deutschland verschaffen.¹¹ Im Arbeitsleben wurden 20% der lesbischen und schwulen Befragten, aber fast 40% der trans- und intergeschlechtlichen Befragten diskriminiert. 18% der lesbischen Befragten, 22% der transgeschlechtlichen und 27% der intergeschlechtlichen Befragten wurden bei der Wohnungssuche diskriminiert. Von Diskriminierung im Gesundheitsbereich berichteten 12% bzw. 14% der schwulen und lesbischen Befragten, aber über 40% der inter- und transgeschlechtlichen Befragten. 29% der transgeschlechtlichen Befragten wurden in Gastronomie oder Geschäften diskriminiert, während lesbische Befragte im Freizeitbereich und Gastronomie deutlich häufiger Diskriminierung erlebten als in Geschäften. Viele LSBTI-Personen berichten von Diskriminierung, insbesondere durch Abwertung und Ausgrenzung, bereits in ihrer Schulzeit. Insgesamt haben 92% der befragten LSBTI-Personen den letzten der Diskriminierungsvorfälle nicht gemeldet, was auf Defizite der Rechtsdurchsetzung weist.

Die Gleichstellungsberichte der Bundesregierung, welche jeweils eine Sachverständigenkommission beauftragt, geben einen Überblick über die Strukturen der Diskriminierung von **Frauen** in Deutschland und die notwendigen Maßnahmen zur Erfüllung der Verpflichtung aus Artikel 3 Absatz 2 Grundgesetz.¹² Das Statistische Bundesamt stellt Gleichstellungsindikatoren zur Verfügung, welche Stand und Entwicklung der Gleichstellung von Frauen und Männern in Deutschland unter den Dimensionen Partizipation, Bildung und Berufswahl, Erwerbsleben und Einkommen sowie Sorgearbeit zeigen.¹³ Das BMFSFJ hat einen interaktiven Gleichstellungsatlas erstellt, welcher einen umfassenden Überblick über die regionalen Unterschiede bei der Gleichstellung von Frauen und Männern in Deutschland gibt.¹⁴

Zusammenfassung: Diskriminierung auf Grund von Geschlecht, inklusive Geschlechtsidentität, und sexueller Orientierung, auf Grund von rassistischen Zuschreibungen und Strukturen, wegen und durch Behinderung, auf Grund von Antisemitismus, wegen der Religion oder des Alters sowie auf Grund von Körnernormen (Gewicht), Sorgeverpflichtungen oder sozioökonomischem Status sind in Deutschland weit verbreitet. Dabei handelt es sich sowohl um Diskriminierungen durch staatliche Stellen als auch um Diskriminierung im Arbeitsleben, beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, auf dem Wohnungsmarkt, im Bildungs- und Gesundheitsbereich, in Freizeit und Öffentlichkeit.

1.2 Diskriminierung als strukturelles Problem und Antidiskriminierungsrecht als Intervention

Diskriminierung und Ungleichbehandlung sind nicht dasselbe. Nicht jede Ungleichbehandlung ist eine Diskriminierung, und umgekehrt erschöpft sich Diskriminierung nicht in Ungleichbehandlung. Diskriminierung meint vielmehr die Abwertung, Ausgrenzung, Benachteiligung und Verletzung oder Vernichtung von Menschen auf Grund ihrer (angenommenen bzw. zugeschriebenen) Zugehörigkeit

¹¹ Siehe https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-lgbti-equality_en.pdf.

¹² Siehe <https://www.dritter-gleichstellungsbericht.de/> und <https://www.zweiter-gleichstellungsbericht.de/de/topic/2.zweiter-gleichstellungsbericht-der-bundesregierung.html>.

¹³ Siehe <https://www.destatis.de/DE/Themen/Querschnitt/Gleichstellungsindikatoren/inhalt.html>.

¹⁴ Siehe <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/service/online-rechner/gleichstellungsatlas>.

zu einer *strukturell* benachteiligten Gruppe.¹⁵ Deshalb ist Antidiskriminierungsrecht asymmetrisch, d.h. es wirkt zu Gunsten der strukturell Benachteiligten und kann eben nicht erfolgreich von denen mobilisiert werden, die von den Strukturen profitieren bzw. durch diese privilegiert sind.¹⁶

Auch wenn die Benachteiligung sich individuell auswirkt, ist sie Ausdruck einer Struktur, wenn es sich um Diskriminierung handelt. Die Kategorien des Antidiskriminierungsrechts sind keine individuellen Merkmale, sondern Marker für historisch gewachsene, aktuell tief verwurzelte und von individuellen Bemühungen unabhängige Hierarchisierungen wie u.a. Geschlechterverhältnis, Rassismus, Antisemitismus, Behindertenfeindlichkeit oder Heteronormativität, anhand derer sich materielle Ressourcen, Anerkennung, Teilhabe und Integrität (ungleich) verteilen.¹⁷ Es geht also nicht um individuelle Nachteile, sondern um Strukturen.

So mag das Tragen einer Brille im Einzelfall ein Nachteil sein, doch strukturieren sich Anerkennung, Rechtssubjektivität, Integrität, Teilhabe und Ressourcenzugang nicht grundlegend danach. Anders verhält es sich mit einem arabischen Namen, an den rassistische Zuschreibungen geknüpft werden – diese können von der Schulbildung über die Wohnungs- und Arbeitssuche bis zu Gesundheitsversorgung und Interaktionen mit Behörden in allen Lebensbereichen zu verschiedenen Erfahrungen von Benachteiligungen, Abwertungen, Ausgrenzungen oder sogar rassistischer Gewalt führen.

Auch wenn das Recht auf Schutz vor Diskriminierung ein individuelles Recht ist, welches in verschiedenen Rechtsmaterien verankert ist (Menschenrechte, europäisches Recht, Verfassungsrecht, Bundes- und Landesgesetze), zielt es nicht auf eine individuelle Benachteiligung allein, sondern ist immer auch eine Intervention in benachteiligende Strukturen. Die reale Möglichkeit der Rechtsmobilisierung spielt daher eine entscheidende Rolle für die Effektivität des geltenden Antidiskriminierungsrechts, die wesentlich seine Qualität ausmacht.

2 Durchsetzung von Antidiskriminierungsrecht

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) ist seit 2006 in Kraft. Die immer wieder herbeigeredete Klagewelle ist ausgeblieben. Dies ist Anlass zur Beunruhigung, denn tatsächlich ist die Zahl der Gerichtsverfahren, die auf Grundlage des AGG geführt werden, angesichts der dargestellten Verbreitung von Diskriminierung in Deutschland so gering, dass von schwerwiegenden

¹⁵ Lembke, Antidiskriminierungsrecht in Deutschland: Transformative Gleichheit als Herausforderung für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, in: vorgänge. Zeitschrift für Bürgerrechte und Gesellschaftspolitik Nr. 237/238 (2023) [61(1-2)], S. 27-40.

¹⁶ Hierzu Baer & Markard, Art. 3 Abs. 3, in: von Mangoldt et al. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz. Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19, 7. Auflage 2018, S. 432f. Zu allfälligen Fragen wie der, ob es auch „Rassismus gegen Weiße“ oder „Geschlechtsdiskriminierung von Männern“ geben könne etc., siehe Lembke, Antidiskriminierungsrecht in Deutschland, in: vorgänge Nr. 237/238 (2023) [61(1-2)], S. 27-40.

¹⁷ Grundlegend anhand von Geschlecht schon Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung. Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes, 1991; Baer, Würde oder Gleichheit? Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA, 1995; Adamietz, Geschlecht als Erwartung: das Geschlechtsdiskriminierungsverbot als Recht gegen Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität, 2011. Aktuell zu Kategorien: Baer, Das Kategorienproblem und die Herausbildung eines postkategorialen Antidiskriminierungsrechts, in: Mangold & Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, S. 223-260.

Durchsetzungshindernissen ausgegangen werden muss. Die normative Existenz von Antidiskriminierungsrecht genügt jedoch nicht. Antidiskriminierungsrecht muss effektiv sein und daher immer auch Regeln seiner wirksamen Durchsetzung enthalten. Hier zeigt das AGG weiterhin wesentliche Defizite.

2.1 Barrieren der Rechtsmobilisierung

Die Durchsetzung oder auch nur die Mobilisierung von Recht scheitert oft an persönlichen, finanziellen, sozialen oder strukturellen Hürden.¹⁸ Hierzu gehören grundsätzlich der Zeit- und Kostenaufwand einer Rechtsverfolgung, aber auch die unzugängliche Sprache und einschüchternde Machtdemonstrationen des Rechtssystems, spezifische rechtliche Codes und die mangelnde Vorhersehbarkeit der abschließenden rechtlichen Entscheidung.

In Diskriminierungsfällen kommt hinzu, dass Erfahrungen von Marginalisierung, Abwertung, Benachteiligung und Entrechtung sich im Rechtsprozess fortsetzen können. Die bereits zuvor bestehende Situation der strukturellen Benachteiligung kann sich direkt in der rechtlichen Auseinandersetzung niederschlagen, weil Betroffenen gegenüber (potentiellen) Arbeitgebenden oder marktstarken Anbietenden von Gütern und Dienstleistungen strukturell benachteiligt sind, was notwendige Informationen über die Rechtsverfolgung oder die persönlichen Folgen einer Rechtsmobilisierung betrifft. Die Inanspruchnahme gesetzlich verbriefer Rechte gegen Diskriminierung wird nicht selten als persönlicher Angriff gewertet (was durch unionsrechtswidrige Vorsatzerfordernisse noch verschärft wird) und entsprechend emotional bekämpft, was auch zu einer auf Angst beruhenden Entsolidarisierung im sozialen Umfeld der Betroffenen führen kann.

In einer umfassenden Studie wurden die Gründe dafür untersucht, dass im Bereich des Zugangs zu Gütern und Dienstleistungen kaum jemals die Durchsetzung von Antidiskriminierungsrecht erfolgt, obwohl Diskriminierung in erheblichem Umfang stattfindet.¹⁹ Diese sind begrenztes Wissen zum Antidiskriminierungsrecht, verhältnismäßig hohe Hürden der Beweislast, die lange Verfahrensdauer, die begrenzte Anzahl von sachkundigen Anwält*innen, unwägbare Kosten, sehr geringe Entschädigungssummen, das Fehlen von Möglichkeiten kollektiver Rechtsmobilisierung und die zweimonatige Ausschlussfrist zur Geltendmachung.

2.2 Geltendmachungsfristen verlängern

Die ausgesprochen knappe Frist zur Geltendmachung von Ansprüchen aus dem AGG von nur 2 Monaten stellt eine wesentliche Hürde für erfolgreiche Rechtsmobilisierung und damit die effektive Umsetzung des materiellen Antidiskriminierungsschutzes dar. Betroffene brauchen oft Zeit, um die Diskriminierung zu verarbeiten, Beratung in Anspruch zu nehmen, sich für

¹⁸ Zu den vielfältigen Hürden erfolgreicher Rechtsmobilisierung siehe am Beispiel der Lohngleichheit: Fuchs, Konstatzky, Liebscher & Berghahn, Rechtsmobilisierung für Lohngleichheit. Der Einfluss rechtlicher und diskursiver Bedingungen in der Schweiz, Deutschland und Österreich im Vergleich, in: Kritische Justiz 2009, S. 253–270; und am Beispiel der Barrierefreiheit: Kocher, Barrieren der Rechtsmobilisierung, in: Welti (Hg.), Rechtliche Instrumente zur Durchsetzung von Barrierefreiheit, 2013, S. 73–78.

¹⁹ Beigang, Boll, Egenberger, Hahn, Leidinger, Tischbirek & Tuner, Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung des Diskriminierungsschutzes bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, ADS 2021, https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Expertisen/studie_rechtsdurchsetzung.pdf.

rechtliche Schritte zu entscheiden. Auch sind die Rechtsfragen nicht immer einfach und eine mit der Materie vertraute rechtliche Vertretung erst zu finden.

Eine Frist von 2 Monaten wie in § 15 Absatz 4 AGG und § 21 Absatz 5 AGG ist im deutschen Recht äußerst ungewöhnlich. Die regelmäßige Verjährungsfrist im Zivilrecht beträgt drei Jahre. Im Arbeitsrecht kommen zur Geltendmachungsfrist noch Ausschlussfristen von drei Monaten für die Klageerhebung hinzu. Teilweise wird vorgeschlagen, eine einheitliche Frist für die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem AGG von sechs Monaten einzuführen.²⁰ Mit Blick auf die sonstigen Fristenregelungen wird aber auch zu Recht gefordert, die dreijährige Verjährungsfrist anzuwenden oder Ausschlussfristen auf mindestens 12 Monate zu verlängern, was überdies die Möglichkeiten außergerichtlicher Streitbeilegung erhöhen würde.²¹

Eine solche Anpassung der Fristen würde eine wesentliche Verbesserung in der Durchsetzung des AGG bedeuten. Ferner muss klargestellt werden, dass die Frist entgegen § 15 Absatz 4 Satz 2 AGG immer erst mit Kenntnis von der Diskriminierung zu laufen beginnt, wie der EuGH richtig festgestellt hat.

2.3 Verbandsklage und kollektive Rechtsmobilisierung

Ein weiteres wesentliches Hindernis für die wirksame Durchsetzung von Antidiskriminierungsrecht sind Konzeptionen individuellen Rechtsschutzes, welche den Betroffenen allein die Last der Rechtsdurchsetzung aufbürden, obwohl ihre strukturelle Benachteiligung sich regelmäßig in den Prozess hinein fortsetzt und an einem wirksamen Diskriminierungsschutz auch ein allgemeines Interesse besteht. Die Forderung nach Einführung eines Verbandsklagerechts und anderer Formen kollektiver Rechtsmobilisierung zur Durchsetzung des AGG ist daher zentral für einen effektiven Diskriminierungsschutz in Deutschland.

Weder die konkrete Ausgestaltung der Beistandschaft noch die grundsätzlich mögliche Streitgenossenschaft erschienen bislang in Diskriminierungsfällen als sinnvolle Optionen für eine verbesserte Rechtsdurchsetzung.²² Vielmehr war eine Überlegung, den diskriminierungsfreien Zugang zu Gütern und Dienstleistungen als Teil des Verbraucherschutzrechts anzusehen und daher mit den für Verbraucherschutzverbände vorgesehenen prozessualen Mitteln, also Abmahnung, Unterlassungsklage, Einziehungsklage, Formen objektiver Rechtsdurchsetzung

²⁰ So schon Berghahn, Klapp & Tischbirek, Evaluation des AGG, ADS 2016, S. 145, abrufbar unter https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/AGG/agg_evaluation.pdf, und Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), Concluding observations on the combined seventh and eighth periodic reports of Germany, 3 March 2017, para 14, abrufbar unter http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Countries.aspx?CountryCode=DEU&Lang=EN; ferner DGB-Bundesvorstand, DGB-Positionspapier zum Reformbedarf des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes vom 5.12.2022, <https://www.dgb.de/uber-uns/dgb-heute/recht/+co++70a32e34-7539-11ed-8844-001a4a160123>.

²¹ Siehe Bündnis AGG-Reform – Jetzt!, Mehr Fortschritt wagen heißt auch mehr Antidiskriminierung wagen, 2023, S. 10, https://agg-reform.jetzt/wp-content/uploads/2023/08/2023-08-08_Stellungnahme_Buendnis.pdf; Beckmann & von Stosch, Reformbedarf im Diskriminierungsschutz. Policy Paper der Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V. vom 30. Oktober 2021, S. 12f., https://freiheitsrechte.org/uploads/documents/2022_07_04_Policypaper_Reformbedarf_Antidiskriminierungsrecht_formatiert.pdf.

²² Siehe Lembke, Kollektive Rechtsmobilisierung gegen digitale Gewalt, HBS 2017, https://www.gwi-boell.de/sites/default/files/e-paper_43_kollektive_rechtsmobi.pdf.

und damals diskutierten Musterfeststellungsklagen, durchzusetzen.²³ Der enge Zuschnitt von Musterklagen auf Streuschäden (vergleichbar wäre evtl. Gender Pricing) und vor allem wenig gelungene Regelungen zur kollektiven Durchsetzung von Ansprüchen gegen die Autoindustrie lassen hier innehalten.

Prozessstandschaft und Verbandsklagerecht sind dagegen weiterhin als wesentliche Instrumente effektiver Durchsetzung von Antidiskriminierungsrecht anzusehen. Spätestens seit der umfassenden Evaluation des AGG im Jahr 2016 wurde gefordert, das AGG um die Möglichkeit der Prozessstandschaft und ein Verbandsklagerecht für qualifizierte Antidiskriminierungsverbände zu ergänzen.²⁴ Auch verschiedene UN-Menschenrechtsausschüsse forderten in ihren Wirkungsbereichen die Einführung von Verbandsklagerechten oder Gruppenklagen zur Mobilisierung von rechtlichem Diskriminierungsschutz.²⁵

Die Prozessstandschaft ermächtigt Antidiskriminierungsverbände, das Recht einer diskriminierten Person im eigenen Namen geltend machen. Sie wurde in allen EU-Mitgliedstaaten außer Deutschland bei Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien eingeführt. Allerdings muss sie sich auf alle Ansprüche, inklusive Schmerzensgeld, erstrecken.²⁶ Mit einem Verbandsklagerecht können qualifizierte Antidiskriminierungsverbände oder Gewerkschaften²⁷ auch unabhängig von der individuellen Betroffenheit Einzelner den Verstoß gegen ein Diskriminierungsverbot gerichtlich feststellen lassen. Die Finanzierung der Rechtsdurchsetzung durch Antidiskriminierungsverbände, zumindest bezüglich strategischer Prozessführung zur Klärung grundsätzlicher Fragen,²⁸ durch einen Rechtshilfefonds wäre eine weitere wesentliche Voraussetzung für die Effektivität von antidiskriminierungsrechtlichen Regelungen.²⁹

²³ Hierzu Lembke, Kollektive Rechtsmobilisierung gegen digitale Gewalt, HBS 2017, https://www.gwi-boell.de/sites/default/files/e-paper_43_kollektive_rechtsmobi.pdf.

²⁴ So schon Berghahn, Klapp & Tischbirek, Evaluation des AGG, ADS 2016, S. 159ff., abrufbar unter https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/AGG/agg_evaluation.pdf. Aktuell Bündnis AGG-Reform – Jetzt!, Mehr Fortschritt wagen heißt auch mehr Antidiskriminierung wagen, 2023, S. 4, https://agg-reform.jetzt/wp-content/uploads/2023/08/2023-08-08_Stellungnahme_Buendnis.pdf; Beckmann & von Stosch, Reformbedarf im Diskriminierungsschutz. Policy Paper der Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V. vom 30. Oktober 2021, S. 14, https://freiheitsrechte.org/uploads/documents/2022_07_04_Policypaper_Reformbedarf_Antidiskriminierungsrecht_formatiert.pdf; Beigang, Boll, Egenberger, Hahn, Leidinger, Tischbirek & Tuner, Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung des Diskriminierungsschutzes bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, ADS 2021, S. 266f., https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Expertisen/studie_rechtsdurchsetzung.pdf.

²⁵ Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), Concluding observations on the combined seventh and eighth periodic reports of Germany, 3 March 2017, para 14, abrufbar unter http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Countries.aspx?CountryCode=DEU&Lang=EN; Human Rights Committee, Concluding observations on the seventh periodic report of Germany, 30 November 2021, para 9(c), <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/357/46/PDF/G2135746.pdf>; Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), Concluding observations on the combined second and third periodic reports of Germany, 3 October 2023, CRPD/C/DEU/CO/2-3, paras 7(c), 8(c), abrufbar unter https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=2622&Lang=en.

²⁶ Lembke, Kollektive Rechtsmobilisierung gegen digitale Gewalt, HBS 2017, https://www.gwi-boell.de/sites/default/files/e-paper_43_kollektive_rechtsmobi.pdf.

²⁷ DGB-Bundesvorstand, DGB-Positionspapier zum Reformbedarf des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes vom 5.12.2022, <https://www.dgb.de/uber-uns/dgb-heute/recht/++co++70a32e34-7539-11ed-8844-001a4a160123>.

²⁸ Beckmann & von Stosch, Reformbedarf im Diskriminierungsschutz. Policy Paper der Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V. vom 30. Oktober 2021, S. 12f.,

https://freiheitsrechte.org/uploads/documents/2022_07_04_Policypaper_Reformbedarf_Antidiskriminierungsrecht_formatiert.pdf.

²⁹ Bündnis AGG-Reform – Jetzt!, Mehr Fortschritt wagen heißt auch mehr Antidiskriminierung wagen, 2023, S. 4, https://agg-reform.jetzt/wp-content/uploads/2023/08/2023-08-08_Stellungnahme_Buendnis.pdf.

2.4 Rechtsdurchsetzung durch die Antidiskriminierungsstelle des Bundes

In zehn Ländern der Europäischen Union haben die nationalen Antidiskriminierungsstellen umfassende Kompetenzen zur Durchsetzung des materiellen Antidiskriminierungsrechts, namentlich Entscheidungsbefugnisse, Untersuchungsrechte wie Akteneinsicht oder Anhörungen, Unterstützungsmöglichkeiten vor Gericht wie die Erstellung von Amicus Curiae und Klagerechte im eigenen Namen oder für Dritte.³⁰ In weiteren zehn Ländern fehlt nur eine dieser Kompetenzen. Deutschland ist das einzige Land in der EU, dessen nationale Antidiskriminierungsstelle keine dieser Kompetenzen besitzt.

An dieser Stelle soll auf längere Ausführungen verzichtet werden, warum zu kritisieren ist, dass die Antidiskriminierungsstelle des Bundes im europäischen Vergleich die schwächste Position zur Durchsetzung von Antidiskriminierungsrecht und damit zur Erfüllung des entsprechenden staatlichen Auftrages hat. Da Deutschland meist keine Scheu zeigt, anderen (außer-)europäischen Staaten seine Auffassungen zu Rechtsstaat, Demokratie, Menschenrechten, Verfassungstreue, Nichtdiskriminierung und Menschenwürde aufzudrängen, wäre hier ein Raum eröffnet, in dem noch sehr viele Möglichkeiten für Deutschland bestehen, durch die schlichte Erfüllung bestehender verfassungs-, europa- und völkerrechtlicher Verpflichtungen die rhetorisch fleißig in Anspruch genommene Vorbildfunktion auch mit nationaler Rechtswirklichkeit zu unterlegen.

Es kann daher nur den Forderungen zugestimmt werden, dass Position und Kompetenzen der Antidiskriminierungsstelle des Bundes weiter zu stärken sind, insbesondere durch ein Klagerecht im eigenen Namen und für Dritte, die Kompetenz zur Einreichung von Amicus-Curiae-Gutachten in Gerichtsverfahren, Untersuchungsrechte wie Anhörungen und Akteneinsicht, die Entwicklung, Durchführung und Unterstützung von Gleichbehandlungsaudits, Beschwerde- und Kontrollfunktionen.³¹ Daneben wird empfohlen, bei der Antidiskriminierungsstelle des Bundes eine Ombudsstelle zur Schlichtung von Diskriminierungsbeschwerden anzusiedeln, die unparteiisch Beschwerden annehmen und bearbeiten kann.³²

Die mit diesen Aufgaben und Kompetenzen verbundenen Ressourcenbedarfe sind finanziell und personell abzusichern. Nur mit substantiellen Änderungen³³ in Position, Kompetenzen und Ressourcen kann die Antidiskriminierungsstelle des Bundes ihrer Aufgabe als nationale Institution zur Erfüllung der staatlichen

³⁰ Hierzu und zum Folgenden Unabhängige Bundesbeauftragte für Antidiskriminierung, Jahresbericht 2022, S. 18f., <https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Jahresberichte/2022.pdf>.

³¹ Statt vieler: Bündnis AGG-Reform – Jetzt!, Mehr Fortschritt wagen heißt auch mehr Antidiskriminierung wagen, 2023, S. 12, https://agg-reform.jetzt/wp-content/uploads/2023/08/2023-08-08_Stellungnahme_Buendnis.pdf. Vgl. auch Human Rights Committee, Concluding observations on the seventh periodic report of Germany, 30 November 2021, para 9(d), <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/357/46/PDF/G2135746.pdf>; CEDAW, Concluding observations on the combined seventh and eighth periodic reports of Germany, 3 March 2017, para 18(d), abrufbar unter http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Countries.aspx?CountryCode=DEU&Lang=EN.

³² Siehe Beigang, Boll, Egenberger, Hahn, Leidinger, Tischbirek & Tuner, Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung des Diskriminierungsschutzes bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, ADS 2021, S. 271f., https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Expertisen/studie_rechtsdurchsetzung.pdf.

³³ Die Stärkung der Unabhängigkeit der Leitung der Antidiskriminierungsstelle durch Ausgestaltung als Unabhängige Beauftragte für Antidiskriminierung (siehe §§ 26 bis 26i AGG) im April 2022 war ein wichtiger erster Schritt in die richtige Richtung.

Verpflichtung zu effektivem Schutz vor Diskriminierung umfassend gerecht werden.

2.5 Beweislast erleichterung konkretisieren

Diskriminierungen können oftmals nur durch Tatsachen bewiesen werden, die in der Sphäre der diskriminierenden Person oder Organisation liegen. Für Betroffene ist es faktisch fast unmöglich, diskriminierende Praktiken, Preisgestaltungen, Motive oder Strukturen zu belegen, da sich alle hierfür relevanten Informationen zunächst bei der Gegenseite befinden dürften. Daher sehen die europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien (2000/43/EG, 2000/78/EG, 2004/113/EG und 2006/54/EG) zwingend eine Beweislast erleichterung vor, welche grundsätzlich in § 22 AGG Niederschlag gefunden hat. Diese Regelung ist jedoch dringend zu konkretisieren, um wirksam zu werden.

Zum einen ist klarzustellen, dass sich die Beweiserleichterung in § 22 AGG nicht allein auf die Kausalität zwischen Diskriminierungskategorie und Benachteiligung bezieht, sondern auch die Darlegung der Benachteiligung selbst, also des gesamten Tatbestandes, umfasst.³⁴ Auch sollten die Anforderungen an den Indizienbeweis konkretisiert und klargestellt werden, dass Parteivernehmungen, Testing-Ergebnisse, Statistiken oder rechtserhebliche Versäumnisse wie das Fehlen einer Beschwerdestelle zulässige und grundsätzlich auch ausreichende Beweismittel darstellen.³⁵

Für den arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutz sollte § 22 AGG um einen Auskunftsanspruch in Bezug auf Auswahlentscheidungen (Gründe der Entscheidung, auch bei algorithmenbasierten Systemen) ergänzt werden, um abgelehnten Bewerber*innen die Rechtsdurchsetzung zu ermöglichen.³⁶

2.6 Abschreckende Sanktionen, insbes. Entschädigungszahlungen

Die europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien verlangen wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen. Davon ist die deutsche Rechtspraxis meist weit entfernt. Die Beschränkung der arbeitsrechtlichen Entschädigung auf drei Monatsgehälter in § 15 Absatz 2 Satz 2 AGG ist daher ersatzlos zu streichen, und in § 21 Absatz 1 Satz 1 AGG ist als Maßnahme der Beseitigung der Diskriminierung explizit ein Kontrahierungszwang vorzusehen, wenn nur dies als wirksamer Schutz für die betroffene Person anzusehen ist.³⁷ Die Pflicht zur wirksamen Unterbindung

³⁴ Siehe Berghahn, Klapp & Tischbirek, Evaluation des AGG, ADS 2016, S. 156, 158, abrufbar unter https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/AGG/agg_evaluation.pdf; Beckmann & von Stosch, Reformbedarf im Diskriminierungsschutz. Policy Paper der Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V. vom 30. Oktober 2021, S. 12, https://freiheitsrechte.org/uploads/documents/2022_07_04_Policypaper_Reformbedarf_Antidiskriminierungsrecht_formatiert.pdf.

So explizit auch Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Concluding observations on the combined second and third periodic reports of Germany, 3 October 2023, CRPD/C/DEU/CO/2-3, para 12(d), abrufbar unter https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=2622&Lang=en.

³⁵ Siehe Berghahn, Klapp & Tischbirek, Evaluation des AGG, ADS 2016, S. 156ff., abrufbar unter https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/AGG/agg_evaluation.pdf; Bündnis AGG-Reform – Jetzt!, Mehr Fortschritt wagen heißt auch mehr Antidiskriminierung wagen, 2023, S. 10, https://agg-reform.jetzt/wp-content/uploads/2023/08/2023-08-08_Stellungnahme_Buendnis.pdf.

³⁶ Siehe DGB-Bundesvorstand, DGB-Positionspapier zum Reformbedarf des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes vom 5.12.2022, <https://www.dgb.de/uber-uns/dgb-heute/recht/++co++70a32e34-7539-11ed-8844-001a4a160123>.

³⁷ Bündnis AGG-Reform – Jetzt!, Mehr Fortschritt wagen heißt auch mehr Antidiskriminierung wagen, 2023, S. 10, https://agg-reform.jetzt/wp-content/uploads/2023/08/2023-08-08_Stellungnahme_Buendnis.pdf.

von Diskriminierung und die Konformität mit europäischen Recht gebieten eine Rechtspraxis, welche nach den normativen Vorgaben abschreckende Sanktionen verhängt, was nicht zuletzt auch die Höhe von Entschädigungszahlungen betrifft. Auch von den UN-Menschenrechtsausschüssen werden wirksame Sanktionen als zwingendes Element des Diskriminierungsschutzes durch das AGG benannt.³⁸

Solange (potentielle) Arbeitgebende und Anbietende von Gütern und Dienstleistungen die Diskriminierung bspw. bei Personalauswahl oder Beförderung, bei der Preisgestaltung oder beim Zugang zu Freizeitangeboten wie Gastronomie, Clubs, Diskotheken etc. als vernachlässigbare Kosten „einpreisen“ können, erscheint Diskriminierung als lohnendes Geschäft und schafft Wettbewerbsvorteile gegenüber der rechtmäßig handelnden Konkurrenz. Dies betrifft nicht nur die Unionsrechtskonformität des deutschen Rechts und ist im demokratischen Rechtsstaat unerträglich, sondern verletzt auch das Untermaßverbot aus den grundrechtlichen staatlichen Schutzpflichten. Staatliches Unterlassen ist insofern also verfassungswidrig.

3 Anwendungsbereich des AGG

Ein effektives Antidiskriminierungsrecht setzt auch voraus, dass der Anwendungsbereich klar definiert ist und der rechtliche Schutz präzise die tatsächlichen strukturellen Diskriminierungen erfasst. Dies betrifft die Regelung von Kategorien und Lebensbereichen sowie Konzepten rechtlich relevanter Benachteiligungen. Hier gibt es nicht unerheblichen Änderungsbedarf im AGG, um Schutzlücken zu schließen und die Anwendbarkeit des AGG zu verbessern.

3.1 Klarstellung und Erweiterung von Kategorien

Die Kategorien des AGG sind Marker für strukturelle Abwertung, Ausgrenzung, Benachteiligung und Gewalt. Diskriminierung äußert sich gegenüber individuellen Personen, aber sie besteht als Struktur in Gesellschaft, Institutionen und staatlichen Stellen. Eine wesentliche Voraussetzung für effektiven Schutz vor Diskriminierung ist, dass die rechtlichen Kategorien tatsächliche strukturelle Benachteiligungen benennen und eine gelingende Rechtsanwendung ermöglichen. Es gibt Klarstellungs- und Änderungsbedarf mit Blick auf die Kategorien des AGG.

Es sollte inzwischen als allgemein bekannt vorausgesetzt werden können, dass es keine „Menschenrassen“ gibt, **Rassismus** aber sehr wohl existiert und tödlich sein kann. Rechtlicher Schutz vor rassistischer Diskriminierung ist in § 1 AGG jedoch als Schutz vor Diskriminierung „aus Gründen der Rasse“ ausgestaltet, was grundsätzlich verlangen würde, dass Behörden oder Gerichte unter eine nicht existente „Rasse“ subsumieren, um effektiven Rechtsschutz vor Rassismus zu gewährleisten. Wie in Bezug auf Artikel 3 Absatz 3 Satz 1 Grundgesetz schon

³⁸ Exemplarisch: Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD), Concluding observations on the combined nineteenth to twenty-second periodic reports of Germany, 30 June 2015, para 8, abrufbar unter https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2FC%2FDEU%2FCO%2F19-22&Lang=en.

länger gefordert,³⁹ sollte auch in § 1 AGG der Begriff der „Rasse“ durch „rassistische Diskriminierung“ oder Diskriminierung „auf Grund rassistischer Zuschreibungen“ (so auch § 2 LADG Berlin) ersetzt werden. Ein Ausweichen auf den Begriff der „ethnischen Herkunft“ bietet sich eher nicht an, da auch juristische Definitionsversuche zur „Ethnie“ von Personen eher zu vergleichbaren Problemen führen, als diese zu lösen, und überdies so Rassismus als ein wesentliches Feld von Diskriminierungserfahrungen nicht mehr rechtlich benannt würde, was seine Beseitigung und Prävention nicht erleichtern dürfte.

In Bezug auf **Antisemitismus**, der früher durch die auf „nationalsozialistische Rassenideologien“ verweisende Verwendung des Begriffs „Rasse“ in Artikel 3 Absatz 3 Grundgesetz erfasst sein sollte, ergeben sich ähnliche Probleme. Für seine Erfassung stehen derzeit in § 1 AGG auch nur „auf Grund der Rasse“, wegen „ethnischer Herkunft“ oder wegen der „Religion“ zur Verfügung. Die jeweiligen Zuordnungen der vielfältigen Erscheinungsformen von Antisemitismus zu diesen Kategorien bergen Schwierigkeiten und Fallstricke, welche eine effektive Rechtsdurchsetzung nicht befördern. Es bietet sich daher an, wie in § 2 LADG Berlin auf „antisemitische Zuschreibungen“ abzustellen oder wie in etlichen Rechtsmaterien, unter ihnen einige Landesverfassungen⁴⁰, Antisemitismus bzw. antisemitisch explizit als Rechtsbegriffe zu verwenden.

Auch in Bezug auf Diskriminierung auf Grund **sexueller Orientierung** oder **Geschlechtsidentität** bedarf es offensichtlich einiger textlicher Klarstellungen, um effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten. Spätestens seit der Vierte-Options-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10. Oktober 2017⁴¹ sollte außer Frage stehen, dass Diskriminierung wegen des Geschlechts auch Diskriminierung wegen der Geschlechtsidentität mit umfasst. Da sich weite Teile des deutschen Rechtsdiskurses dieser Erkenntnis beharrlich verschließen, ist insoweit eine Klarstellung des Gesetzgebers (siehe bspw. § 2 LADG Berlin) erforderlich, dass Geschlecht auch Geschlechtsidentität meint, neben **Frauen** also auch **inter- und transgeschlechtliche Menschen** vor Diskriminierung schützt.⁴² Bei dieser Gelegenheit könnte auch der deutsche Sonderweg des Begriffs der „sexuellen Identität“, welcher sehr viel Verwirrung stiftet und weder europäisch noch international anschlussfähig ist, beendet und durch „sexuelle Orientierung“ ersetzt

³⁹ Statt vieler: Cremer, Ein Grundgesetz ohne „Rasse“. Vorschlag für eine Änderung von Artikel 3 Grundgesetz, DIMR 2010, und ders., Das Verbot rassistischer Diskriminierung. Vorschlag für eine Änderung von Artikel 3 Absatz 3 Satz 1 Grundgesetz, DIMR 2020, beide abrufbar unter <https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/>.

⁴⁰ Hierzu Lembke & Schuch, Anti-Antisemitismus qua Verfassung, VerfBlog, 2023/4/20, <https://verfassungsblog.de/anti-antisemitismus-qua-verfassung/>.

⁴¹ BVerfG vom 10.10.2017, Az. 1 BvR 2019/16, BVerfGE 147, 1-30, verpflichtete den Gesetzgeber, eine *vierte Option* im Personenstand einzuführen, nämlich einen benannten Eintrag neben weiblich, männlich oder keine Eintragung. Die gängige Bezeichnung als Dritte Options-Entscheidung unterschlägt die 2013 eingeführte, eigentlich revolutionäre Option des Offenlassens des Geschlechtseintrages und leistet überdies Fehlvorstellungen von binärer Norm und geschlechtlicher Abweichung Vorschub (ein Grund, weshalb sie sich so großer Beliebtheit erfreuen dürfte).

⁴² Hierzu Lembke, Familienrecht »ohne Geschlecht«? – Familienrecht ohne Geschlechtsdiskriminierung!, in: Röthel & Heiderhoff (Hg.), Geschlecht im Familienrecht – eine überholte Kategorie?, 2023, S. 87 (94ff.); dies., Alltägliche Praktiken zur Herstellung von Geschlechts-Körpern oder: Warum Unisex-Toiletten von Verfassungen wegen geboten sind, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 38(2) (2018), S. 208-243; und dies., Tackling sex discrimination to achieve gender equality? Conceptions of sex and gender in EU non-discrimination law and policies, in: European Equality Law Review 2/2016, pp. 46-55, <https://www.equalitylaw.eu/downloads/3938-european-equality-law-review-2-2016>.

werden. Neben der Herstellung von Konformität mit Verfassungs-, Europa- und Völkerrecht würden diese Klarstellungen verhindern, dass es auf Grund von konzeptionellen Missverständnissen zu Schutzlücken oder erheblich vermindertem Schutz kommt.

Studien, Repräsentativbefragungen und die Auswertung der Anfragen an die Antidiskriminierungsstelle des Bundes legen nahe, dass nicht alle *strukturellen* Benachteiligungen durch die Kategorien in § 1 AGG erfasst sind. Dies gilt insbesondere für **sozioökonomischen Status** und **Sorgeverpflichtungen**. Letztere könnten auch durch gehaltvolle Konzepte von Geschlechtsdiskriminierung erfasst werden.⁴³ Eine andere Möglichkeit wäre ein **offener Katalog** von Kategorien, der durch die Rechtspraxis an geänderte Verhältnisse angepasst werden kann.⁴⁴ Da der Diskriminierungsschutz in Deutschland bislang nicht unerhebliche Durchsetzungsschwierigkeiten erfahren hat, ist allerdings zu überlegen, ob es nicht vorzugswürdig ist, wenn der demokratische Gesetzgeber selbst die verpflichtend zu beachtenden Kategorien benennt. Andererseits ist dies in der Vergangenheit über längere Zeiträume nicht gelungen. Gerade in Bezug auf **sozioökonomischen Status bzw. soziale Herkunft**, welche in Deutschland insbesondere für Bildungserfolge und damit auch für Erwerbsbiografien sowie gesellschaftliche und politische Teilhabe eine ganz erhebliche Rolle spielen, wäre auf Grund der unterschiedlichen rechtspolitischen Bewertungen eine explizite gesetzliche Verankerung dringend angezeigt. Es gibt große Unsicherheiten im Umgang mit dieser Kategorie. Jedenfalls im Bildungsbereich (Schulen und Hochschulen) ist ihre Bedeutung allerdings so erheblich, dass der Verzicht auf ihre rechtliche Anerkennung bislang eine wesentliche Schutzlücke darstellt.⁴⁵

In der Rechtspraxis wie in rechtswissenschaftlichen und rechtspolitischen Debatten kommt es immer wieder zu Unklarheiten über den Schutz vor mehrdimensionaler bzw. **intersektionaler Diskriminierung** durch § 4 AGG. Auf Grund der ungünstigen Formulierung wird teils sogar in Frage gestellt, dass diesbezüglich überhaupt ein effektiver Rechtsschutz existiert.⁴⁶ Mehrdimensionale Diskriminierung ist eher Regelfall als Ausnahme bei Diskriminierungserfahrungen, weshalb es diesbezüglich keine Unsicherheiten über den bestehenden Rechtsschutz geben sollte. Eine Klarstellung bietet sich auch hier an.

⁴³ Für eine explizite Aufnahme: Bündnis AGG-Reform – Jetzt!, Mehr Fortschritt wagen heißt auch mehr Antidiskriminierung wagen, 2023, S. 7, https://agg-reform.jetzt/wp-content/uploads/2023/08/2023-08-08_Stellungnahme_Buendnis.pdf; Beckmann & von Stosch, Reformbedarf im Diskriminierungsschutz. Policy Paper der Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V. vom 30. Oktober 2021, S. 6, https://freiheitsrechte.org/uploads/documents/2022_07_04_Policypaper_Reformbedarf_Antidiskriminierungsrecht_formatiert.pdf.

⁴⁴ Siehe Bündnis AGG-Reform – Jetzt!, Mehr Fortschritt wagen heißt auch mehr Antidiskriminierung wagen, 2023, S. 7f., https://agg-reform.jetzt/wp-content/uploads/2023/08/2023-08-08_Stellungnahme_Buendnis.pdf. Dagegen fordert Human Rights Committee, Concluding observations on the seventh periodic report of Germany, 30 November 2021, para 9(a), <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/357/46/PDF/G2135746.pdf>, die explizite Berücksichtigung der Kategorien „Sprache“ und „Nationalität“ sowie die besondere Beachtung mehrdimensionaler Diskriminierung.

⁴⁵ Dezidiert für die Aufnahme als zentrale Kategorie: Bündnis AGG-Reform – Jetzt!, Mehr Fortschritt wagen heißt auch mehr Antidiskriminierung wagen, 2023, S. 6, https://agg-reform.jetzt/wp-content/uploads/2023/08/2023-08-08_Stellungnahme_Buendnis.pdf.

⁴⁶ Siehe auch Human Rights Committee, Concluding observations on the seventh periodic report of Germany, 30 November 2021, para 9(a), <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/357/46/PDF/G2135746.pdf>,

3.2 Konzeptionelle Verständnisse von Diskriminierung

Dem Vorschlag, auch assoziierte Diskriminierung bzw. die Diskriminierung assoziierter Dritter explizit in das AGG aufzunehmen,⁴⁷ ist uneingeschränkt zuzustimmen. Sehr bedenkenswert ist auch die Forderung, die Definitionen von Belästigung und sexualisierter Belästigung an das ILO-Übereinkommen Nr. 190 über die Beseitigung von Gewalt und Belästigung in der Arbeitswelt anzupassen.⁴⁸ Im gesamten AGG sollte der Begriff der „Benachteiligung“ endlich durch den Begriff der „Diskriminierung“ ersetzt werden.

Ferner ist überfällig, dass dem AGG der moderne menschenrechtliche Begriff von Behinderung zugrunde gelegt wird, wie er auch für das deutsche Recht gilt. Dazu gehört nicht nur, chronische Krankheiten anzuerkennen, sondern vor allem die Einsicht, dass Behinderung keine individuelle Beeinträchtigung ist, sondern aus der Wechselwirkung von mit gesellschaftlichen und institutionellen Barrieren entsteht. Kurzgefasst: Menschen sind nicht behindert, sondern sie werden behindert. Rechtlich äußert sich dies beispielsweise in Artikel 2 der UN-Behindertenrechtskonvention, wonach Menschen mit Behinderungen das Recht auf angemessene Vorkehrungen (individuelle Zugänglichkeit) haben, ohne das ihre Teilhabe nicht gewährleistet werden kann. Die Versagung angemessener Vorkehrungen ist daher eine Diskriminierung auf Grund von Behinderung – eine Selbstverständlichkeit, die aber offensichtlich expliziter Regelung im AGG bedarf.⁴⁹

3.3 Lebensbereiche, insbesondere Arbeit, Bildung und soziale Sicherheit, Zivilrechtsverkehr und Wohnraumvermietung

Die europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien gelten teils nur für Beschäftigung und Beruf, teils auch für den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen und teils für soziale Sicherheit sowie Bildung, wodurch ein uneinheitliches Bild verschiedener Schutzintensitäten entsteht. Das AGG scheint dagegen leuchtendes Vorbild eines umfassenden und einheitlichen Schutzes zu sein. In § 2 AGG wird werden die betreffenden Lebensbereiche aufgezählt: Zugang zu Beschäftigung und Beruf, auch für Selbständige, Arbeitsbedingungen, Entgelt, Aufstieg, Entlassung, Tarifverträge, Berufsberatung und Berufsbildung, berufliche Selbstorganisation, Sozialschutz, soziale Vergünstigungen, Bildung, Güter und Dienstleistungen. Doch tatsächlich wird das Versprechen eines umfassenden Anwendungsbereiches, welches in § 2 AGG gegeben wird, durch die restlichen Paragraphen des Gesetzes keineswegs eingelöst.⁵⁰ Hier bedarf es etlicher

⁴⁷ Bündnis AGG-Reform – Jetzt!, Mehr Fortschritt wagen heißt auch mehr Antidiskriminierung wagen, 2023, S. 9, https://agg-reform.jetzt/wp-content/uploads/2023/08/2023-08-08_Stellungnahme_Buendnis.pdf; Beckmann & von Stosch, Reformbedarf im Diskriminierungsschutz. Policy Paper der Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V. vom 30. Oktober 2021, S. 9, https://freiheitsrechte.org/uploads/documents/2022_07_04_Policypaper_Reformbedarf_Antidiskriminierungsrecht_formatiert.pdf.

⁴⁸ DGB-Bundesvorstand, DGB-Positionspapier zum Reformbedarf des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes vom 5.12.2022, <https://www.dgb.de/uber-uns/dgb-heute/recht/++co++70a32e34-7539-11ed-8844-001a4a160123>.

⁴⁹ Siehe Beigang, Boll, Egenberger, Hahn, Leidinger, Tischbirek & Tuner, Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung des Diskriminierungsschutzes bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, ADS 2021, S. 246f., https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Expertisen/studie_rechtsdurchsetzung.pdf.

⁵⁰ Hierzu Lembke, Europäisches Antidiskriminierungsrecht, in: Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ) 9/2016, S. 11-16, abrufbar unter https://www.bpb.de/system/files/dokument_pdf/APuZ_2016-09_online.pdf.

Klarstellungen, Ergänzungen und Korrekturen, um einen effektiven Schutz vor Diskriminierung zu gewährleisten.

Diskriminierungsverbot und entsprechende Durchsetzungsmechanismen gelten auch für Kündigungen, die entsprechende Ausnahmeklausel in § 2 Absatz 4 AGG, welche auf Grund der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ohnehin nicht mehr zum Tragen kommt, ist zu streichen.⁵¹ Darüber hinaus sollte das AGG explizit auf Fremdpersonaleinsatz und Solo-Selbstständige, die auf Grundlage eines selbstständigen Werk- oder Dienstvertrages tätig sind, erweitert werden und auch für Plattformtätige zweifelsfrei Schutz bieten.⁵²

Im Zivilrechtsverkehr, also beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, sollte der Schutz einheitlich gestaltet und auf unterschiedliche Schutzniveaus je nach Kategorie dringend verzichtet werden.⁵³ Die Beschränkung auf sog. Massengeschäfte ist in dieser Form nicht unionsrechtskonform und anzupassen. Bei der Vermietung von Wohnraum bestehen Schutzlücken, weil die Ansprüche aus dem AGG erst bei Vermietung von mindestens 50 Wohnungen gelten sollen.

Im Bereich von Bildung und sozialer Sicherheit ist Diskriminierung weit verbreitet und hat Auswirkungen auch auf andere Lebensbereiche. Daher sollte es nicht bei einem leeren Versprechen bleiben, dass der bundesgesetzliche Schutz sich auch auf diese Bereiche erstreckt und mobilisiert werden kann. Zwar gibt es einige Regelungen in Schul- und Hochschulgesetzen sowie in den Sozialgesetzbüchern, welche Diskriminierung adressieren. Aber dieser Schutz ist normativ stark begrenzt und in seiner Effektivität nur wenig überzeugend. Die gewachsenen Systeme sozialer Sicherung weisen eine Vielzahl von diskriminierenden Strukturen auf, in welche der Gesetzgeber wenig interveniert, während sich verschiedene Akteur*innen offensichtlich weder an verfassungsrechtliche noch sonstige Diskriminierungsverbote gebunden sehen.⁵⁴ Und im Bildungsbereich besteht zum eine die Zuständigkeit der Länder, zum anderen ist die Frage aufgeworfen, ob das AGG auch für staatliche Stellen und öffentliche Einrichtungen gelten soll.

3.4 Erweiterung des AGG auf staatliches Handeln

Seit über 70 Jahren ist allen staatlichen Stellen in Deutschland Diskriminierung durch Artikel 3 Absatz 3 Grundgesetz verboten. Diese Regelung wurde über viele Jahre kaum angewendet, was auch ihrer mangelnden gesetzlichen Konkretisierung geschuldet war. Zwar gibt es Gleichstellungsgesetze für Frauen und für Menschen mit Behinderungen im öffentlichen Dienst auf Bundes- und auf Landesebene, Regelungen zu Barrierefreiheit und Inklusion, Gesetze für Gleichstellung und

⁵¹ Beckmann & von Stosch, Reformbedarf im Diskriminierungsschutz. Policy Paper der Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V. vom 30. Oktober 2021, S. 10, https://freiheitsrechte.org/uploads/documents/2022_07_04_Policypaper_Reformbedarf_Antidiskriminierungsrecht_formatiert.pdf.

⁵² DGB-Bundesvorstand, DGB-Positionspapier zum Reformbedarf des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes vom 5.12.2022, <https://www.dgb.de/uber-uns/dgb-heute/recht/+++co++70a32e34-7539-11ed-8844-001a4a160123>.

⁵³ Bündnis AGG-Reform – Jetzt!, Mehr Fortschritt wagen heißt auch mehr Antidiskriminierung wagen, 2023, S. 5, https://agg-reform.jetzt/wp-content/uploads/2023/08/2023-08-08_Stellungnahme_Buendnis.pdf.

⁵⁴ So wurde die Diskriminierung von Frauen durch Rechtsanwaltsversorgungswerke erst durch BVerfG vom 5. April 2005, Az. 1 BvR 774/02, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2005/04/rs20050405_1bvr077402.html, beendet bzw. die Beendigung dieser Praxen eingeleitet.

gegen Diskriminierung in Hochschulen und Schulen sowie im öffentlichen Rundfunk, aber eben keine einheitliche Konkretisierung für alle Kategorien und alle Bereiche staatlichen Handelns.

Eine Ausnahme bildet das Landesantidiskriminierungsgesetz Berlin (LADG),⁵⁵ welches Vorbild für Gesetzgebungsprozesse in anderen Bundesländern ist, die aber noch nicht zu einem Abschluss gelangt sind. Daher besteht die befremdliche Situation, dass der Schutz vor Diskriminierung durch Private in Deutschland effektiver ausgestaltet ist als der Schutz vor Diskriminierung durch staatliche Stellen und öffentliche Einrichtungen, obwohl die Verfassung eine eindeutige Regelung enthält. Andere europäische Länder haben den Schutz vor Diskriminierung durch Private und durch Staat längst umfassend geregelt.

Die Lösung wäre, dass entweder alle Bundesländer ihre eigenen Landesantidiskriminierungsgesetze erlassen (was sich mit Blick auf Zeithorizonte, Qualität der Regelungen und Rechtsnatur von Artikel 3 Absätze 2 und 3 Grundgesetz eher wenig anbietet), dass ein Bundesantidiskriminierungsgesetz erlassen wird oder dass der Anwendungsbereich des AGG auf staatliches Handeln erstreckt wird, wofür allerdings einige Änderungen und Anpassungen vorgenommen werden müssten, um dem spezifischen Charakter staatlichen Handelns gerecht zu werden.

Der Zustand einer faktischen Privilegierung staatlicher Stellen gegenüber den durch Antidiskriminierungsrecht verpflichteten Privaten sollte jedenfalls zeitnah im Sinne eines effektiven und konkreten Schutzes vor Diskriminierung durch staatliche Stellen und öffentliche Einrichtungen behoben werden.⁵⁶ Eine Erweiterung des AGG könnte sich anbieten, weil das Bundesverfassungsgericht bereits darauf hingewiesen hat, dass dieses auch im Lichte des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots aus Artikel 3 Absatz 3 Grundgesetz auszulegen ist.⁵⁷

4 Weitere Fragen zur Europarechtskonformität des AGG

Das AGG in seiner derzeit geltenden Fassung weist neben der mangelnden Effektivität und dem begrenzten Anwendungsbereich noch einige Verstöße gegen europäisches (und teils auch internationales) Recht auf, welche sich nicht ohne Weiteres unter Rechtsmobilisierung oder Anwendungsbereich subsumieren lassen und daher kurz gesondert aufgeführt werden.

4.1 Entfallen des Vorsatzerfordernisses: „bezweckt oder bewirkt“

Das europäische Antidiskriminierungsrecht stellt nicht auf Vorsatz ab, sondern sieht gleichermaßen eine verbotene Benachteiligung, wenn diese „bezweckt oder bewirkt“ wurde. Es kommt nämlich nicht darauf an, ob Personen, die

⁵⁵ Siehe <https://www.berlin.de/sen/lads/recht/ladg/>.

⁵⁶ Siehe auch Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD), Concluding observations on the combined nineteenth to twenty-second periodic reports of Germany, 30 June 2015, para 8, abrufbar unter https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2FC%2FDEU%2FCO%2F19-22&Lang=en.

⁵⁷ BVerfG vom 30.01.2020, Az. 2 BvR 1005/18,

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/01/rk20200130_2bvr100518.html.

diskriminieren, "gute" Menschen sind, die es doch "gar nicht so gemeint" haben.⁵⁸ Es geht allein um die Wirkung bei den Betroffenen, denn für sie ist das Antidiskriminierungsrecht da.⁵⁹ In § 3 AGG sind richtig die Diskriminierungsformen der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung sowie der diskriminierenden Belästigung und sexuellen Belästigung aufgeführt, wobei bei den Belästigungen jeweils geregelt ist, dass es genügt, wenn die Rechtsverletzung „bezweckt oder bewirkt“ wird. In §§ 15 und 21 AGG dagegen wird der Anspruch auf Schadensersatz und Entschädigung von Vorsatz oder Verschulden abhängig gemacht. Dies stellt einen klaren Verstoß gegen europäisches (und auch internationales) Recht dar, der längst beseitigt sein sollte.⁶⁰

4.2 Umfassender Schutz vor Geschlechtsdiskriminierung

Geschlechtsdiskriminierung zu Lasten von Frauen ist in Deutschland weiterhin ein strukturelles Problem.⁶¹ Frauen verdienen deutlich weniger als Männer, der Gender Pay Gap ist zwar auf 18% gesunken, liegt aber deutlich über dem europäischen Durchschnitt. Die geschlechtsspezifische Segregation des Arbeitsmarktes zu Lasten von Frauen hat sich nicht wesentlich vermindert.⁶² Der deutsche Sonderweg, welcher das männliche Ernährermodell ins 21. Jahrhundert rettete, zeigt sich weiterhin in einem großen Gender Care Gap – Frauen wenden pro Tag im Durchschnitt 52,4 Prozent mehr Zeit für unbezahlte Sorgearbeit auf als Männer.⁶³ Die Benachteiligung im Erwerbsleben setzt sich in der Rente fort (Gender Pension Gap). Obwohl Frauen weniger verdienen, sind sie überdies von Gender Pricing betroffen, müssen also für die gleichen Produkte und Dienstleistungen mehr zahlen. Auch Beschränkungen ihrer reproduktiven Rechte, verhinderte politische Teilhabe sowie sexuelle Belästigung, Übergriffe und geschlechtsbezogene Gewalt sind weiterhin Teil der Lebensrealität von Frauen.

Auch Diskriminierung auf Grund der Geschlechtsidentität, welche zum rechtlichen Begriff von „Geschlecht“ im AGG gehört, sowie auf Grund der sexuellen Orientierung ist im Arbeitsleben und im Bildungsbereich, beim Zugang zu Gastronomie und Geschäften sowie bei der Inanspruchnahme von sozialen oder Gesundheitsdienstleistungen weit verbreitet.⁶⁴

Umfassender rechtlicher Schutz vor Diskriminierung im Bereich von Gütern und Dienstleistungen (wie Kredit, Wohnraum, Gastronomie, Reisen, Versicherung) wird durch das AGG explizit nur gegen rassistische Diskriminierung gewährt, obwohl Gleiches nach Richtlinie 2004/113/EG auch für Geschlecht gelten müsste. Unter Verstoß gegen europäisches Recht ist der Schutz vor Geschlechtsdiskriminierung

⁵⁸ Hierzu Lembke, Europäisches Antidiskriminierungsrecht, in: Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ) 9/2016, S. 11-16, abrufbar unter https://www.bpb.de/system/files/dokument_pdf/APuZ_2016-09_online.pdf.

⁵⁹ Wer also von „Tugendterror“ oder „Wokeness“ spricht, hat einfach die grundlegende Dogmatik nicht verstanden. Antidiskriminierungsrecht ist kein Moralunternehmen, sondern Erfüllung staatlicher Schutzpflichten.

⁶⁰ Siehe schon Lembke, Europäisches Antidiskriminierungsrecht, in: Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ) 9/2016, S. 11-16, abrufbar unter https://www.bpb.de/system/files/dokument_pdf/APuZ_2016-09_online.pdf.

⁶¹ Siehe nur die Gleichstellungsberichte der Bundesregierung, abrufbar unter <https://www.dritter-gleichstellungsbericht.de/>.

⁶² Grundsätzlich zum Stand der Gleichstellung im Arbeitsleben: Lott, Hobler, Pfahl & Unrau, Stand der Gleichstellung von Frauen und Männern in Deutschland, WSI-Report Nr. 72, Februar 2022, https://www.boeckler.de/fpdf/HBS-008259/p_wsi_report_72_2022.pdf.

⁶³ Hierzu <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/themen/gleichstellung/gender-care-gap>.

⁶⁴ Hierzu <https://www.lsvd.de/de/ct/2614-Diskriminierungserfahrungen-von-LSBTI-in-Deutschland>.

im Zivilrechtsverkehr auf sog. Massengeschäfte beschränkt, weshalb § 19 AGG dringend zu ändern ist.

Ferner gibt es keinen Schutz vor sexueller Belästigung im Zivilrechtsverkehr, obwohl es selbstverständlich auch dort, insbesondere bei der Inanspruchnahme von Dienstleistungen, zu Übergriffen kommen kann.⁶⁵ Dies fügt sich in eine Tradition der Sanktionslosigkeit sexualisierter Gewalt gegen Frauen, die dringend zu beenden ist.⁶⁶ In einer Repräsentativbefragung haben auch transgeschlechtliche und intergeschlechtliche Personen von einem erheblichen Ausmaß sexueller Übergriffe in Arbeitsleben, Freizeitgestaltung und Öffentlichkeit berichtet.⁶⁷

Dann sieht § 20 Absatz 2 AGG zwar vor, dass Kosten im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft auf keinen Fall zu unterschiedlichen Prämien oder Leistungen führen dürfen. Nicht geregelt ist allerdings, dass Benachteiligungen wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft als unmittelbare Geschlechtsdiskriminierung gelten, wie das europäische Recht dies verlangt. Es wäre auch praktisch notwendig, denn bspw. stillende Mütter erleben massive Diskriminierung beim Zugang zu Geschäften oder Gaststätten und Cafés, was ihre Teilhabe am öffentlichen Leben erheblich beeinträchtigt.⁶⁸

Zu Benachteiligungen, die sich über die Jahre zu erheblichen Summen addieren, gehört auch die Preisdifferenzierung nach Geschlecht zu Lasten von Frauen (Gender Pricing).⁶⁹ Die dabei entstehenden Schäden sind je für sich so gering, dass eine Rechtsmobilisierung durch individuell betroffene Frauen nicht in Betracht kommt. Die Konstellation massenhafter, für sich je geringer Schadensfälle, welche in der Summe aber einen erheblichen Vorteil für Unternehmen durch verbotene Geschlechtsdiskriminierung bedeuten, wäre ein klassischer Fall für kollektive Rechtsmobilisierung. Diese hätte allerdings neben den vorgenannten auch noch mit dem Problem der Darlegungslast und einem unionsrechtswidrigen § 20 Absatz 1 AGG zu kämpfen, nach dem ein sachlicher Grund als solcher für die Benachteiligung wegen des Geschlechts beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen genügen soll, ohne dass die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme oder ein möglicher *gender bias* des „sachlichen Grundes“ geprüft werden müssten.⁷⁰

⁶⁵ Hierzu Lembke, Europäisches Antidiskriminierungsrecht, in: Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ) 9/2016, S. 11-16, abrufbar unter https://www.bpb.de/system/files/dokument_pdf/APuZ_2016-09_online.pdf.

⁶⁶ Siehe Lembke, Early Start, Slow Progress, Racist Takeover, But Destined Not to Yield--The #MeToo Movement in Germany, in: Noel & Oppenheimer (eds.), The Global #MeToo Movement, 2020, pp. 193-209, abrufbar unter <https://www.globalmetooobook.com/product-page/download-ebook>.

⁶⁷ Siehe Beigang, Fetz, Kalkum & Otto, Diskriminierungserfahrungen in Deutschland. Ergebnisse einer Repräsentativ- und einer Betroffenenbefragung, ADS 2017, https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Expertisen/expertise_diskriminierungserfahrungen_in_deutschland.pdf.

⁶⁸ Siehe Lembke & Nasiriamini, Europäisches Antidiskriminierungsrecht in Deutschland: Gleichstellung der Geschlechter beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, in: djBZ 2020, S. 110-112.

⁶⁹ Hierzu An der Heiden & Wersig (Hg.), Preisdifferenzierung nach Geschlecht, ADS 2017, abrufbar unter: https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Expertisen/Expertise_Preisdifferenzierung_nach_Geschlecht.pdf.

⁷⁰ Hierzu Lembke & Nasiriamini, Europäisches Antidiskriminierungsrecht in Deutschland: Gleichstellung der Geschlechter beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, in: djBZ 2020, S. 110-112.

Auch diese Verstöße gegen europäisches Recht sollten längst beseitigt sein, wobei sich ein umfassender horizontaler Ansatz anbieten würde, der für alle Kategorien einen einheitlichen, umfassenden und effektiven Schutz gewährleistet.

4.3 Religionsprivileg rechtmäßig gestalten

In § 9 AGG ist Religionsgemeinschaften und den ihnen zugeordneten Einrichtungen ein sehr weiter Spielraum bei der Benachteiligung von Beschäftigten eingeräumt, welcher nicht den Anforderungen an Richtlinie 2000/78/EG an konfessionelle Arbeitgeber*innen entspricht.⁷¹ Bundesarbeitsgericht und Europäischer Gerichtshof haben wiederholt darauf hingewiesen, dass die deutsche Regelung nicht europarechtskonform ist. Auch von UN-Menschenrechtsausschüssen wurde die Regelung als diskriminierend kritisiert und Änderungen des AGG gefordert.⁷² Insbesondere im Lichte des Umstandes, dass die großen Kirchen in Deutschland selbst nur eingeschränkt Interesse an einer Aufrechterhaltung von Regelungen zur ungehinderten Diskriminierung ihres Personals bekundet haben, sollte der Gesetzgeber zu einer rechtmäßigen Regelung finden, welche europäische Wettbewerbsverzerrungen beendet und auch das Bundesverfassungsgericht entlastet.

5 Barrierefreiheit, angemessene Vorkehrungen, Inklusion

Menschen mit Behinderungen sind in Deutschland vielfachen Diskriminierungen ausgesetzt.⁷³ Das System der Segregation in speziellen Schulen, eigenen Werkstätten und gesonderten Wohnungen ist für viele Menschen mit Behinderungen weiterhin prägende Lebensrealität, obwohl das Festhalten an Sondereinrichtungen unvereinbar mit der UN-Behindertenrechtskonvention ist. Sie erfahren massive Benachteiligung im Arbeitsleben, bei der Gesundheitsversorgung und kultureller, sozialer wie politischer Teilhabe. Zudem sind Menschen mit Behinderungen überdurchschnittlich von Gewalt betroffen und haben wenig Zugang zu Unterstützungssystemen oder rechtlichem Schutz. Die menschenrechtliche Bewertung durch den UN-Ausschuss für die Behindertenrechtskonvention ist auch im Jahr 2023 wieder vernichtend ausgefallen.⁷⁴

Das Versagen von Barrierefreiheit oder angemessenen Vorkehrungen stellt sowohl im Arbeitsleben (siehe schon Artikel 5 der Richtlinie 2000/78/EG) als auch beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen und insbesondere Alltagsgeschäften eine Diskriminierung dar. Dies ergibt sich schon aus der erforderlichen verfassungs- und menschenrechtskonformen Auslegung des AGG mit Blick auf Behinderung,⁷⁵

⁷¹ Hierzu schon Berghahn, Klapp & Tischbirek, Evaluation des AGG, ADS 2016, S. 91ff., abrufbar unter https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/AGG/agg_evaluation.pdf.

⁷² Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Concluding observations on the sixth periodic report of Germany, 27 November 2018, E/C.12/DEU/CO/6, para 23, abrufbar unter <https://digitallibrary.un.org/record/1653881>.

⁷³ Siehe Monitoring-Stelle UN-Behindertenrechtskonvention, <https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/das-institut/abteilungen/monitoring-stelle-un-behindertenrechtskonvention>.

⁷⁴ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Concluding observations on the combined second and third periodic reports of Germany, 3 October 2023, CRPD/C/DEU/CO/2-3, abrufbar unter https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=2622&Lang=en.

⁷⁵ Zu verfassungs- und menschenrechtskonformen Auslegung des AGG grundlegend BVerfG vom 30.01.2020, Az. 2 BvR 1005/18, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/01/rk20200130_2bvr100518.html.

sollte aber explizit in § 3 AGG aufgenommen werden⁷⁶. Es folgt auch direkt aus der UN-Behindertenrechtskonvention (BRK), welche in Deutschland im Range eines Bundesgesetzes und zugleich als völkerrechtlicher Vertrag gilt. Der UN-BRK-Ausschuss hat Deutschland im August 2023 wieder aufgefordert, den Schutz vor Diskriminierung auf Grund von Behinderung sowie die Menschenrechte auf Barrierefreiheit, angemessene Vorkehrungen und Inklusion auch für alle Privaten verpflichtend zu machen, die öffentlich Güter und Dienstleistungen anbieten, und diese Verpflichtung durch wirksame Sanktionen durchzusetzen sowie intersektionale Diskriminierung rechtlich besonders zu berücksichtigen.⁷⁷

Exemplarisch benannt werden vom UN-BRK-Ausschuss im Kontext des Rechts auf diskriminierungsfreien Zugang zu Gütern und Dienstleistungen nochmals Gesundheitsleistungen, Produkte und Leistungen im Zusammenhang mit Bildung, Zugang zu Wohnraum, öffentlichen Verkehrsmitteln und öffentlichen Einrichtungen, die teils auch von Privaten angeboten werden und ohne die Teilhabe nicht möglich ist.⁷⁸ Der effektive und einheitliche Schutz vor Diskriminierung für Menschen mit Behinderung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen ist auch mit ökonomischen Vorteilen für die Wirtschaft und ihre Kund*innen mit Behinderung verbunden.⁷⁹ Vor allem aber ist das Vorenthalten effektiven Diskriminierungsschutzes und die andauernde tiefgreifende Verletzung von Grund- und Menschenrechten ein permanenter Rechtsbruch, der seinesgleichen sucht, und vor dem Hintergrund der deutschen Geschichte nicht nur inakzeptabel, sondern auch unerklärlich ist.

Dabei fehlt es nicht nur an einem rechtmäßigen Behinderungsbegriff und materiellen Regelungen zum Diskriminierungsschutz, sondern auch an Regelungen, um völkerrechtlich oder auf Grund partieller Gesetzgebung geltende Regelungen für Menschen mit Behinderungen einzuklagen und ihre Rechte effektiv durchzusetzen. In seiner letzten Bewertung der deutschen Situation hat der UN-Ausschuss für die Behindertenrechtskonvention auch das Fehlen eines Verbandsklagerechts zur Durchsetzung aller Konventionsrechte kritisiert und Deutschland aufgefordert, umfassende Verbandsklagerechte auf Bundes- und Länderebene sowie wirksame Sanktionen vorzusehen und unzulässige Barrieren der Rechtsdurchsetzung wie hohe Prozesskosten und exzessive prozessuale Zugangsvoraussetzungen unverzüglich zu beseitigen,⁸⁰ womit sich der Kreis dieser Stellungnahme schließt.

⁷⁶ Beigang, Boll, Egenberger, Hahn, Leidinger, Tischbirek & Tuner, Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung des Diskriminierungsschutzes bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, ADS 2021, S. 246f., https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Expertisen/studie_rechtsdurchsetzung.pdf.

⁷⁷ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Concluding observations on the combined second and third periodic reports of Germany, 3 October 2023, CRPD/C/DEU/CO/2-3, para 12, abrufbar unter https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=2622&Lang=en.

⁷⁸ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Concluding observations on the combined second and third periodic reports of Germany, 3 October 2023, CRPD/C/DEU/CO/2-3, para 20, abrufbar unter https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=2622&Lang=en.

⁷⁹ Vgl. Deloitte, Study on the socio-economic impact of new measures to improve accessibility of goods and services for people with disabilities, 2015, <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=14841&langId=en>.

⁸⁰ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Concluding observations on the combined second and third periodic reports of Germany, 3 October 2023, CRPD/C/DEU/CO/2-3, paras 7(c), 8(c), abrufbar unter https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=2622&Lang=en.

6 Antidiskriminierungsrecht und Wettbewerbsfähigkeit

Gegen ein effektives Antidiskriminierungsrecht werden seit vielen Jahren die immer gleichen Bedenken vorgebracht. Obwohl seit den 1980er Jahren Entwürfe für ein deutsches Antidiskriminierungsgesetz diskutiert wurden, reagierte der deutsche Gesetzgeber erst spät und mühsam auf die europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien und ein europäisches Vertragsverletzungsverfahren mit drohenden Zwangsgeldern.⁸¹ Die bei Beachtung des europäischen Rechts befürchtete Klageflut sowie Vorhersagen über den Untergang der deutschen Wirtschaft und des deutschen Zivilrechts erwiesen sich als vollständig unzutreffend, was offenbar nicht hindert, sie beharrlich zu wiederholen.

Hintergrund scheinen höchst befremdliche Vorstellungen über die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft, das Prinzip des Minderheitenschutzes und die gleiche Freiheit aller Rechtssubjekte⁸² zu sein. Antidiskriminierungsrecht und Wettbewerbsfähigkeit hängen zwar zusammen, aber genau umgekehrt. Das europäische Antidiskriminierungsrecht, dessen (lückenhafte) Umsetzung das geltende AGG darstellt, nahm seinen Anfang bei der Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. Frankreich setzte mit dem Gebot der Entgeltgleichheit in Artikel 119 des EWG-Vertrages (heute Artikel 157 AEUV) den ersten Diskriminierungsschutz im Arbeitsleben durch, um nicht gegenüber anderen Ländern im Nachteil zu sein, welche die signifikant schlechtere Bezahlung von Frauen für gleiche oder gleichwertige Arbeit (Gender Pay Gap) duldeten. Dieser Schutz vor Vorteilen durch Diskriminierung und Ausbeutung wurde im Folgenden weiter ausgebaut. Die vehemente Ablehnung von Antidiskriminierungsrecht ist immer auch eine Ablehnung des europäischen Binnenmarktes,⁸³ von dem die deutsche Wirtschaft seit Jahren besonders profitiert.

Es sei hier der festen Zuversicht Ausdruck gegeben, dass die deutsche Wirtschaft auch ohne ungehinderte Diskriminierung wettbewerbsfähig ist. Deutsche Unternehmen sind vielmehr auf ein effektives Antidiskriminierungsrecht angewiesen. Die durch Diskriminierung entstehenden wirtschaftlichen Schäden sind hoch, sowohl durch geminderte Arbeitsleistung von betroffenen Beschäftigten als auch durch Wettbewerbsverzerrungen bei Gütern und Dienstleistungen. Vor allem aber erweist sich mangelnder Diskriminierungsschutz angesichts des Fachkräftemangels, der längst ein Arbeitskräftemangel ist, als kontraproduktiv.⁸⁴ Effektives Antidiskriminierungsrecht ist nicht nur eine verfassungs-, europa- und völkerrechtliche Verpflichtung für Deutschland, sondern auch ein Gebot der praktischen und ökonomischen Vernunft.

⁸¹ Hierzu Lembke, Europäisches Antidiskriminierungsrecht, in: Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ) 9/2016, S. 11-16, abrufbar unter https://www.bpb.de/system/files/dokument_pdf/APuZ_2016-09_online.pdf.

⁸² Wenn privilegierte Personen ihre Rechte in Anspruch nehmen, so wird von „Gebrauch“ oder „Wahrnehmung“ der Rechte gesprochen, bei diskriminierten oder marginalisierten Personen ist plötzlich von „Missbrauch“ die Rede.

⁸³ Zu Barrierefreiheit im Binnenmarkt siehe Deloitte, Study on the socio-economic impact of new measures to improve accessibility of goods and services for people with disabilities, 2015, <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=14841&langId=en>.

⁸⁴ Zu Diskriminierung als wesentlichem Abschreckungsfaktor für ausländische Arbeitskräfte siehe exemplarisch Töpfer, SpiegelOnline vom 11. Juli 2023, <https://www.spiegel.de/karriere/warum-deutschland-auslaendische-fachkraefte-ungluecklich-macht-umfrage-unter-expat-a-2951872a-0505-4a0a-85aa-55bbc4475420>.