

IV.

Ansprüche und Rechtsschutzmöglichkeiten jenseits des AGG

4.1 Zivilrechtliche Ansprüche – einschließlich arbeitsrechtlicher – jenseits des AGG

4.1.1 Wann greifen zivilrechtliche Ansprüche jenseits des AGG?

Zivilrechtliche Ansprüche jenseits des AGG sind eine Möglichkeit, gegen Diskriminierungen vorzugehen, wenn das AGG nicht weiterhilft. Das ist einerseits bei Diskriminierungen der Fall, wenn der Anwendungsbereich des AGG nicht eröffnet ist, zum Beispiel weil die Diskriminierung nicht unter eine Diskriminierungskategorie des § 1 AGG fällt oder weil der/die Arbeitskolleg_in oder der/die Nachbar_in für die Diskriminierung verantwortlich ist. (Wann der Anwendungsbereich des AGG eröffnet ist, wird in Kapitel 2 erläutert.)

Zivilrechtliche Rechtsansprüche können aber auch parallel zum AGG bestehen. Zum Beispiel können Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche gegen einen diskriminierenden Arbeitgeber oder eine diskriminierende Vermieterin sowohl nach § 15 bzw. § 21 AGG als auch nach § 823 BGB entstehen. So steht es ausdrücklich in § 15 Abs. 5 und § 21 Abs. 3 AGG. Das bedeutet nicht, dass sich der Entschädigungsbetrag erhöht, sondern dass es verschiedene Rechtsgrundlagen gibt, auf die ein Anspruch gestützt werden kann. Bei einem Rechtsstreit kann es sinnvoll sein, mehrere Anspruchsgrundlagen geltend zu machen, wenn zum Beispiel umstritten ist, ob die Fristen zur Geltendmachung eines Anspruchs nach dem AGG eingehalten wurden.

Zivilrechtliche Ansprüche greifen grundsätzlich nur dann, wenn private Personen handeln. Staatliches Handeln ist nur dann erfasst, wenn der Staat wie eine private Person Verträge abschließt. Das ist zum Beispiel der Fall, wenn staatliche Einrichtungen oder Behörden Angestellte oder Arbeiter_innen einstellen (nicht verbeamtete Personen) oder wenn eine Stadt z.B. ein Weingut oder ein Krankenhaus als GmbH betreibt. Handelt der Staat hoheitlich, also im Wege von behördlichen Entscheidungen (zum Beispiel Entscheidung des Jobcenters) und Anordnungen (zum Beispiel Kontrolle durch die Polizei), müssen Anspruchsgrundlagen gegen empfundene Diskriminierungen im öffentlichen Recht gesucht werden (siehe dazu Kapitel 4.2 und 4.3).

Folgende zivilrechtliche Möglichkeiten kommen im Diskriminierungsfall grundsätzlich in Betracht: Erstens können diskriminierende Rechtsgeschäfte (zum Beispiel Verträge, Bestandteile von Verträgen, Kündigungen, Testamente oder Beschlüsse von Vereinen) nichtig – also ungültig – sein, wenn sie gegen Gesetze, zum Beispiel das AGG, verstoßen oder wenn sie sittenwidrig sind. Zweitens können Ansprüche auf Vertragsanpassung bzw. auf Rücksichtnahme auf besondere Bedürfnisse zum Beispiel bei Verträgen mit Menschen mit Behinderungen bestehen. Drittens kommen Schadensersatzansprüche wegen Verstoßes gegen vertragliche und vorvertragliche Pflichten in Betracht, viertens Ansprüche auf Ersatz materieller Schäden (Schadensersatz) und immaterieller Schäden (Entschädigung) wegen Handlungen, die in persönliche Rechtsgüter, wie das Persönlichkeitsrecht, eingreifen (sog. deliktische Haftung) und fünftens Ansprüche auf Beseitigung und künftige Unterlassung der Diskriminierung. Schließlich gibt es spezialgesetzlichen Rechtsschutz gegen Diskriminierung z.B. nach dem Gendiagnostikgesetz, dem Teilzeit- und Befristungsgesetz und dem Betriebsverfassungsgesetz.

Obwohl die grundgesetzlichen Diskriminierungsverbote nur im Verhältnis Bürger-Staat gelten, spielen sie auch bei der Prüfung zivilrechtlicher Ansprüche eine Rolle. Bei der Entscheidung, ob ein diskriminierendes Verhalten oder eine diskriminierende Regelung „sittenwidrig“ (§ 138 BGB) oder „treuwidrig“ (§ 242 BGB) ist und welche Rechtsverletzungen „unerlaubte Handlungen“ i. S. d.

§ 823 BGB sind, sind verfassungsrechtliche Wertentscheidungen und damit die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Grundgesetz zu beachten (siehe Kapitel 2.2.3). Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Grundsatz als „mittelbare Drittwirkung von Grundrechten“ eingeführt (BVerfG 15.01.1958 – 1 BvR 400/51).

Diese zivilrechtlichen Rechtsansprüche bzw. Rechtsfolgen können sowohl bei Diskriminierungen im Bereich des Arbeitslebens als auch im Bereich von anderen Vertragsverhältnissen, wie Kauf-, Miet-, Versicherungs- oder Dienstleistungsverträgen, geltend gemacht werden. Auch gegenüber Personen, mit denen gar kein Vertragsverhältnis besteht, können zivilrechtliche Ansprüche bestehen, zum Beispiel gegenüber Arbeitskolleg_innen oder Nachbar_innen.

Die folgende Darstellung der zivilrechtlichen Möglichkeiten jenseits des AGG nimmt deshalb keine Trennung in arbeitsrechtliche und sonstige zivilrechtliche Ansprüche vor, wie sie das AGG enthält und die sich deshalb auch in Kapitel 3 dieses Handbuchs findet. Vielmehr werden die einzelnen Rechtsansprüche jeweils wie folgt erläutert:

- **Anspruchsinhalt:** Was kann ich verlangen oder selbst unternehmen?
- **Anspruchsgegner:** Wem gegenüber kann ich den Anspruch geltend machen?
- **Anspruchsvoraussetzungen:** Welche speziellen Anforderungen an eine Diskriminierung und an die gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge (z. B. Schadensersatz) gibt es?
- **Anspruchsdurchsetzung:** Welche Beweisregeln und Fristen zur Geltendmachung müssen beachtet werden?

Begonnen wird die Darstellung mit vertraglichen Ansprüchen (4.1.2 bis 4.1.4), dann folgen Ansprüche, die darüber hinaus auch jenseits von Vertragsabschlüssen geltend gemacht werden können, zum Beispiel wenn Nachbar_innen oder Kolleg_innen diskriminieren (4.1.5 und 4.1.6). Allgemeine prozessuale Hinweise werden in 4.1.7 gegeben.

4.1.2 Ungültigkeit diskriminierender Verträge oder Kündigungen

Diskriminierende Verträge oder Vertragsklauseln sind unzulässig und unwirksam (§ 19 und 7 Abs. 2 AGG). Sie entfalten also keine rechtliche Wirksamkeit. Trotzdem muss diese Unwirksamkeit in der Regel von der diskriminierten Person rechtlich geltend gemacht werden. Die Unwirksamkeit gilt für Individualverträge (zum Beispiel für Arbeitsverträge oder Mietverträge) und für Kollektivverträge (also auch Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen). Auch allgemeine Geschäftsbedingungen sind erfasst sowie Verträge oder Vereinbarungen in schriftlicher und mündlicher Form. Das ergibt sich für alle Diskriminierungen, die unter ein Diskriminierungsverbot des AGG (siehe dazu Kapitel 3) fallen, auch aus § 134 BGB. Danach sind Rechtsgeschäfte nichtig, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen. Diskriminierende Rechtsgeschäfte können außerdem gemäß § 138 BGB nichtig sein, wenn sie sittenwidrig sind oder zumindest treuwidrig gemäß § 242 BGB. Das kann auch Fälle betreffen, die nicht vom AGG erfasst sind (siehe Kapitel 2.2). „Trewidrig“ ist ein Rechtsgeschäft, wenn es gegen den Grundsatz verstößt, dass Vertragspartner_innen sich loyal und redlich zu verhalten haben. Wann ein Rechtsgeschäft „gegen die guten Sitten“ verstößt, wird von der Rechtsprechung ausgehend vom „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ entschieden. Hier kommt die Wirkung der Diskriminierungsverbote im AGG und im Grundgesetz ins Spiel. Benachteiligt ein Rechtsgeschäft eine Vertragspartner_in gerade aufgrund einer im AGG oder in Art. 3 Abs. 3 GG geschützten Diskriminierungskategorie (siehe Kapitel 2.2.3), liegt in der Regel ein sittenwidriges Motiv vor. Auch Benachteiligungen, die nicht unter Art. 3 Abs. 3 GG fallen, die aber den in Art. 3 Abs. 3 AGG geschützten Kategorien sehr nah kommen, weil sie für die Betroffenen unverfügbar sind und die Gefahr besteht, dass die Ungleichbehandlung zur Diskriminierung einer Minderheit führt, können die Grenze zur Sittenwidrigkeit überschreiten. Gleiches gilt, wenn die Wahrnehmung anderer Grundrechte, z. B. aus Art. 6 Abs. 1 und 2 GG (Schutz von Ehe und Familie sowie Elternrecht), offenkundig vereitelt würde.

Eine mietvertragliche Klausel, die vorsieht, dass der/die Vermieter_in die Wohnung kündigen kann, wenn die Mieter Kinder bekommen, stellt eine Diskriminierung wegen des Familienstandes dar. Diese ist nicht vom AGG erfasst (weil keine der in § 1 AGG genannten Diskriminierungskategorien betroffen ist), sie ist aber als sittenwidrige Kündigung i.S.d. § 138 BGB nichtig, sie gilt also nicht.

Der Beschluss der Mitgliederversammlung eines großen Mietervereins, zukünftig keine Menschen mehr aufzunehmen, die Sozialleistungen beziehen, würde eine Diskriminierung wegen des sozialen Status darstellen. Die Vereinsmitgliedschaft und auch der soziale Status sind nicht vom AGG erfasst. Es kann aber versucht werden, dagegen mit dem Argument rechtlich vorzugehen, es handle sich mit Blick auf Art. 3 GG um einen sittenwidrigen Beschluss i.S.d. § 138 BGB. Das gilt gerade deshalb, weil in der deutschen Rechtsordnung auch das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) und die Sozialbindung des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) bei der Auslegung von zivilrechtlichen Generalklauseln zu beachten sind. Für eine Nichtigkeit des Beschlusses kann hier ebenfalls sprechen, dass der Verein im wirtschaftlichen oder sozialen Bereich eine überragende Machtstellung innehat und ein wesentliches oder grundlegendes Interesse an dem Erwerb der Mitgliedschaft besteht.

Ein Vereinsausschluss wegen NPD-Mitgliedschaft durch einen Sportverein, der keine überragende Machtstellung im wirtschaftlichen oder sozialen Bereich hat, ist in Ausübung privatautonomer Beschlussfassung dagegen als zulässig erklärt worden (LG Bremen 31.01.2013 – 7 O 24/12).

4.1.3 Ansprüche auf Berücksichtigung besonderer Bedürfnisse (angemessene Vorkehrungen)

Das Konzept der angemessenen Vorkehrungen wurde besonders von und für Menschen mit Behinderungen entwickelt. Die Maßnahmen ergänzen gewissermaßen die Barrierefreiheit und sollen Benachteiligungen im Einzelfall verhindern. Angemessene Vorkehrungen gemäß dem Grundsatz von Treu und

Glauben (§ 242 BGB) sind notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen der bestehenden Gegebenheiten, um zu gewährleisten, dass Menschen mit besonderen Bedürfnissen gleichberechtigt am Leben teilhaben können. Angemessene Vorkehrungen beziehen sich auf konkrete, situationsbezogene Maßnahmen zugunsten einer individuellen Person.

Ein Anspruch auf eine angemessene Vorkehrung kann also bestehen, wenn:

- ▮ Erstens in einem Einzelfall eine Benachteiligung einer Person aufgrund von Behinderung droht,
- ▮ Zweitens auf die konkrete Situation bezogene Maßnahmen ergriffen werden können, die geeignet sind, die erkennbaren Barrieren auszuräumen,
- ▮ Drittens der Aufwand, um diese Maßnahmen zu ergreifen, nicht übermäßig ist.

Im Bereich des Arbeitslebens können die Ausstattung eines Arbeitsplatzes mit einer Einhand-Tastatur, die Anschaffung barrierefreier Computersoftware, der Einbau einer Rampe oder eines Aufzugs oder die Flexibilisierung der Arbeitszeit durch zusätzlich zugestandene Pausen oder durch Telearbeit angemessene Vorkehrungen sein, um Menschen mit Behinderungen die gleichberechtigte Teilhabe am Arbeitsleben gemäß ihren besonderen Fähigkeiten und Bedürfnissen zu ermöglichen. Während die Anschaffung barrierefreier Hard- oder Software i. d. R. angemessen erscheint, könnte der Einbau eines Aufzugs ein kleines Unternehmen übermäßig belasten, wäre also eventuell nicht angemessen.

Die Versagung von angemessenen Vorkehrungen ist eine Diskriminierung im Sinne der UN-Behindertenrechtskonvention (BRK, Art. 2 Abs. 3 sowie Art. 5 Abs. 3 UN-BRK), da eine Person mit Behinderung und einem spezifischen Bedarf so nicht gleichberechtigt mit anderen nicht behinderten Menschen zum Beispiel am Arbeitsleben teilhaben kann. Auch Art. 5 RL 2000/78/EG fordert von Arbeitgeber_innen die Vornahme angemessener Vorkehrungen zur Gewährleistung der Gleichbehandlung von behinderten Beschäftigten, solange diese keinen un-

verhältnismäßigen Aufwand für die Arbeitgeber_innen darstellt.

Das AGG trifft keine ausdrückliche Regelung zu angemessenen Vorkehrungen. § 81 SGB IX enthält für das Arbeitsleben eine Regelung zur Berücksichtigung besonderer Bedürfnisse von „schwerbehinderten Menschen“ (§ 2 Abs. 2 SGB IX, GdB 50 Prozent, siehe Kapitel 4.2) oder von „gleichgestellten behinderten Menschen“ (§ 2 Abs. 3 SGB IX, die Gleichstellung erfolgt aufgrund einer Feststellung nach § 69 SGB IX auf Antrag des behinderten Menschen durch die Bundesagentur für Arbeit). Nach § 81 Abs. 4 SGB IX haben schwerbehinderte Menschen gegenüber Arbeitgeber_innen einen Anspruch auf die behindertengerechte Einrichtung von Arbeitsstätten, einschließlich der Gestaltung der Arbeitsplätze, des Arbeitsumfeldes, der Arbeitsorganisation und der Arbeitszeit (§ 81 Absatz 4 Satz 1 Nr. 4 SGB IX). Auf alle anderen Menschen mit Behinderungen sind die Vorschriften der §§ 81ff. SGB IX aber laut der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar (BAG 27. 1. 2011 – 8 AZR 580/09). Im Gegensatz zur UN-BRK gibt es im deutschen Recht auch keine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung, nach der die „Versagung von angemessenen Vorkehrungen“ im Einzelfall als verbotene Diskriminierung eingestuft wird. Jedoch enthält § 106 Abs. 3 GewO eine ausdrückliche Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf die Belange von behinderten Beschäftigten; danach hat der/die Arbeitgeber_in bei der Bestimmung von Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung auf Behinderungen von Beschäftigten Rücksicht zu nehmen.

Im Bereich des Waren- und Dienstleistungsverkehrs gibt es im deutschen Recht bislang im Mietrecht eine Regelung, die ein Recht auf eigenfinanzierte angemessene Vorkehrungen für alle Menschen mit Behinderungen verleiht. Nach § 554a BGB haben Mieter_innen gegenüber Vermieter_innen das Recht, die Zustimmung zu baulichen Veränderungen oder sonstigen Einrichtungen zu verlangen, die für einen behindertengerechten Zugang oder eine Nutzung der Wohnung erforderlich sind. Dabei muss eine Interessenabwägung mit dem Interesse des/der Vermieter_in an der unveränderten Erhaltung der Mietsache oder des Gebäudes und Interessen anderer Mietparteien erfolgen.

Um den Vorgaben der EU-Richtlinie (angemessene Vorkehrungen im Arbeitsleben) und der UN-BRK (angemessene Vorkehrungen auch in allen anderen Lebensbereichen) gerecht zu werden, muss daher, falls die deutschen Rechtsregelungen nicht ohnehin besondere Pflichten oder Rücksichtnahmen vorsehen oder diese erst bei einem bestimmten Grad an Behinderung einsetzen, auf allgemeine Vorschriften zurückgegriffen werden. Aus § 241 Abs. 2 BGB ergibt sich zum Beispiel die Pflicht, beim Abschluss von Verträgen Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils zu nehmen, ebenfalls aus § 242 BGB, dem Grundsatz redlichen Verhaltens, kann sich in Verbindung mit den Diskriminierungsverboten des Art. 3 Abs. 3 GG eine Rücksichtnahmepflicht bzw. Vertragsanpassungspflicht ergeben.

Das Bayerische Oberlandesgericht entschied, es sei grob unbillig, ein bestehendes, grundsätzlich zulässiges Hundehaltungsverbot gegenüber einem behinderten Wohnungseigentümer durchzusetzen, wenn das Tier dem Zweck dient, besondere Bedürfnisse und Zustände, die durch die körperliche Behinderung entstehen, auszugleichen (BayObLG 25.10.2001 – 2 Z BR 81/01). In diesem Fall hatte sich der Mieter den Hund während des bestehenden Mietverhältnisses angeschafft. Es ist aber auch denkbar, eine_n Vermieter_in zu verpflichten, einen bestehenden Vertrag, der ein Hundeverbot enthält, abzuändern, um einem behinderten Mietinteressenten den Einzug mit Hund zu ermöglichen.

Das Konzept der angemessenen Vorkehrungen kann auch auf andere Diskriminierungskategorien übertragen werden. So hat beispielsweise der/die Arbeitgeber_in Arbeitsplätze den Bedürfnissen der werdenden oder stillenden Mutter anzupassen, § 2 MuSchG.

Auch der Anspruch von Migrant_innen darauf, ohne Zustimmung der/des Vermieter_in eine Parabolantenne an einer Mietwohnung anzubringen, um Fernsehprogramme aus dem Herkunftsland zu empfangen, kann als ein Anspruch auf angemessene Vorkehrungen geltend gemacht werden. Bislang leitet das Bundesverfassungsgericht dieses Recht aus dem Grundrecht auf Informationsfreiheit ab (BVerfG 31.03.2013 – 1 BvR 1314/11).

4.1.4 Ansprüche auf Schadensersatz aufgrund vertraglicher Haftung

Gegen diskriminierende Handlungen kommen auch vertragliche Ansprüche in Betracht, die von den Parteien miteinander vereinbart worden sind. So können die Parteien z. B. Vertragsstrafen für den Fall der Diskriminierung einer Vertragspartei oder Dritter (z. B. von Kund_innen) vorsehen oder das Diskriminierungsverbot des § 19 AGG unabhängig von Massengeschäften auf alle Diskriminierungskategorien des § 1 AGG erweitern (siehe zu § 19 AGG die Erläuterungen in Kapitel 3.2).

4.1.4.1 Materieller Schaden – Schadensersatz

Die Begehung einer Diskriminierung im Sinne des AGG oder jenseits des AGG kann auch eine Verletzung der vertraglichen Nebenpflichten gemäß 241 Abs. 2 BGB oder von vorvertraglichen Nebenpflichten gemäß §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB darstellen. Dann kann der/die betroffene Vertragspartner_in oder der/die Bewerber_in einen allgemeinen Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB geltend machen (Ersatz des materiellen Schadens).

Achtung, aktuelle Rechtslage: In der rechtswissenschaftlichen Literatur zum AGG ist es umstritten, ob der allgemeine Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB auch neben den Ansprüchen des § 15 Abs. 1 AGG und des § 21 Abs. 2 AGG besteht (zu diesen Ansprüchen des AGG siehe Kapitel 3.1.1 und 3.2.1) oder ob das AGG eine spezielle Ausformung des allgemeinen Schadensersatzanspruches ist und deshalb andere Ansprüche immer, wenn der Anwendungsbereich des AGG eröffnet ist, zurücktreten. Das BAG hat nun entschieden, dass § 15 Abs. 1 AGG eine spezielle Regelung darstellt. Soweit ein Anspruch auf Ersatz der materiellen Schäden aus § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB allein mit einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des AGG begründet wird, kommt er neben dem Anspruch aus § 15 Abs. 1 AGG nicht in Betracht (BAG 21.06.2012 – 8 AZR 188/11).

Das ist wichtig für die Frage der Fristen. Während das AGG nur kurze Fristen zur Geltendmachung der Schadensersatzansprüche vorsieht (§ 15 Abs. 4 AGG, § 21 AGG, vgl. dazu Kapitel 3.1.4 und 3.2.4), gilt für Ansprüche gemäß § 280 BGB dagegen die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 195 BGB). Wenn das AGG als Spezialgesetz andere Ansprüche verdrängt, dann helfen Ansprüche aus § 280 BGB also nicht weiter, soweit der Anwendungsbereich des AGG eröffnet ist, aber die Fristen des AGG abgelaufen sind.

Eine 41-jährige Klägerin hatte sich auf eine altersdiskriminierende Stellenanzeige („Du bist zwischen 18 und 35 Jahre alt“) eines Callcenters beworben und, als sie abgelehnt wurde, auf Schadensersatz und Entschädigung nach dem AGG und wegen vorvertraglicher Pflichtverletzung durch Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG nach § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB i.V.m. § 7 Abs. 3 AGG geklagt. Da sie den Anspruch nicht innerhalb der vorgeschriebenen Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht hatte, lehnte das BAG sowohl einen Schadensersatz und Entschädigungsanspruch nach § 15 AGG als auch einen Schadensersatzanspruch wegen vorvertraglicher Pflichtverletzung ab (BAG 21.06.2012 – 8 AZR 188/11).

4.1.4.2 Nicht materieller Schaden – Entschädigung nur im Ausnahmefall

Eine Entschädigung (Schmerzensgeld für die erlittene Persönlichkeitsrechtsverletzung = Nichtvermögensschaden) gibt es nach den allgemeinen Regeln (§ 253 Abs. 1 BGB) nur, wenn ein Gesetz das ausdrücklich so vorsieht. Ein solches Gesetz ist das AGG. Das bedeutet, dass bei Diskriminierungen jenseits des Anwendungsbereiches des AGG als vertraglicher Anspruch u.U. nur der Ersatz des materiellen Schadens infrage kommt. Gemäß § 253 Abs. 2 BGB kann wegen eines Nichtvermögensschadens eine „billige Entschädigung in Geld“ gefordert werden, wenn wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten ist. Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht ist kein von § 253 Abs. 2 BGB erfasstes Rechtsgut. Deshalb scheidet ein auf § 253 Abs. 2 BGB gestützter vertraglicher Anspruch in den meisten Diskriminierungsfällen aus, es sei denn, es handelt sich um Fälle, die mit körperlicher Gewaltanwendung einhergehen, um die Gesundheit beeinträchtigende Mobbinghandlungen oder um Fälle sexueller Belästigung, die eine Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung darstellen.

Um Entschädigung wegen des nicht materiellen Schadens (Persönlichkeitsrechtsverletzung) geltend zu machen, muss also meistens ein Anspruch aus deliktischer Haftung geltend gemacht werden (siehe 4.1.5).

Im Fall einer allein wegen ihrer ostdeutschen Herkunft oder ihres hohen Körpergewichts abgelehnten Bewerberin, die sich nicht auf das AGG stützen kann, weil der Anwendungsbereich des § 1 AGG für diese Diskriminierungskategorien nicht eröffnet ist (vgl. ArbG Stuttgart 15.04.2010 – 17 Ca 8907/09 und Kapitel 2.2.), macht die Geltendmachung des allgemeinen schuld- bzw. vertragsrechtlichen Schadensersatzanspruches (nur materieller Schaden!) dagegen Sinn.

Die Voraussetzungen für den Anspruch nach § 280 Abs. 1 BGB sind:

- **Erstens:** die Verletzung (vor-)vertraglicher Pflichten. Dazu zählt gemäß § 241 BGB auch die Rücksichtnahme auf die Rechte der Vertragspartner_innen.
- **Zweitens:** Kausalität (Ursächlichkeit) zwischen Pflichtverletzung und Schaden. Wenn beispielsweise nicht die ostdeutsche Herkunft, sondern eine nicht ausreichende Qualifikation ausschlaggebend für die Ablehnung war, fehlt es an der Kausalität.
- **Drittens:** Der/Die Vertragspartner_in muss die Pflichtverletzung vertreten. Im Unterschied zum AGG, das einen verschuldensunabhängigen Schadenersatzanspruch enthält (siehe Kapitel 3.1.1 und 3.2.1), muss der/die Vertragspartner_in also schuldhaft, d. h. vorsätzlich oder fahrlässig, seine/ihre Pflicht, nicht zu diskriminieren, verletzt haben. Es handelt sich dabei um eine „widerlegbare Vermutung“. Die Pflichtverletzung wird vermutet, der/die Vertragspartner_in muss also nachweisen, wenn er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

Dabei muss er/sie sich auch das Verschulden von „Erfüllungsgehilf_innen“ zu-rechnen lassen. Das sind alle Personen, derer er/sie sich zur Erfüllung oder Anbahnung von Verträgen bedient (§ 278 BGB). Dazu zählen die Beschäftigten (z. B. der Personalabteilung) in einem Unternehmen, genauso wie Selbstständige, zum Beispiel Makler_innen, die zur Vermietung einer Wohnung eingesetzt werden, oder private oder öffentliche Arbeitsagenturen, die mit der Stellenausschreibung und -besetzung beauftragt werden. Auch im vorvertraglichen Stadium haften Geschäftsleute also für alle Personen, deren Hilfe sie sich bei den Vertragsverhandlungen bedienen. Der/die Erfüllungsgehilf_in selbst muss u. U. wegen unerlaubter Handlung (siehe unten 4.1.5) haften, vertragliche Ansprüche bestehen nicht gegen ihn/sie.

Vertragliche Ansprüche und Ansprüche aus (vor-)vertraglicher Pflichtverletzung jenseits des AGG richten sich gegen den/die (zukünftigen) Vertragspartner_in, dem/der eine Diskriminierung vorgeworfen wird, sie sind vor den Arbeitsgerichten oder vor den Amts- oder Landgerichten geltend zu machen.

Beauftragt ein Unternehmen seine Personalabteilung oder eine private Arbeitsagentur mit der Durchführung des Bewerbungsverfahrens und lehnt der/die Personalbearbeiter_in oder die Agentur eine_n Bewerber_in wegen seiner/ihrer ostdeutschen Herkunft oder seines/ihrer Körpergewichts ab, kann diese_r einen Anspruch auf Ersatz des entstandenen Schadens (Bewerbungskosten, Fahrtkosten, Arbeitsausfall) direkt gegen das Unternehmen geltend machen.

4.1.5 Ansprüche auf Schadensersatz und Entschädigung aufgrund deliktischer Haftung

Menschen, die von Diskriminierung betroffen sind, können schließlich Ansprüche auf Schadensersatz und auf Entschädigung wegen unerlaubter Handlungen oder sittenwidriger Schädigung geltend machen. Der Vorteil der Ansprüche aus deliktischer Haftung ist, dass sie neben vertraglichen Ansprüchen geltend gemacht werden können. Auf diese Weise kann eine Entschädigungszahlung für die Persönlichkeitsverletzung eingeklagt werden, die von der vertraglichen Haftung nicht umfasst ist (siehe oben 4.1.4).

Ansprüche aufgrund deliktischer Haftung können entstehen:

- ▮ **Erstens:** gegenüber Vertragspartner_innen neben vertraglichen Ansprüchen (siehe oben 4.1.4)
- ▮ **Zweitens:** gegenüber anderen Privatpersonen, die diskriminieren, zum Beispiel Kund_innen, Kolleg_innen, Studierende oder Nachbar_innen
- ▮ **Drittens:** bei Diskriminierungen, die von § 1 AGG erfasst sind, und auch bei anderen Diskriminierungskategorien
- ▮ **Viertens:** bei Diskriminierungen im Anwendungsbereich des AGG und auch darüber hinaus
 - ▮ zum Beispiel jenseits von Massengeschäften
 - ▮ zum Beispiel bei Diskriminierungen aufgrund der Weltanschauung im Waren- und Dienstleistungsverkehr
 - ▮ zum Beispiel, wenn selbstständige Honorarkräfte oder Ein-Euro-Jobberinnen in einem Unternehmen diskriminiert werden
 - ▮ zum Beispiel bei sexuellen Belästigungen außerhalb des Arbeitslebens

Die diskriminierende Abweisung eine_r Stellenbewerber_in wegen seiner/ihrer ostdeutschen Herkunft oder seines/ihres Körpergewichtes kann zu einem Anspruch auf Entschädigung wegen unerlaubter Handlung führen, ebenso wie rassistische Beleidigungen durch eine_n Nachbar_in.

4.1.5.1 Voraussetzungen für Ansprüche nach § 823 Abs. 1 BGB

Ansprüche auf Entschädigung können sich aus § 823 BGB ergeben. Im Unterschied zu §§ 15 und 21 AGG ist hier nicht umstritten, dass die Verletzungshandlung schuldhaft begangen sein muss, also vorsätzlich oder fahrlässig (zu den Voraussetzungen für Vorsatz und Fahrlässigkeit siehe Kapitel 2.2.1).

Nach § 823 Abs. 1 BGB entsteht ein Anspruch, wenn vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, der Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt wurde. Jede Diskriminierung stellt zugleich eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dar, das verfassungsrechtlich aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitet wird. Das ist als „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB grundsätzlich anerkannt.

Ersatzfähig sind hier – im Gegensatz zur vertraglichen Haftung – auch immaterielle Schäden, aber ebenso materielle Schäden, wenn es sich um vermögensrechtliche Folgen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts handelt.

Als Geldersatz für materielle Schäden bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts hat das OLG Köln einem/einer diskriminierenden Vermieter_in auch die Erstattung der Fahrtkosten der Kläger_innen zur Beratung im Antidiskriminierungsbüro auferlegt, die ohne die Diskriminierung nicht entstanden wären (OLG Köln 19.01.2010 – I-24 U 51/09 – 24 U 51/09).

Einen Ersatz des immateriellen Schadens (Schmerzensgeld) gibt es nach der Rechtsprechung nur, wenn das Allgemeine Persönlichkeitsrecht **schwerwiegend** verletzt ist oder wenn der beklagten Person ein schwerwiegender Verschuldensvorwurf gemacht werden kann. Zudem kommt nach der Rechtsprechung des BAG ein solcher Anspruch nur dann in Betracht, wenn die Verletzung des Persönlichkeitsrechts nicht in anderer Weise befriedigend ausgeglichen werden kann (vgl. BAG 16.05.2007 – 8 AZR 709/06). Geringfügige Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht lösen also nur dann Entschädigungsansprüche aus, wenn es der verantwortlichen Person ganz bewusst auf die Persönlichkeitsrechtsverletzung ankam. Bei der Bemessung der Entschädigungshöhe stehen die Genugtuung und die Prävention im Vordergrund (vgl. BGHZ 128, 1, 15 – Caroline von Monaco I).

Wird ein_e Stellenbewerber_in auf einen Lehrerdienstposten im öffentlichen Dienst aufgrund seines/ihres Lebensalters abgelehnt, weil eine seit Jahrzehnten geltende landesrechtliche Vorschrift eine Höchstaltersgrenze vorsieht, kann dem beklagten Land kein schwerer Verschuldensverstoß gemacht werden, sodass ein Anspruch nach § 823 Abs. 1 BGB ausscheidet (vgl. BAG 24.09.2009 – 8 AZR 636/08).

Nicht jede Diskriminierung i. S. d. AGG ist gleichzeitig auch eine schwerwiegende Persönlichkeitsrechtsverletzung. Ob eine schwerwiegende Verletzung vorliegt, hängt von Art, Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, vom Anlass und Beweggrund des Handelnden sowie vom Grad seines Verschuldens ab. Eine wiederholte und hartnäckige Rechtsverletzung kann sich als schwere, einen Anspruch auf Geldentschädigung rechtfertigende Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Betroffenen darstellen. Zu berücksichtigen ist auch, in welche geschützten Bereiche eingegriffen wurde.

Eine abgelehnte Bewerbung wegen des Lebensalters, die keinerlei herabwürdigende Bemerkungen enthält, ist keine schwerwiegende Verletzung des Persönlichkeitsrechts (BAG 21.06.2012 – 8 AZR 188/11).

Einer Fernsehansagerin, die in einem Pressebericht einer auflagenstarken Zeitung in Bezug auf ihr äußeres Erscheinungsbild und ihr Privatleben diffamiert wurde, erkannten die Gerichte wegen „unverantwortlicher Herabwürdigung der Frauenehre“ einen Entschädigungsanspruch gegen die Zeitung in Höhe von 10.000 Euro zu (BGH 05.03.1963 – VI ZR 55/62).

Die diskriminierende Abweisung eine_r Bewerber_in wegen seiner/ihrer ostdeutschen Herkunft oder seines/ihrer Körpergewichtes stellt eine schwerwiegende Verletzung des Persönlichkeitsrechtes dar, der Ersatz des immateriellen Schadens kann daher aus § 823 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG geltend gemacht werden.

Persönlichkeitsrecht vs. Vertragsfreiheit

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht kann auch jenseits des AGG die Vertragsfreiheit einschränken, wobei es auch hier auf die Schwere und den Kontext des Eingriffs ankommt. Hinzunehmende Einschränkungen bei der Ausübung der Vertragsfreiheit ergeben sich laut der Rechtsprechung des BGH insbesondere dann, wenn die diskriminierende Person ein bestimmtes Angebot für den allgemeinen Publikumsverkehr öffnet und dadurch ihre Bereitschaft zu erkennen gibt, generell und ohne Prüfung im Einzelfall jede_m den Zutritt zu gestatten, der/die sich im Rahmen des üblichen Verhaltens bewegt. Sind diese Bedingungen erfüllt, bedarf eine Zurückweisung zumindest grundsätzlich eines sachlichen Grundes, weil die Grundrechte der Betroffenen, namentlich das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) und das Gebot der Gleichbehandlung (Art. 3 GG), mit zu berücksichtigen sind. In solchen Fallgestaltungen treten die Privatautonomie und das Hausrecht (die Freiheit, Verträge zu schließen, mit wem man will, Art. 2 Abs. 1 GG) der diskriminierenden Person in ihrem Gewicht zurück (BGH 09.03.2012 – V ZR 115/11).

Das Interesse eines bekannten NPD-Funktionärs, dem die Buchung eines Zimmers in einem Wellnesshotel verweigert wurde, nicht aufgrund seiner politischen Überzeugung benachteiligt zu werden, tritt bei der Abwägung mit der Vertragsfreiheit des Hotelbesitzers zurück, da das Verbot, das Hotel zu nutzen, die diskriminierte Person lediglich in ihrer Freizeitgestaltung beeinträchtigt (BGH 09.03.2012 – V ZR 115/11).

4.1.5.2 Ansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB

Ein Anspruch auf Schadensersatz/Schmerzensgeld kann sich darüber hinaus aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 253 Abs. 2 BGB ergeben. Das setzt voraus, dass gegen ein den Schutz eines anderen Menschen bezweckendes Gesetz verstoßen wurde. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn die Diskriminierung zugleich gegen ein strafrechtliches Verbot (z. B. Beleidigung § 185 StGB, siehe Kapitel 4.4) verstößt.

Achtung, ungeklärte Rechtslage: Ob das arbeitsrechtliche und zivilrechtliche Diskriminierungsverbot im AGG selbst Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB ist, ist in der rechtswissenschaftlichen Literatur umstritten und von der Rechtsprechung noch nicht entschieden. Voraussetzung für ein Schutzgesetz ist, dass es sich um eine Rechtsnorm handelt, die gerade (auch) dazu dienen soll, den Einzelnen oder einen bestimmten Personenkreis gegen Rechtsgutsverletzungen zu schützen. Da dies – auch mit Blick auf § 1 AGG – der Fall ist, spricht bei einem Verstoß gegen § 7 und § 19 AGG vieles für einen Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB. Gleiches gilt für das Gendiagnostikgesetz (siehe unten 4.1.7). Entschieden ist dies aber noch nicht.

4.1.5.3 Ansprüche nach § 826 BGB

In einer Diskriminierung kann darüber hinaus auch eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung gemäß § 826 BGB liegen, wodurch ebenfalls ein Anspruch auf Schadensersatz ausgelöst werden kann. Der Schadensersatz erfasst alle vermögens- und nicht vermögensrechtlichen Beeinträchtigungen. Für Vorsatz und Sittenverstoß der schädigenden Person ist die geschädigte Person darlegungs- und beweispflichtig. Damit ist die praktische Bedeutung des § 826 BGB gering, zu denken ist vor allem an Fälle von diskriminierendem Mobbing im Kolleg_innenkreis oder durch Nachbar_innen oder andere Dritte, die nicht Vertragspartner_innen sind.

Die schikanöse Behandlung einer Arbeitskollegin oder Nachbarin, der weil sie für lesbisch gehalten wird, diskriminierende Zettel oder E-Mails oder der unter falschem Namen bei Pornoversanden bestellte Artikel zugesendet werden, stellt eine sittenwidrige Schädigung dar; der entstandene Schaden und Aufwand ist zu ersetzen.

4.1.5.4 Haftung für Dritte, § 831 BGB

Ein deliktischer Schadensersatz (geldwerter Schaden) und Entschädigungsanspruch (Wiedergutmachung der Persönlichkeitsrechtsverletzung) bei unerlaubten Handlungen innerhalb und außerhalb vertraglicher Beziehungen kann nach § 831 Abs. 1 BGB auch entstehen, wenn eine Hilfsperson (Verrichtungsgehilfe) diskriminiert, zum Beispiel die vom/von Arbeitgeber_in beauftragte Personalagentur oder die vom Vermieter beauftragte Hausverwaltung.

Verrichtungsgehilf_in ist, wer mit Wissen und Wollen der Geschäftsleute in deren Interesse tätig wird und von deren Weisungen abhängig ist. Der Schaden muss außerdem „in Ausführung der Verrichtung“ geschehen. Im Unterschied zur bloßen vertraglichen Haftung (siehe oben 4.1.4) können sich die Geschäftsleute hier allerdings von der Haftung befreien, wenn sie selbst alles Notwendige getan haben, um eine Diskriminierung zu verhindern, also den/die Verrich-

tungsgehilf_in sorgfältig ausgewählt und überwacht hat. Sie haften selbst also nicht, wenn sie nachweisen können, dass die Verrichtungsgehilf_innen angewiesen bzw. geschult wurden, nicht zu diskriminieren, und anschließend regelmäßig deren Tätigkeit kontrolliert wurde (§ 831 Abs. 1 Satz 2 BGB). In diesem Fall kann die Entschädigung u.U. von der Person des/der Verrichtungsgehilfe_in selbst gefordert werden.

Wird eine Familie auf Wohnungssuche von der Hausmeister_in bei der Wohnungsbesichtigung mit rassistischen Worten abgewiesen, ist das eine schwerwiegende Persönlichkeitsrechtsverletzung, die zu einem Entschädigungsanspruch aus § 831 BGB in Höhe von 2.500 Euro führen kann. Der Vermieter hatte die Hausmeisterin im Unterschied zu seinen eigenen Mitarbeitern nicht geschult und regelmäßig überwacht (OLG Köln 19.01.2010 – I-24 U 51/09, 24 U 51/09).

Begegnet ein_e Besucher_in einer Mietpartei im Haus zufällig der Hausmeister_in, der/die gerade das Treppenhaus reinigt, und wird von diesem/dieser schwer rassistisch beleidigt, hat der/die Besucher_in einen Anspruch auf Entschädigung gegenüber dem/der Vermieter_in aus § 831 BGB. Denn der Anspruch entsteht unabhängig von (vor-)vertraglichen Beziehungen und die Persönlichkeitsrechtsverletzung ist in Ausführung der Verrichtung (Sorge für ordentlichen Zustand des Hauses) geschehen. Wenn der/die Vermieter_in allerdings nachweisen kann, dass er/sie den/die Hausmeister_in ordentlich geschult und kontrolliert hat, könnte er/sie sich von der Haftung befreien. Der Anspruch wäre dann als Anspruch aus § 823 BGB direkt gegen den/die Hausmeister_in zu richten.

Fristen – Achtung, aktuelle Rechtsprechung: Außerhalb des Anwendungsbereiches des AGG gelten die allgemeinen Verjährungsfristen und nicht die Ausschlussfristen des AGG. Da die Ansprüche aus § 823 ff. BGB neben Ersatzansprüchen aus dem AGG bestehen können, sind sie grundsätzlich auch möglich, wenn es eigentlich ein AGG-Fall ist, aber die AGG-Fristen abgelaufen sind. § 15 Abs. 5 AGG und § 21 Abs. 3 AGG erwähnen zudem ausdrücklich, dass Ansprüche aus unerlaubter Handlung unberührt bleiben, d.h. neben den Ansprüchen nach dem AGG bestehen. Allerdings ist das nicht immer so. Die Rechtsprechung hat entschieden, dass die kurzen Verjährungsfristen des AGG auch auf Ansprüche aus unerlaubter Handlung anzuwenden sind, wenn es sich um denselben Lebenssachverhalt handelt. Als Grund wird angeführt, dass das Ausweichen auf andere Ansprüche eine Zweckvereitelung der kurzen Verjährungsvorschrift zur Folge hätte und auf diese Weise eine Rechtsunklarheit entstehen würde (vgl. BGH 08.03.2005 – XI ZR 170/04; BAG 18.8.2011 – 8 AZR 187/10).

4.1.6 Ansprüche auf Beseitigung bestehender und Unterlassung zukünftiger Diskriminierungen

Gegenüber Vertragspartner_innen, aber auch gegenüber anderen Personen, die diskriminieren (Kund_innen, Kolleg_innen, Studierend_innen oder Nachbar_innen), kann Menschen, die von Diskriminierung betroffen sind, ein Unterlassungsanspruch gemäß § 1004 BGB analog wegen andauernder oder drohender Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zustehen. Bei der Abwehr drohender Verletzungen muss dabei eine hinreichend konkrete Gefahr vorliegen. Dieser Anspruch besteht neben § 15 und § 21 AGG und kann unabhängig von den Ausschlussfristen in § 15 Abs. 4 und § 21 Abs. 5 AGG geltend gemacht werden.

Gegen eine Diskothek, die rassistische Einlasskontrollen vornimmt, können sowohl Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche gemäß § 21 Abs. 2 AGG als auch die Unterlassung zukünftiger Einlassverweigerung gemäß § 21 Abs. 1 AGG gefordert werden. Ist bei Klageerhebung die Ausschlussfrist des § 21 Abs. 5 bereits abgelaufen, kann der Unterlassungsanspruch auf § 1004 BGB analog gestützt werden.

Während mit dem AGG nur Ansprüche gegenüber dem/der Arbeitgeber_in, nicht aber gegenüber zum Beispiel rassistisch diskriminierenden Kolleg_innen oder Nachbar_innen durchgesetzt werden können, kann gegen diese die Unterlassung künftiger Diskriminierung nach § 1004 BGB analog gefordert werden. Ebenso kann die Unterlassung von Diskriminierungen wegen des Körpergewichts oder der ostdeutschen Herkunft, die vom AGG nicht erfasst sind, gemäß § 1004 BGB analog geltend gemacht werden.

Zusätzlich sollte vor Gericht beantragt werden, dass gemäß § 890 ZPO ein Ordnungsgeld (von bis zu 250.000 Euro) für den Fall der erneuten Diskriminierung verhängt wird.

4.1.7 Spezialgesetzliche Ansprüche: Gendiagnostikgesetz

Schließlich sind Ansprüche zu berücksichtigen, die sich aus dem Gendiagnostikgesetz ergeben können. Ziel des 2010 in Kraft getretenen Gendiagnostikgesetzes ist es, durch das Verbot der Nutzung genetischer Analysen die Würde und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Bürger_innen zu schützen (§ 1 GenDG). Nach § 4 Abs. 1 GenDG darf niemand wegen seiner genetischen Eigenschaften oder der Eigenschaften einer genetisch verwandten Person, wegen der Vornahme oder Nichtvornahme einer genetischen Untersuchung oder Analyse bei sich oder einer genetisch verwandten Person oder wegen des Ergebnisses einer solchen Untersuchung oder Analyse benachteiligt werden. Die Vorschrift gilt auch im Verhältnis zwischen Privatpersonen. § 21 GenDG enthält ein arbeitsrechtliches Diskriminierungsverbot, danach dürfen Beschäftigte insbesondere bei der Begründung des Beschäftigungsverhältnisses, beim beruflichen Aufstieg, bei einer Weisung oder der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses nicht wegen ihrer oder der genetischen Eigenschaften einer genetisch verwandten Person benachteiligt werden. Dies gilt auch, wenn sich Beschäftigte weigern, genetische Untersuchungen oder Analysen bei sich vornehmen zu lassen oder die Ergebnisse von bereits vorgenommenen Analysen zu offenbaren. § 21 Abs. 2 GenDG verweist bezüglich der Rechtsfolgen auf §§ 15 und 22 AGG. Das bedeutet, dass Schadensersatz oder Entschädigung innerhalb der Ausschlussfristen und mit der Beweiserleichterung des AGG geltend gemacht werden kann, aber kein Anspruch auf Einstellung oder Beförderung besteht (siehe Kapitel 3.1.1).

4.1.8 Teilzeit- und Befristungsgesetz

Ein Verbot der Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten ist im Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) geregelt. Die Teilzeitbeschäftigten dürfen grundsätzlich nicht schlechter behandelt werden als vergleichbare Vollzeitbeschäftigte, wenn nicht sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen, § 4 TzBfG. Teilzeitbeschäftigt ist, wessen regelmäßige Arbeitszeit kürzer ist als die regelmäßige Wochenarbeitszeit vergleichbarer Vollzeitbeschäftigter. Das vom EuGH erweiterte Diskriminierungsverbot gegenüber Teilzeitbeschäftigten beinhaltet u. a. den Anspruch auf gleiches Entgelt und andere geldwerte

Leistungen (z. B. Weihnachtsgeld) entsprechend dem Anteil der Arbeitszeit. Das Gleiche gilt für Urlaub, anteilige vermögenswirksame Leistungen, Funktionszulagen, Lohnfortzahlung im Krankheitsfall oder Übergangsgeld. Es müssen gleiche Chancen für den innerbetrieblichen Aufstieg gewährt werden und ebenso für Lohn- bzw. Freizeitausgleich zur Teilnahme an Betriebsratsschulungen nach § 37 Abs. 6 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG).

4.1.9 Prozessuale Durchsetzung

Zu beachten ist, dass bei Ansprüchen jenseits des AGG nicht die Fristen des AGG gelten (es sei denn, es handelt sich um einen Sachverhalt, der auch nach AGG zu behandeln wäre, dann nimmt das BAG zum Teil an, dass die kürzeren Fristen gelten, siehe oben 4.1.5, Fristen), aber auch nicht die Beweislastleichterung des AGG anwendbar ist. Alle Tatbestandsmerkmale, auch das Vorliegen einer Diskriminierung, müssen daher voll umfänglich bewiesen werden. Zur Höhe der Ansprüche siehe auch Kapitel 3.1 und 3.2.

Die Ansprüche wegen diskriminierender Kündigungen, benachteiligender arbeits- oder tarifvertraglicher Regelungen oder wegen abgelehnter Bewerbungen müssen vor den Arbeitsgerichten geltend gemacht werden. Klagen wegen anderer vertraglicher Bestimmungen oder Rechtsgeschäfte (z. B. Mietvertrag, AGBs, Vereinsbeschlüsse) sowie Ansprüche aus unerlaubter Handlung außerhalb des Arbeitslebens müssen vor den Amts- oder Landgerichten erhoben werden.

Zur Beratungs- und Prozesskostenhilfe siehe Kapitel 3.3.4.

4.1.10 Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrates

Über die hier dargestellten Ansprüche hinaus verpflichtet § 75 BetrVG Arbeitgeber_in und Betriebsrat, für eine Behandlung der Betriebsangehörigen nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit zu sorgen. Dazu gehört es auch, Benachteiligungen aus rassistischen Gründen, wegen der ethnischen Herkunft, der Abstammung oder sonstigen Herkunft, der Nationalität, der Religion oder Weltanschauung, der Behinderung, des Alters, der politischen oder gewerkschaftlichen Betätigung oder Einstellung, des Geschlechts oder der sexuellen Identität zu unterlassen bzw. dagegen vorzugehen. § 75 BetrVG verleiht Beschäftigten keine Ansprüche, ermöglicht es aber, mithilfe des Betriebsrates gegen erfahrene Diskriminierungen vorzugehen.

Gemäß § 99 Abs. 2 Ziff. 6 BetrVG kann der Betriebsrat seine Zustimmung bei personellen Einzelmaßnahmen, z.B. einer Einstellung, verweigern, wenn Tatsachen die Besorgnis begründen, dass der/die Bewerber_in gegen die Diskriminierungsverbote nach § 75 Abs. 1 BetrVG grob verstößt, zum Beispiel wenn ein_e Bewerber_in eine manifeste rassistische Einstellung zum Ausdruck bringt. Nach § 104 BetrVG kann der Betriebsrat auch gegen Beschäftigte vorgehen, die z.B. durch rassistische Diskriminierung oder durch anderweitige Verletzung der Grundsätze in § 75 Abs. 1 BetrVG den Betriebsfrieden wiederholt ernstlich stören. Er kann z.B. eine Versetzung oder Kündigung eines/einer betriebsstörenden Kolleg_in verlangen und wenn nötig auch arbeitsgerichtlich durchsetzen.

4.2 Sozialrechtliche Ansprüche

4.2.1 Der Diskriminierungsschutz im Sozialrecht

Die benachteiligungsfreie Erbringung sozialer Dienst- und Geldleistungen ist von großer praktischer Bedeutung. Denn Diskriminierungen in diesem Bereich treffen Menschen, die sich aus unterschiedlichen Gründen in schwierigen Situationen befinden und deshalb die Hilfe des staatlichen Sozialsystems in Anspruch nehmen. Sozialleistungen dienen der Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit und sozialer Sicherheit und sollen gleiche Voraussetzungen für die

freie Entfaltung der Persönlichkeit schaffen (vgl. § 1 SGB I). In der Praxis ist es aber für Betroffene nicht einfach, gegen Benachteiligungen vorzugehen, weil das Sozialrecht sehr fragmentiert ist, d.h. sich auf unterschiedliche Gesetze verteilt. Die Leistungen und ihre Voraussetzungen sind vielfältig und komplex, der Rechtsschutz gegen Diskriminierung daher nicht leicht zu durchschauen.

Die klassischen Benachteiligungsfälle im Sozialrecht sind: keine oder weniger Leistungen als erwartet zu erhalten bzw. wegen eines bestimmten Merkmals negativ sanktioniert oder in der Beratung mit Stereotypen und unangemessenen Zuschreibungen belegt zu werden.

Nicht immer ist eine sozialrechtliche Ungleichbehandlung in Zusammenhang mit einer der im AGG genannten Kategorien auch eine Benachteiligung im Rechtssinne. Denn die Sozialgesetzgebung selbst differenziert zum Beispiel nach dem Lebensalter (vgl. § 31a Abs. 2 SGB II) und nach dem Aufenthaltsstatus (§ 1 Abs. 7 BEEG) und kann auch zu benachteiligenden Wirkungen in der Lebenswirklichkeit führen oder tatsächliche Ungleichheiten verstärken, etwa in geschlechtsspezifischer Hinsicht. Viel kritisiert wird beispielsweise die sozialversicherungsrechtliche Privilegierung der sog. Minijobs, die Frauen überwiegend betrifft und ihre individuelle Existenzsicherung erschwert. Gegen diese Formen von Ungleichbehandlungen durch akzeptierte, also rechtmäßige rechtliche Differenzierungen oder durch komplexe Steuerungswirkungen des Sozialrechts (vgl. Weiterführende Literaturhinweise am Ende des Buches), bei denen individuelle Nachteile schwer zu benennen sind, ist das einfachgesetzliche Antidiskriminierungsrecht weitgehend machtlos. Es existieren aber spezielle Benachteiligungsverbote im Sozialrecht, die für einen Teil der im AGG geschützten Antidiskriminierungskategorien Regeln aufstellen.

Auf die Benachteiligungsverbote kann sich vor allem erfolgreich berufen, wer im Kontakt mit Leistungserbringer_innen (zum Beispiel im Beratungsgespräch, bei der Antragstellung, bei der Auswahl verschiedener möglicher Leistungen und der Erbringung der Leistungen selbst) benachteiligt wird. Außerdem legen verschiedene Fördergebote spezielle Fördermöglichkeiten oder -pflichten im Bereich der Sozialleistungen zugunsten von Angehörigen benachteiligter Gruppen fest. Dieses Kapitel beleuchtet zunächst die Rechtsquellen des Diskriminie-

rungsschutzes im Sozialrecht, stellt die Benachteiligungsverbote und ihre praktische Relevanz dar und gibt schließlich einen kurzen Überblick über wichtige Fördergebote im Sozialrecht.

4.2.2 Rechtsquellen des Diskriminierungsschutzes im Sozialrecht

Der Schutz vor Diskriminierungen im Sozialrecht speist sich aus unterschiedlichen Rechtsquellen. Das ist den uneinheitlichen Geltungsbereichen der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien in Bezug auf das Sozialrecht geschuldet sowie ihrer konkreten Umsetzung im AGG und im Sozialgesetzbuch. Bereits der Geltungsbereich der Richtlinien erstreckt sich nicht für alle Diskriminierungskategorien auf alle Bereiche des Sozialrechts. Die Antirassismusrichtlinie RL 2000/43/EG hat den weitesten Geltungsbereich, sie gilt als einzige der aktuellen Richtlinien für alle Bereiche des Sozialrechts. Ihr Geltungsbereich umfasst allerdings die unterschiedliche Behandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit nicht, die im Sozialrecht wiederum häufig gegeben ist, weil oft bei der Anspruchsberechtigung auf Sozialleistungen an den aufenthaltsrechtlichen Status angeknüpft wird. Dies stellt jedoch keine Diskriminierung im Rechtssinne der europäischen Richtlinien oder völkerrechtlichen Verträge mit Drittstaaten (Nicht-EU-Staaten) dar.

Des Weiteren ist auf die praktische Bedeutung der UN-Behindertenrechtskonvention (UN BRK) hinzuweisen: Als völkerrechtlicher Vertrag gilt sie als einfaches Gesetz (vgl. Urteil BSG vom 06.03.12 – B 1 KR 10/11 R). Sie enthält zum Teil Regelungen, die unmittelbar anwendbar sind, wie etwa Art. 5 UN BRK: das Diskriminierungsverbot für Menschen mit Behinderung. Regelungen der BRK, die nicht unmittelbar anwendbar sind, können dennoch im Sozialrecht eine Rolle spielen bei der Auslegung der Vorschriften des SGB. Dies ist insbesondere der Fall bei unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessensvorschriften.

Das AGG verweist für Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch auf die bereichsspezifischen Benachteiligungsverbote in § 33c SGB I (allgemeine Vorschriften für das gesamte Sozialrecht) und § 19a SGB IV (allgemeine Vorschriften für die Sozialversicherung) (vgl. § 2 Abs. 2 AGG). Diese werden im folgenden Abschnitt genauer dargestellt. Wie dieser Verweis zu verstehen ist, ist bereits eine Auslegungsfrage. Zu klären ist also, wann das AGG anwendbar ist und wann die ge-

nannten speziellen sozialrechtlichen Regeln als vorrangiges Recht greifen. Über diese Rechtsquellen hinaus kann bei der Überprüfung von Unterscheidungen im Sozialrecht auch auf den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz des Grundgesetzes (Art. 3 Abs. 1 GG) zurückgegriffen werden (vgl. Kapitel 2.2.3). Die Durchsetzung einer diskriminierungsfreien Leistungserbringung im Sozialrecht ist also schon aufgrund der fragmentierten Rechtslage nicht einfach. Im Folgenden werden sozialrechtliche Beispiele aus verschiedenen Bereichen des Antidiskriminierungsrechts (Benachteiligungsverbote, Fördergebote) vorgestellt und die Probleme und Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung dargestellt.

4.2.3 Die Benachteiligungsverbote im Sozialrecht und ihre Bedeutung für die Praxis

4.2.3.1 Geltungsbereiche

Das AGG erklärt in § 2 Abs. 2 AGG, dass für Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch die speziellen Benachteiligungsverbote des § 33c SGB I und § 19a SGB IV gelten. Diese untersagen für bestimmte Diskriminierungskategorien und Sozialleistungsarten Benachteiligungen.

§ 33c SGB I legt ein allgemeines Benachteiligungsverbot für die Kategorien/Merkmale „Rasse“, ethnische Herkunft und Behinderung fest: „Bei der Inanspruchnahme sozialer Rechte darf niemand aus Gründen der Rasse, wegen der ethnischen Herkunft oder einer Behinderung benachteiligt werden.“ § 19a SGB IV gilt für die Inanspruchnahme von Leistungen, die den Zugang zu allen Formen und allen Ebenen der Berufsberatung, der Berufsbildung, der beruflichen Weiterbildung, der Umschulung einschließlich der praktischen Berufserfahrung betreffen – zum Beispiel die Leistungen der Bundesagentur für Arbeit (Berufsberatung, Förderung von Weiterbildungskosten usw.) oder anderer Sozialversicherungsträger_innen (zum Beispiel der Deutschen Rentenversicherung) in diesem Themenfeld – und schützt vor Benachteiligungen aus Gründen der „Rasse“, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität.

Der Geltungsbereich von § 33c SGB I erstreckt sich auf alle denkbaren Leistungsarten des Sozialrechts (Geld-, Sach- und Dienstleistungen, siehe § 11 SGB I – zum Beispiel Elterngeld, Bundesausbildungsförderung, Erziehungsberatung, Berufsberatung, Gutscheineleistungen für Bildung und Teilhabe nach dem SGB II) und legt ein umfassendes Verbot für alle Formen der Diskriminierung, d.h. unmittelbare und mittelbare Diskriminierung sowie Belästigung, sexuelle Belästigung und Anweisung zur Benachteiligung, fest.

§ 33c SGB I Allgemeines Benachteiligungsverbot

Das Benachteiligungsverbot des § 33c SGB I verbietet rassistische Benachteiligungen sowie Benachteiligungen aufgrund der ethnischen Herkunft und der Behinderung, bei der Inanspruchnahme sozialer Rechte nach dem Sozialgesetzbuch bzw. nach all seinen Büchern. Dabei ist zu beachten, dass der Geltungsbereich sich auch auf die Gesetze erstreckt, die gemäß § 68 SGB I als Teil des besonderen Sozialrechts gelten, obwohl sie nicht im SGB enthalten sind, wie das Bundesausbildungsförderungsgesetz (BAföG).

§ 19a SGB IV Benachteiligungsverbot für den Bildungsbereich

§ 19a SGB IV regelt ein Benachteiligungsverbot bei der Inanspruchnahme von Leistungen der Berufsberatung und der beruflichen Bildung für alle Diskriminierungskategorien des AGG und verbietet Benachteiligungen beim „Zugang zu allen Formen und allen Ebenen der Berufsberatung, der Berufsbildung, der beruflichen Weiterbildung, der Umschulung einschließlich der praktischen Berufserfahrung“. § 19a SGB IV gilt auch für die Berufsberatung und Berufsbildung im Rahmen der Grundversicherung für Arbeitsuchende (SGB II), nicht aber für die Sozialhilfe (SGB XII) und das BAföG. Das ergibt sich aus dem allgemeinen Geltungsbereich des SGB IV, der auf Sozialversicherungsleistungen und auf einzelne weitere Leistungsbereiche beschränkt ist, die im § 1 SGB IV genannt sind. Dazu gehören die Sozialhilfe und das BAföG jedoch nicht.

4.2.3.2 Arten der verbotenen Benachteiligungen

Die Arten der verbotenen Benachteiligungen sind sowohl in § 33c SGB I als auch in § 19a SGB IV nicht näher definiert, deshalb muss auf die Definitionen des AGG zurückgegriffen werden. Demnach sind alle in § 3 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 5 Satz 1 AGG genannten Benachteiligungsformen (bezogen auf die im Sozialrecht geschützten Merkmale) – unmittelbare und mittelbare Benachteiligung, Belästigung, sexuelle Belästigung und Aufforderung zur Benachteiligung – verboten (vgl. Kapitel 2.2 bzw. 2.1.4).

4.2.3.3 Rechtfertigungsgründe

Mögliche Rechtfertigungsgründe für Ungleichbehandlungen, wie sie das AGG nennt, werden von den sozialrechtlichen Benachteiligungsverboten nicht erwähnt. Das AGG nennt Rechtfertigungsgründe für Ungleichbehandlungen im Bereich des Arbeits- und Zivilrechts, aber keine Rechtfertigungsmöglichkeiten für Benachteiligungen bei sozialrechtlichen Tatbeständen. Hier handelt es sich um eine bisher gerichtlich noch nicht geklärte Rechtsfrage. In der juristischen Literatur werden verschiedene Vorschläge unterbreitet. Beispielsweise wird die analoge Anwendung der arbeitsrechtlichen Rechtfertigungen des AGG befürwortet. Da es hierzu noch keine gerichtliche Entscheidung gibt und in der juristischen Literatur verschiedene Ansichten diskutiert werden, bedeutet dies für Betroffene vor Gericht eine große Unsicherheit, welche Gründe als Rechtfertigung anerkannt werden und welche nicht.

4.2.3.4 Rechtsfolgen und Sanktionen

Kein Anspruch auf bestimmte Leistungen

Ein Anspruch auf bestimmte Leistungen lässt sich aus den Benachteiligungsverboten nicht ableiten, hier sind ausdrücklich weiterhin die Anspruchsvoraussetzungen der Leistungen der jeweiligen Sozialgesetze zu beachten. Denn in beiden Regelungen (§ 33c SGB I und § 19a SGB IV) findet sich der zweite Satz: „Ansprüche können nur insoweit geltend gemacht oder hergeleitet werden, als deren Voraussetzungen und Inhalt durch die Vorschriften der besonderen Teile dieses Gesetzbuchs im Einzelnen bestimmt sind.“

Die Praxisrelevanz der beschriebenen Benachteiligungsverbote ist jedenfalls aus Sicht der Gerichte deshalb offenbar auch nur gering. So ergab eine Recherche in der juristischen Datenbank „juris“ im Dezember 2013 für § 33c SGB I, der immerhin für alle Teile des Sozialgesetzbuches gilt, neun Treffer im Bereich Gerichtsentscheidungen, in allen diesen Entscheidungen wurde die Regelung als nicht entscheidungsrelevant angesehen.

Die Benachteiligungsverbote sind aber relevant im Rahmen der Ermessensausübung durch die Leistungsträger_innen und bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe sowie bei der Beratung über Sozialleistungen und schließlich bei der Leistungserbringung selbst. Gerade für diskriminierungsfreie Formulierungen im Umgang mit Antragstellenden und eine Beratung frei von Stereotypisierungen bieten diese Regelungen eine Anspruchsgrundlage, weil sonst von einer Diskriminierung in Form einer Belästigung auszugehen ist. Rechtsprechung zu diesem Thema gibt es allerdings noch nicht, deshalb sind die einzelnen Voraussetzungen, wann von einer Belästigung auszugehen ist, noch ungeklärt. Inwieweit einzelne Äußerungen diese Form der Benachteiligung bereits erfüllen können und ob Stereotypisierungen bereits eine Belästigung darstellen, ist daher eine offene Rechtsfrage. Die Benachteiligungsverbote gewähren für diese Form der Benachteiligung einen Unterlassungsanspruch, der auch gerichtlich geltend gemacht werden kann (vgl. Kapitel 4.3.4).

Übersicht über die sozialrechtlichen Benachteiligungsverbote	
Schritt 1: Anwendungsbereich	
§ 33 c SGB I	§ 19a SGB IV
Gilt für alle Teile des Sozialgesetzbuches, wie sie § 68 SGB I definiert.	<p>SGB III (z. B. Berufsberatung, Förderung der Berufsausbildung, Förderung der beruflichen Weiterbildung),</p> <p>SGB II (z. B. Leistungen zur Eingliederung in Arbeit), sowie die gesetzliche Kranken-, Unfall- und Rentenversicherung (z. B. Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben) einschließlich der Alterssicherung der Landwirte sowie die soziale Pflegeversicherung. Gilt nicht für BAföG und Sozialhilfe (SGB XII).</p>
Schützt bei der Inanspruchnahme aller sozialen Rechte, wie sie in den §§ 2–10 SGB I als Dienst-, Sach- und Geldleistungen (§ 11 SGB I) geregelt sind.	Schützt bei Inanspruchnahme von Leistungen hinsichtlich des Zugangs zu allen Formen und allen Ebenen der Berufsberatung, der Berufsbildung, der beruflichen Weiterbildung sowie der Umschulung, einschließlich der praktischen Berufserfahrung.
Schritt 2: Benachteiligung	
Schützt vor Benachteiligungen aus Gründen:	
der „Rasse“ der ethnischen Herkunft einer Behinderung	der „Rasse“ der ethnischen Herkunft einer Behinderung des Geschlechts der Religion, Weltanschauung des Alters der sexuellen Identität
Art der Benachteiligung:	
<p>Alle Formen der Benachteiligung sind erfasst (unmittelbare Benachteiligung, mittelbare Benachteiligung, Belästigung und sexuelle Belästigung, Anweisung zur Benachteiligung).</p> <p>Der Begriff der Benachteiligung ist wie in § 3 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 5 Satz 1 AGG (bezogen auf die geschützten Merkmale) zu verstehen.</p>	
Schritt 3: Sachlicher Grund	
Achtung, ungeklärte Rechtsfrage: Da sozialrechtliche Benachteiligungsverbote keine Rechtfertigungsgründe für Ungleichbehandlungen nennen, ist unklar, welche Gründe vor Gericht Bestand haben.	
Sanktion:	
Achtung, ungeklärte Rechtsfrage, da die sozialrechtlichen Benachteiligungsverbote nicht die möglichen Sanktionen bei einem Verstoß regeln.	

Sanktionen nicht geregelt

Die dargestellten Benachteiligungsverbote sehen bei Verstoß keine Sanktionen vor. Die Richtlinien (Art. 15 S. 1 2000/43/EG; Art. 17 2000/78/EG) verpflichten unter anderem zu wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktionen bei Verstößen gegen das Gleichbehandlungsgebot. Die Regelungen des AGG zu diesem Thema sind aber nicht anwendbar (§ 2 Abs. 2 S. 1 AGG), eine analoge Anwendung des § 15 AGG, der den Anspruch auf Schadensersatz und Entschädigung enthält, ist daher nicht möglich. Die Umsetzung der europäischen Richtlinien ist also in Bezug auf Sanktionen für den Bereich des Sozialrechts unzureichend. Eine direkte Anwendung der Richtlinien ist nicht möglich, weil diese keine konkreten Sanktionen vorgeben, sondern von der Umsetzung durch die nationale Gesetzgebung abhängig sind. Was für die Betroffenen daraus folgt, ist wiederum eine ungeklärte Rechtsfrage, denn entsprechende Gerichtsentscheidungen fehlen bisher.

In der Literatur wird der Rückgriff auf allgemeine staatshaftungsrechtliche Regeln empfohlen, die aber extrem schwierig durchzusetzen sind. Im konkreten Einzelfall bedarf es der anwaltlichen Beratung über Anspruch und Durchsetzungschancen. Zu nennen ist in erster Linie der Anspruch auf Schadensersatz (§ 839 BGB i. V. m. Art. 34 S. 1 GG) wegen Amtspflichtverletzung, der eine Haftung der/des Amtsträger_in und mittelbar des Staates beinhaltet (vgl. Kapitel 4.3.4 Sekundärer Rechtsschutz). Nach § 839 Abs. 1 S. 1 BGB hat ein_e Beamt_in (bzw. ein_e Amtsträger_in), der/die gegenüber einem Dritten obliegende Amtspflicht (zum Beispiel Pflicht zum rechtmäßigen Handeln, Pflicht zur fehlerfreien Ermessensausübung) vorsätzlich oder fahrlässig verletzt, diesem die daraus entstehenden Schäden zu ersetzen. Im Fall von Fahrlässigkeit entfällt der Anspruch, wenn die/der Verletzte auf andere Weise Ersatz erlangen kann (§ 839 Abs. 1 S. 2 BGB). Diese Haftung muss gemäß Art. 34 GG der Staat bzw. der Dienstherr übernehmen. Ob die Voraussetzungen des Staatshaftungsanspruchs vorliegen, sollte im Einzelfall unter anwaltlicher Beratung geklärt werden. Zuständige Gerichtsbarkeit ist für Amtshaftungsfälle die ordentliche Gerichtsbarkeit (Art. 34 S. 3 GG, § 40 Abs. 2 VwGO), zuständiges Gericht ist unabhängig vom Streitwert das Landgericht.

Ist das Beschwerdeziel nicht auf Schadensersatz gerichtet, sondern auf einen sozialrechtlichen Nachteilsausgleich, ist außerdem die Besonderheit des gewohnheitsrechtlichen „sozialrechtlichen Herstellungsanspruches“ zu beachten, der verschuldensunabhängig ist (s. u.).

Sozialrechtlicher Herstellungsanspruch bei Pflichtverletzung des/der Leistungsträger_in

Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch ist eine in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts entwickelte ungeschriebene Besonderheit des Sozialrechts, die bei Pflichtverletzungen des/der Leistungsträger_in (zum Beispiel bei einer Falschberatung, die dazu führt, dass ein Antrag auf Sozialleistungen nicht gestellt oder so verspätet gestellt wird, dass eine Frist versäumt wird) die Folge herbeiführt, dass die geschädigte Person so gestellt wird, als habe die Fehldisposition, die auf dem Pflichtverstoß beruht, nicht stattgefunden. Es geht also um eine Wiederherstellung des rechtmäßigen Status quo. Der Herstellungsanspruch erfordert kein Verschulden des/der Leistungsträger_in. Er basiert auf dem Gedanken, dass die sozialen Rechte möglichst weitgehend verwirklicht werden sollen (vgl. § 2 Abs. 2 SGB I). Der Herstellungsanspruch hat keinen antidiskriminierungsrechtlichen Hintergrund. Er sollte aber mitbedacht werden, wenn beispielsweise der Eindruck besteht, eine Pflichtverletzung des/der Leistungsträger_in erfolgte wegen einer der Kategorien des Antidiskriminierungsrechts. Im Ergebnis spielt die Motivlage beim Herstellungsanspruch aber keine Rolle und muss daher auch nicht nachgewiesen werden. Der Herstellungsanspruch wird von den Gerichten angewendet, wenn durch Falschberatungen den Betroffenen finanzielle Nachteile entstehen, weil sie beispielsweise eine Frist versäumt, einen wichtigen Antrag nicht gestellt haben oder Ähnliches.

Voraussetzungen des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs:

1. Handeln einer Sozialverwaltungsstelle

Aktives Tun oder pflichtwidriges Unterlassen einer Stelle der Sozialverwaltung i. S. d. § 1 Abs. 2 SGB X

2. Pflichtwidrige Verletzung eines sozialen Rechts

Pflichtwidrige Verletzung eines subjektiv-öffentlichen sozialen Rechts (zum Beispiel auf Auskunft, Beratung, Leistungshinweise)

3. Kausale Fehldisposition der Betroffenen

Die Pflichtverletzung muss als nicht hinwegdenkbare Bedingung dazu geführt haben, dass die betroffene Person das Rechtsverhältnis negativ gestaltet (durch Tun oder Unterlassen)

4. Sozialrechtlicher Nachteil

Ein geldwerter Nachteil muss aufgrund der Fehldisposition eingetreten sein (zum Beispiel ausbleibende Geldleistung, Belastung durch Beiträge)

5. Entscheidungsbereich der Sozialgerichtsbarkeit

Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch wird durch die Sozialgerichte angewendet, nicht durch die Verwaltungsgerichte

Rechtsfolge des Herstellungsanspruchs:

Die verpflichtete Stelle hat die betroffene Person in die soziale Rechtsposition zu versetzen, in der sie ohne die durch pflichtwidriges Behördenhandeln verursachte Fehldisposition stehen würde. Der betroffenen Person werden **Gestaltungsrechte neu eingeräumt oder deren Wahrnehmung wird unterstellt**. Die erreichte Rechtsfolge muss aber rechtmäßig sein. Beispiele: Rückdatierung verspätet gestellter Leistungsanträge, Rückforderung unrentabel entrichteter freiwilliger Beiträge.

4.2.4 Rechtsschutzmöglichkeiten und Verfahrensregeln im Sozialrecht

4.2.4.1 Rechte im Verwaltungsverfahren

Wie Behörden handeln und welche Unterscheidungen hier wichtig sind (Verwaltungsakte, Realakte), wird in Kapitel 4.3.4 dargestellt. Diese Regeln gelten auch im Sozialrecht, weil es ein besonderer Teil des öffentlichen Rechts ist. Das Sozialrecht weist aber auch Besonderheiten im Verwaltungsverfahren und im Gerichtsverfahren auf, die hier näher erklärt werden.

Im Verwaltungsverfahren weist das Sozialrecht bei Sprachbarrieren, also Verständigungsschwierigkeiten wegen mangelnder Deutschkenntnisse von Sozialleistungsberechtigten (außer Gebärdensprache), zumeist den Antragstellenden die „Bringschuld“ zu, sich bei der zuständigen Stelle mit ihrem Anliegen verständlich zu machen. Die Amtssprache ist auch im Sozialverwaltungsverfahren Deutsch (§ 19 Abs. 1 S. 1 SGB X). Die Behörde hat das Recht, Übersetzungen von in anderen Sprachen vorgelegten Schriftstücken zu verlangen, bzw. kann die Übersetzung anfertigen lassen (§ 19 Abs. 2 bis 4 SGB X). Davon zu unterscheiden ist der Fall, in dem die Leistungserbringung selbst an Sprachbarrieren zu scheitern droht, wie es zum Beispiel bei medizinischen Leistungen der Fall sein kann:

Wenn etwa die notwendige Aufklärung über Chancen und Risiken einer notwendigen Operation nicht in einer für den/die Patient_in verständlichen Sprache ausgehändigt bzw. nicht übersetzt wird, dennoch aber der/die Patient_in mit seiner/ihrer Unterschrift die Kenntnisnahme bestätigen soll.

Auch wenn normalerweise eine „Bringschuld“ gegenüber Behörden vertretbar erscheinen mag, geht es bei der Leistung der Krankenbehandlung und der damit verbundenen Beratung um die Leistungserbringung selbst, für die eine ordentliche Verständigung Voraussetzung ist. Zu bedenken ist auch, dass Ärzt_innen vor operativen Eingriffen, Medikamentenverabreichung und sonstigen Therapien zu umfassender Aufklärung verpflichtet sind; diese bedürfen einer

Einwilligung des/der Patient_in, anderenfalls wäre der Eingriff u. U. eine strafbare Körperverletzung.

Hörbehinderte Menschen haben im Umgang mit Behörden das Recht, Gebärdensprache zur Kommunikation zu verwenden. Die Kosten für Dolmetscher_innen für Gebärdensprache sind von der zuständigen Behörde bzw. dem/der Sozialleistungsträger_in zu tragen (§ 19 Abs. 1 S. 2 SGB X).

Es besteht das Recht, sich zu Behördenterminen von einem Beistand begleiten zu lassen (§ 13 Abs. 4 SGB X). Ein Beistand tritt (anders als eine Vertretungsperson) neben der beteiligten Person auf; die von der beistehenden Person vorgetragenen Aussagen muss sich die beteiligte Person allerdings zurechnen lassen, wenn sie nicht unverzüglich widerspricht. Eine besondere Qualifikation für die Begleitung als Beistand ist nicht erforderlich. Diese Möglichkeit sollte genutzt werden, wenn Unsicherheiten im Umgang mit Behörden bestehen und auch um ggf. Zeugen für verbale Diskriminierungen oder eventuelle Falschberatungen zu haben.

Besteht ein Grund für die Vermutung, dass eine parteiische Amtsausübung durch die bearbeitende Person auf Behördenseite gegeben ist, sollte dieser Zweifel unter Verweis auf die Benachteiligungsverbote und die Definition der Benachteiligungsform der Belästigung (z. B. bei Verwendung von stereotypen Zuschreibungen) im AGG im Verfahren mündlich oder schriftlich artikuliert und um die Zuweisung eine_r neuen Ansprechpartner_in gebeten werden. Es besteht auch für betroffene oder beteiligte Beschäftigte der Behörde die Verpflichtung zur Unterrichtung der Behördenleitung (§ 17 SGB X) und die Möglichkeit für die Beschäftigten der Behörde, sich von der Bearbeitung dieses Falles entbinden zu lassen. Besteht eine Wiederholungsgefahr für diskriminierende Vorfälle, kann man mit Blick auf die Benachteiligungsverbote auch einen Unterlassungsanspruch gerichtlich geltend machen.

4.2.4.2 Unterlassungsansprüche aufgrund von Benachteiligungsverboten

Die sich aus den Benachteiligungsverboten der § 33c SGB I und § 19a SGB IV ergebenden Unterlassungsansprüche können als selbstständiges Recht verfolgt werden (z. B. mit einer Feststellungs- oder vorbeugenden Unterlassungsklage).

4.2.4.3 Grundsätze des Verfahrens vor den Sozialgerichten

Für den Großteil der Streitigkeiten auf dem Gebiet der Sozialgesetzbücher sind die Sozialgerichte zuständig (§ 51 SGG), für einige Teile des Sozialrechts (BAföG, Kinder- und Jugendhilfe SGB VIII, Asylbewerberleistungsgesetz) aber die Verwaltungsgerichte. Das Verfahren vor den Sozialgerichten zeichnet sich durch das Prinzip der Klägerfreundlichkeit aus. Das Gerichtsverfahren ist für Versicherte in der Sozialversicherung, Menschen mit Behinderungen und (potenzielle) Leistungsempfänger_innen kostenfrei (§ 183 SGG). Versicherte/Leistungsempfänger_innen müssen die außergerichtlichen Kosten der Gegenseite generell nicht tragen. Sie haben sogar im Fall des Unterliegens mitunter selbst einen Anspruch auf Kostenersatz (§ 193 Abs. 1-3 SGG), zum Beispiel von Anwaltskosten oder Kopierkosten, über die nach Erledigung des Verfahrens entschieden wird. Bei den Verwaltungsgerichten existieren ebenfalls gerichtskostenfreie Verfahren in einzelnen Sachgebieten, zum Beispiel bei der Ausbildungsförderung, Jugendhilfe oder im Asylrecht. Von der Frage der Kostenentscheidung nach Abschluss des Verfahrens und der Kosten der Gegenseite zu unterscheiden ist die Frage der für Menschen mit niedrigen Einkünften bereits zu Beginn des Verfahrens ggf. bestehenden Ansprüche auf Beratungs- und Prozesskostenhilfe (siehe auch Kapitel 3.3.4).

Die örtliche Zuständigkeit der Sozialgerichte richtet sich nach dem Wohnsitz der Kläger_in (§ 57 SGG). Eine anwaltliche Vertretung ist erst in der dritten Instanz zwingend erforderlich (§ 73 Abs. 4 SGG). Das Gericht ermittelt den Sachverhalt von Amts wegen (§ 103 SGG). An die Klage werden im sozialgerichtlichen Verfahren geringe formale Anforderungen gestellt (§ 92 SGG), es reicht aus, Kläger_in, Beklagte_n und den Gegenstand des Klagebegehrens (was man inhaltlich möchte) mit eigenen Worten wiederzugeben. Für die Wahrung der Klagefrist ist es unschädlich, wenn die Klage bei einer unzuständigen Behörde eingereicht wird (§ 91 SGG). Zu den Anforderungen der Verwaltungsgerichte vgl. Kapitel 4.3.4.

Die Verpflichtung, insbesondere der Antirassismusrichtlinie (2000/43/EG), dass Verbände das Recht erhalten sollen, sich zur Unterstützung der Betroffenen an den Verfahren zu beteiligen, wird durch § 73 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 SGG ansatzweise

umgesetzt. Demnach können selbstständige Vereinigungen von Arbeitnehmern mit sozial- oder berufspolitischer Zwecksetzung für ihre Mitglieder als vertretungsbefugte Bevollmächtigte auftreten. Es handelt sich um größere Arbeitnehmerzusammenschlüsse, wie zum Beispiel den Sozialverband Deutschland, die ausschließlich oder überwiegend die sozial- und berufspolitischen Interessen ihrer Mitglieder wahrnehmen und diese hierbei beraten und vertreten. Sie müssen nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts mindestens 1.000 Mitglieder haben und finanziell so ausgestattet sein, dass eine geeignete Prozessvertretung gewährleistet ist (vgl. BSG 20.3.1970 – 11 RA 139/69, SozR 166 Nr. 39).

Für Menschen mit geringen Einkommen besteht die Möglichkeit, Beratungshilfe (Rechtsberatung außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens nach dem Beratungshilfegesetz) oder Prozesskostenhilfe für Anwalts- und Gerichtskosten im gerichtlichen Verfahren (§§ 114 ff. ZPO) in Anspruch zu nehmen. Über die Anspruchsvoraussetzungen informieren die Gerichte sowie die Rechtsanwaltskammern (vgl. Kapitel 3.3.4). Außerdem gibt es eine Informationsbroschüre des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz mit dem Titel „Beratungs- und Prozesskostenhilfe“ (siehe: Weiterführende Literatur).

4.2.4.4 Beweislast

Eine Beweiserleichterung, wie sie § 22 AGG regelt, ist im Sozialrecht nicht festgelegt. Deshalb wird argumentiert, § 22 AGG sei auch im Sozialrecht anzuwenden, da die Regelung des § 2 Abs. 2 AGG nur inhaltliche Regeln (den materiellen Diskriminierungsschutz) betreffe, nicht aber die Beweislastregel oder die Regeln über die Antidiskriminierungsstelle des Bundes. Allerdings gilt in den sozialrechtlichen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren ohnehin der Untersuchungsgrundsatz (§ 20 SGB X), d.h., die Behörde und das Sozialgericht ermitteln die Tatsachen von Amts wegen. Das Vorbringen von Indizien für eine Benachteiligung durch Betroffene ist dennoch wichtig für die Erfolgsaussichten einer Beschwerde bzw. des Rechtsschutzes.

4.2.5 Beispiele für die Anwendung der Benachteiligungsverbote im Sozialrecht

Im Folgenden wird die Bedeutung der Benachteiligungsverbote und anderer Antidiskriminierungsregeln für das Sozialrecht anhand praktischer Beispiele illustriert.

4.2.5.1 Rassistische Diskriminierung oder Benachteiligung aufgrund der ethnischen Herkunft

„Da wo Sie herkommen, gibt es diese Sozialleistung gar nicht. Wenn es Ihnen nicht passt, dann gehen Sie eben zurück in den Busch oder wo auch immer in Afrika Sie herkommen.“ Ein solcher Kommentar von einem/einer Angestellten des/der Sozialleistungsträger_in bei Antragstellung ist eine rassistische Diskriminierung bzw. Benachteiligung aufgrund der ethnischen Herkunft (Belästigung).

Die Diskriminierungsverbote gemäß § 33c SGB I und § 19a SGB IV untersagen eine solche Äußerung, denn dabei wird unterstellt, dass Personen aus bestimmten ärmeren Ländern und Weltregionen (oder Menschen, denen eine solche Herkunft unterstellt wird), die nicht über ein ausgebautes Sozialstaatssystem verfügen, eine ordnungsgemäße Unterstützung durch den deutschen Sozialstaat – unabhängig von ihren tatsächlichen Anspruchsvoraussetzungen – „nicht verdienen“. Der Satz „Da wo Sie herkommen“ stellt also den Bezug zur ethnischen Herkunft her; dies kann auch identisch mit einer bestimmten ausländischen Staatsangehörigkeit verwendet werden. Gegen eine solche Äußerung von Beschäftigten des/der Leistungsträger_in bei Antragstellung auf eine Sozialleistung hat die betroffene Person daher einen Unterlassungsanspruch gemäß § 33c SGB I. D.h., sie kann die Beschäftigten der Behörde auffordern, eine derartige Äußerung und Bewertung zu unterlassen und im Falle der Wiederholung oder Bekräftigung sich über die Behördenmitarbeiter_in beschweren (vgl. Kap. 4.3.4 und Muster einer Beschwerde oder Dienstaufsichtsbeschwerde im Anhang). Je nach Kontext und Heftigkeit der Äußerung ist eine Beschwerde auch schon bei einmaliger Äußerung anzuraten. Ein Anspruch auf Widerruf der Äußerung oder eine Entschuldigung wird in der Fachliteratur zu § 33c SGB I nicht thematisiert. Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch hilft bei einem solchen Wunsch nicht weiter, weil er bei erlittenen finanziellen Nachteilen angewendet wird und auf eine Wiederherstellung des rechtmäßigen Status quo zielt. Im Fall der Belästigung kann die diskriminierende Handlung aber nicht rückgängig gemacht werden. Sanktionsregelungen fehlen.

Allerdings führen der Unterlassungsanspruch und seine Durchsetzung nicht dazu, dass ein Anspruch auf die (abgelehnte) Sozialleistung entstünde, wenn die rechtlichen Voraussetzungen des Anspruchs oder der Ermessensleistung nicht vorliegen.

4.2.5.2 Gesetzliche Differenzierungskriterien – Staatsangehörigkeit und Lebensalter

Beispiel Staatsangehörigkeit

Zwar ist die diskriminierende Behandlung wegen einer nicht deutschen ethnischen Herkunft oder Staatsangehörigkeit, mit der persönliche Geringschätzung verbunden wird, gleichermaßen verboten wie eine rassistische Benachteiligung, jedoch sind legale Differenzierungen nach der Staatsangehörigkeit (und davon abgeleitet vom aufenthaltsrechtlichen Status) im Sozialrecht häufig anzutreffen (Beispiele: § 1 Abs. 7 BEEG, § 23 SGB XII, § 7 SGB II). Sie werden von der Antirassismusrichtlinie RL 2000/43/EG auch ausdrücklich zugelassen; Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie legt fest, dass unterschiedliche Behandlungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit nicht erfasst sind.

Hingegen werden allmählich gesetzliche Regelungen wie § 113 Abs. 3 SGB VI a. F., der eine geringere Auszahlung der Rente bei Umzug ins Ausland festlegte, was zu einer Benachteiligung von Menschen aufgrund der ethnischen Herkunft führen konnte, aus dem Gesetz entfernt. Die genannte Norm entfiel 2013.

Beispiel Lebensalter

Ein 24-jähriger Arbeitsloser bricht ein mehrtägiges Bewerbungstraining, das ihm zur Förderung seiner Eingliederung in Arbeit gewährt wurde, ohne besonderen Grund ab. Er erhält einen Sanktionsbescheid, seine Leistungen werden auf die Kosten der Unterkunft und Heizung beschränkt. Hätte er das 25. Lebensjahr bereits vollendet, betrüge die Kürzung nur 30 Prozent seines Regelbedarfs.

Bezogen auf das Merkmal Alter legen die Antidiskriminierungsrichtlinien keine Standards für den Bereich der sozialen Sicherung fest. Nach dem Lebensalter wird im Sozialrecht nämlich mitunter differenziert. Ein Beispiel sind die schärferen Sanktionen gegenüber Menschen, die das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, im SGB II (§ 31a Abs. 2 SGB II). Anders als ältere Leistungsbezieher müssen sie bei einem Pflichtverstoß mit einer drastischeren Leistungskürzung rechnen. Dies wird mit der besonderen Förderung junger Leistungsbezieher im SGB II begründet, mit der auch schärfere Sanktionen korrespondieren sollen. Die dargestellten Benachteiligungsverbote des Sozialrechts und das AGG gelten nicht, weil sie bereits vom Wortlaut her nicht greifen. § 33c SGB I erfasst die Kategorie Alter nicht; § 19a SGB IV erfasst zwar Leistungen der Berufsberatung und Berufsbildung im SGB II, wobei es hier aber um den Anspruch auf die Grundsicherungsleistungen dieses Gesetzes geht und nicht um Leistungen zur Integration des jungen Menschen in den Arbeitsmarkt. Selbst wenn § 33c SGB I auch das Alter erfassen würde, wäre es fraglich, ob eine gesetzliche Regelung des Sozialgesetzbuches, die nach dieser Kategorie differenziert, von dem Wortlaut erfasst wäre, der ausdrücklich in Satz 2 klarstellt, dass sich aus den Benachteiligungsverboten keine weitergehenden Ansprüche ergeben, die über die Vorschriften in den einzelnen Sozialgesetzbüchern hinausgehen.

In der Literatur wird vertreten, dass diese Ungleichbehandlung einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG darstellt, da die Unterscheidung nach dem Lebensalter willkürlich und nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist. Vor Gericht hat diese Argumentation allerdings wenig Relevanz. Denn häufig sind die Sanktionsbescheide bereits aus formalen oder inhaltlichen Gründen rechtswidrig und werden von den Gerichten aufgehoben, sofern sie durch Widerspruch und Klage angefochten werden. Sehr häufig fehlt beispielsweise der nötige Nachweis des/der Leistungsträger_in bezüglich der ordnungsgemäßen Beratung über die Sanktionsfolge, die nach einem Pflichtverstoß eintritt. Eine Klage mit dem Ziel, das Merkmal Alter in der gesetzlichen Regelung selbst anzugreifen, wäre ein Fall für verbandliche bzw. gewerkschaftliche „Litigation“ (Rechtserstreitung), die jeweilige „Musterfälle“ mit Beratung und Vertretung ggf. durch mehrere Instanzen bis zum Bundesverfassungsgericht (und darüber

hinaus) unterstützt. Einem einzelnen Menschen ohne entsprechende Unterstützung ist die Klage durch mehrere Instanzen nicht unbedingt anzuraten.

4.2.5.3 Beschränkung des Anspruchs auf die gesetzlichen Leistungen

Die Benachteiligungsverbote können keine Ansprüche auf die Gewährung bestimmter Leistungen begründen, wenn das Gesetz sie nicht vorsieht.

Dies ist im Zusammenhang von Rassismus und ethnischer Herkunft, aber auch von Behinderung besonders relevant, wenn es um die Erbringung von Sozialleistungen geht, bei denen die Sprache als Verständigungsmöglichkeit (z.B. Gebärdensprache) eine wesentliche Rolle spielt.

Leider trifft das Sozialrecht fast nur Regelungen zur Sprache der schriftlichen Kommunikation mit Leistungsträger_innen und überlässt die Überwindung der Sprachbarrieren fast ausschließlich den Antragstellenden. Dies ist dann problematisch, wenn die Verständigungsmöglichkeit notwendiger Bestandteil für die Leistungserbringung ist, etwa bei einer Krankenbehandlung. Für eine ordnungsgemäße Leistungserbringung ist der/die Leistungsträger_in verantwortlich. Folgendes Beispiel soll die bestehende Problematik erläutern:

Sprache

Eine arabischsprachige Frau kann sich im städtischen Krankenhaus nicht mit Ärzt_in und Krankenschwestern verständigen. Sie kann keine Angaben machen über bestehende Vorerkrankungen, sodass Diagnose und Therapie über eine medizinische Erstversorgung hinaus ohne Verständigung nicht möglich sind. Einen Dolmetscher_innenservice hält das Krankenhaus nicht vor.

Für die Erbringung medizinischer Leistungen ist eine gelingende Kommunikation zwischen Fachpersonal und Patient_innen zwingend erforderlich.

Das Krankenversicherungsrecht des SGB V enthält keine Grundlage für die Übernahme der zur medizinischen Versorgung notwendigen Dolmetscher_innenkosten (inklusive der Gebärdensprache). Die Krankenkassen verweisen deshalb auf die Sozialhilfeträger_innen und lehnen eine Leistungserbringung der Kosten für das Dolmetschen ab. Die Hilfe bei Krankheit im Sozialhilferecht (nach § 48 SGB XII) ist aber auf Leistungen beschränkt, die die Krankenversicherung erbringen würde, bezieht sich also nicht auf Dolmetscher_innenkosten, da das Krankenversicherungsrecht diese Leistung nicht vorsieht. Dieses Beispiel zeigt, wie die betroffenen Personen zwischen unterschiedlichen Nichtzuständigen hin und her verwiesen werden und es vom Zufall abhängig ist, ob in einer Einrichtung behandelt wird, die entsprechende Angebote vorhält.

Das Antidiskriminierungsrecht hilft in diesem Fall nicht weiter. Denn der fehlende Leistungsanspruch auf eine Dolmetscher_innenleistung im SGB V ist zwar eine faktische Benachteiligung aufgrund der ethnischen Herkunft, das sozialrechtliche Benachteiligungsverbot verbietet aber nur Ungleichbehandlungen bei der Anwendung der bestehenden Gesetze. Hier fehlt es aber gerade an einer anspruchsbegründenden Gesetzesregelung. Die mittelbare Benachteiligung liegt also im Fehlen einer Regelung, die die Leistungserbringung für Angehörige einer bestimmten Gruppe, die aufgrund ihrer ethnischen Herkunft notwendige Sprachkenntnisse nicht aufweist, um von der Sozialleistung zu profitieren, ermöglichen würde. Unter engen Voraussetzungen kann sich aus Art. 3 Abs. 3 GG ein Anspruch auf Erlass einer gesetzlichen Regelung ergeben.

Gegen das Fehlen einer gesetzlichen Regelung müsste daher vor dem Bundesverfassungsgericht nach Ausschöpfung des Rechts- und Klagewegs vorgegangen werden. Allerdings handelt es sich hier um einen mühsamen Weg, dessen Erfolgsaussichten schwer eingeschätzt werden können.

4.2.5.4 Anspruch auf diskriminierungsfreie Leistungserbringung

Die Benachteiligungsverbote sind relevant im Rahmen der Ermessensausübung durch die Leistungsträger_innen und bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe sowie bei der Beratung über Sozialleistungen und schließlich bei der Leistungserbringung selbst. Benachteiligungsfreie Formulierungen im Umgang mit Antragstellenden und eine Beratung frei von Stereotypisierungen sind geboten, weil sonst u. U. von einer Diskriminierung in Form einer Belästigung auszugehen ist.

Belästigung – Beispiel Religion/Geschlecht

Eine arbeitslose junge Frau, die Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende nach dem SGB II bezieht, wird im Beratungsgespräch darauf aufmerksam gemacht, dass ihr Kopftuch die Suche nach einem Arbeitsplatz erheblich erschwere. Im Bereich der Dienstleistungen seien die meisten Arbeitgeber nicht bereit, das Kopftuch zu akzeptieren. Sie solle darüber nachdenken, das Kopftuch abzulegen, sonst drohe Kürzung ihrer Leistungen nach den Regelungen über Sanktionen im SGB II.

Die Erwerbsintegration von Frauen mit Kopftuch ist in Deutschland auch in Berufen, in denen das Tragen eines Kopftuchs nicht vom Gesetzgeber untersagt wird, problematisch. Die gesetzlichen Kopftuchverbote in manchen Bundesländern (für Lehrerinnen in staatlichen Schulen und für weitere öffentliche Bedienstete) sind umstritten und wirken faktisch als Erwerbs- und Gleichstellungsverhinderung, weil sie Frauen von diesen Berufen ausschließen. Immer wieder gibt es Berichte, dass Sozialleistungsträger_innen diese Form der Diskriminierung aufgreifen und den Frauen raten, das Kopftuch abzulegen. Der oben gebildete Fall entstammt Presseberichten. Die Sanktionsdrohung beruht auf der Auffassung, das Tragen des Kopftuches komme einer Pflichtverletzung gleich, zeige also das fehlende Bemühen um einen Arbeitsplatz, indem die Frau die Anbahnung eines Arbeitsverhältnisses durch ihr Verhalten verhindere (§ 31 Abs. 1

Nr. 2 SGB II). Das ist juristisch falsch, denn Entscheidungen im Arbeitsrecht und sogar im öffentlichen Dienst haben festgestellt, dass das Tragen eines Kopftuches keine Pflichtverletzung der Arbeitnehmerin darstellen muss. Eine Pflichtverletzung einer Arbeitsuchenden mit Kopftuch kann also erst recht nicht vorliegen. Tatsächlich erfolgte Sanktionen, die mit einer Klage angegriffen wurden, sind laut der juristischen Datenbank „juris“ (Stand: Dezember 2013) allerdings nicht bekannt. Sanktionen hätten auch keine Aussicht auf rechtlichen Bestand im Falle ihrer Anfechtung mit Widerspruch und Klage, weil ein diskriminierendes Verhalten potenzieller Arbeitgeber nicht zulasten der Leistungsempfängerin interpretiert werden darf. Eine Beratung zum Ablegen des Kopftuches (auch ohne eine Sanktionsandrohung) wäre ein Verstoß gegen § 19a SGB IV. In dem Fall haben Betroffene mehrere Möglichkeiten: Zunächst kann die beratende Person auf ihre Verpflichtung zur diskriminierungsfreien Beratung nach § 19a SGB IV hingewiesen werden. Aus § 19a SGB IV ergibt sich ein Unterlassungsanspruch, der durch eine Unterlassungsklage geltend gemacht werden kann, außerdem ein Anspruch auf Feststellung der Rechtswidrigkeit. In Betracht kommt zudem eine Dienstaufsichtsbeschwerde. Siehe dazu im Anhang das Muster schreiben für eine Dienstaufsichtsbeschwerde.

Anders wäre der Fall u.U. zu beurteilen, falls die Arbeitsuchende jegliche Erwerbstätigkeit nur mit Gesichtsverhüllung auszuüben beabsichtigte (in Form von Niqab oder Burka). Mit diesem Ansinnen würde sie in der Regel eine wichtige berufliche Anforderung im Sinne des § 8 Abs. 1 AGG nicht erfüllen, denn in den allermeisten beruflichen Tätigkeiten wird vom Arbeitgeber zu Recht erwartet, dass die Beschäftigten von Angesicht zu Angesicht mit Kolleg_innen und Kund_innen kommunizieren (vgl. BayVGH 22.04.2014 – 7 CS 13.2592 zu einer Berufsoberschülerin mit sog. Niqab). Es mag Arbeitsplätze geben, in denen das ausnahmsweise nicht erwartet wird. Insofern wäre aber eine Beratung, die auf die üblichen Erfordernisse einer offenen Kommunikation im Erwerbsleben in sachlichen Worten hinweist, nicht als diskriminierend anzusehen.

Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung – Beispiel Lebensalter

Ein im Jahr 1960 geborener Schlosser ist aufgrund einer Wirbelsäulenerkrankung nicht mehr in der Lage, seinen Beruf auszuüben. Er stellt beim zuständigen Rentenversicherungsträger einen Antrag auf Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben (§ 9 ff. SGB VI) in Form einer Umschulung zum Techniker oder Technischen Zeichner. Der Rentenversicherungsträger lehnte diesen Antrag mit der Begründung ab, dass er am Ende der Ausbildung 47 Jahre alt sein werde und in diesem Alter keine Wiedereingliederungsmöglichkeit bestehe. Kein Arbeitgeber stelle Berufsanfänger dieses Alters ein. Angeboten wurden lediglich Eingliederungszuschüsse und die Kostenübernahme für eine Probebeschäftigung.

Das Landessozialgericht Baden-Württemberg (26.07.2007 – L 10 R 5394/06) entschied, es habe ein Ermessensfehlergebrauch des Leistungsträgers vorgelegen. So sei nur der gegenwärtige Arbeitsmarkt berücksichtigt, mögliche Entwicklungen seien aber nicht geprüft worden, insbesondere sei nicht hinreichend der spezielle Arbeitsmarkt für Techniker und Technische Zeichner betrachtet und stattdessen nur auf (allgemeine) Vermittlungsschwierigkeiten älterer Arbeitnehmer_innen hingewiesen worden.

In dem Fall hatte der Leistungsträger ein Auswahlermessen, konnte also zwischen verschiedenen Leistungsarten auswählen. Das Landessozialgericht rügte, dass die Auswahl auf eine pauschale Weise unter dem Verweis auf das Lebensalter erfolgt sei. Zum Zeitpunkt der in dem Fall angegriffenen Verwaltungsentscheidung war § 19a SGB IV noch nicht in Kraft. Inzwischen folgt dieselbe rechtliche Beurteilung aus § 19a SGB IV, denn diese Vorschrift verbietet eine Benachteiligung bei der Inanspruchnahme von Leistungen allein wegen des Lebensalters. Der Leistungsträger ist bei der Ermessensentscheidung verpflichtet, auch alle Möglichkeiten zu berücksichtigen, die speziellen Eingliederungsprobleme älterer Arbeitnehmer_innen auszugleichen.

4.2.6 Benachteiligungsverbot bei der Arbeits- und Ausbildungsvermittlung

Neben den dargestellten Benachteiligungsverboten regelt § 36 Abs. 2 SGB III Verpflichtungen der Bundesagentur für Arbeit, im Rahmen ihrer Vermittlungsleistungen und in ihrem Umgang mit Stellenangeboten nicht zu benachteiligen. Gemäß § 36 Abs. 2 S. 1 SGB III darf die Bundesagentur für Arbeit Einschränkungen, die der/die Arbeitgeber_in für eine Vermittlung hinsichtlich Geschlecht, Alter, Gesundheitszustand, Staatsangehörigkeit oder ähnlicher Merkmale der Ausbildungs- und Arbeitssuchenden vornimmt, die regelmäßig nicht die berufliche Qualifikation betreffen, nur berücksichtigen, wenn diese Einschränkungen nach Art der auszuübenden Tätigkeit unerlässlich sind. Die Formulierung „ähnliche Merkmale“ ermöglicht bewusst die Berücksichtigung auch anderer Merkmale, beispielsweise Kinderlosigkeit oder Familienstand. Diese Merkmale können aber dann berücksichtigt werden, wenn sie für die Ausübung der Tätigkeit zwingend notwendig sind. Die Bundesagentur für Arbeit darf also keine Stellenanzeigen annehmen, die ohne sachlichen Grund diese Einschränkungen enthalten.

Für die Merkmale Rasse, ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion oder Weltanschauung, Behinderung oder sexuelle Identität regelt § 36 Abs. 2 S. 2 SGB III, dass die Bundesagentur für Arbeit eine solche Einschränkung in der Ausschreibung des/der Arbeitgeber_in und die Differenzierung nach bestimmten Kriterien nur berücksichtigen darf, wenn die Ungleichbehandlung auch nach dem AGG zulässig wäre.

Übersicht Benachteiligungsformen im Sozialrecht und individuelle Handlungsmöglichkeiten:

Benachteiligungsform	Handlungsmöglichkeit	Adressat
Belästigung durch Stereotypisierung, diskriminierende Zuschreibungen	<p>1. Hinweis im Gespräch auf das jeweils geltende sozialrechtliche Benachteiligungsverbot und den Anspruch auf benachteiligungsfreie Leistungserbringung, ggf. Antrag bei Behördenleitung auf Zuweisung eines neuen Ansprechpartners/neuer Ansprechpartnerin.</p> <p>2. Eskalationsstufe: gerichtliche Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs, der sich aus dem Benachteiligungsverbot ergibt.</p>	<p>1. Leistungsträger</p> <p>2. Gericht (Sozialgericht oder Verwaltungsgericht)</p>
Falschberatung, die zu Fehldisposition führt	sozialrechtlicher Herstellungsanspruch (ungeschriebene Anspruchsgrundlage)	Leistungsträger
Ablehnung von Sozialleistungen ohne rechtliche Grundlage	Der Verwaltungsakt, der die beantragte Sozialleistung ohne Rechtsgrundlage ablehnt, ist rechtswidrig. Dagegen kann (wenn prozessual notwendig) mit Widerspruch und ggf. später Klage beim zuständigen Sozial- oder Verwaltungsgericht vorgegangen werden. Die Benachteiligungsverbote spielen keine Rolle, wenn ein Anspruch auf eine bestimmte Leistung besteht, ist der Grund für die Ablehnung unerheblich.	Widerspruchsbehörde; wird dem Antrag nicht abgeholfen, zuständiges Gericht: Verwaltungsgericht oder Sozialgericht
Ablehnung von Sozialleistungen aufgrund gesetzlicher Bestimmungen	Sieht das Gesetz selbst einen Leistungsausschluss aufgrund eines der geschützten Merkmale vor, können die sozialrechtlichen Benachteiligungsverbote keine Abhilfe schaffen. Es muss geprüft werden, ob das Gesetz selbst verfassungs- oder europarechtswidrig ist und wie das im Widerspruchs- bzw. Klageverfahren geltend gemacht werden kann.	Widerspruchsbehörde; wird dem Antrag nicht abgeholfen, zuständiges Gericht: Verwaltungsgericht oder Sozialgericht

4.2.7 Förderpflichten im Sozialrecht

Neben den Benachteiligungsverboten existiert im Sozialrecht eine Reihe von Förderpflichten für Angehörige benachteiligter Gruppen. Dies gilt vor allem für die Kategorien Geschlecht und Behinderung.

4.2.7.1 Behinderung – Benachteiligungsverbot und Förderpflichten im Arbeitsleben

Das Sozialgesetzbuch definiert den Begriff der Behinderung wie folgt: „Menschen sind behindert, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist“ (§ 2 Abs. 1 SGB IX). Wichtig im Arbeitsleben ist die Anerkennung als „schwerbehindert“ bzw. die Gleichstellung mit Schwerbehinderten. Die Eigenschaft als Schwerbehinderte bzw. Schwerbehinderter wird ab einem Grad der Behinderung von 50 Prozent zuerkannt (§ 2 Abs. 2 SGB IX), die Gleichstellung mit Schwerbehinderten erfolgt ab einem Grad der Behinderung von 30 Prozent (§ 2 Abs. 3 SGB IX).

Das Sozialrecht bietet im SGB IX eine Reihe von Förderpflichten und Rechtsansprüchen für Menschen mit Behinderung. Ziel ist die Förderung der Teilhabe behinderter oder von Behinderung bedrohter Menschen an der Gesellschaft, insbesondere am Arbeitsleben. Der Gedanke, dass Rehabilitation und Teilhabe durch Ansprüche auf sozialstaatliche Leistungen für Menschen mit Behinderungen die Voraussetzung für ein menschenwürdiges Leben und die Wahrnehmung von Grundrechten bilden, ist darüber hinaus in vielen Bereichen des Rechts verwirklicht (zum Beispiel Regeln zur Barrierefreiheit im öffentlichen Recht – u.a. im Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen, BGG Bund bzw. Behindertengleichstellungsgesetze der Länder). Eine umfassende Darstellung dieser Regelungen würde den Umfang dieser Darstellung sprengen. Deshalb beschränkt sich die Darstellung an dieser Stelle auf das Benachteiligungsverbot gegenüber schwerbehinderten Menschen im Arbeitsleben und die gegenüber dieser Gruppe bestehenden Förderpflichten der Arbeitgeber_innen.

Das SGB IX enthält ein spezielles Benachteiligungsverbot für schwerbehinderte Menschen im Arbeitsleben, § 81 Abs. 2. Neben den Bestimmungen des SGB IX sind darüber hinaus die Regeln des AGG zu beachten (§ 81 Abs. 2 S. 1 SGB IX).

Das SGB IX regelt darüber hinaus Förderpflichten des Arbeitgebers in Zusammenarbeit mit der Bundesagentur für Arbeit und den Integrationsämtern sowie die Rechte schwerbehinderter (und ihnen gleichgestellter) Menschen im Berufsleben.

Gemäß § 71 Abs. 1 SGB IX besteht eine Beschäftigungspflicht. Private und öffentliche Arbeitgeber_innen, die über mindestens 20 Arbeitsplätze verfügen, haben auf wenigstens fünf Prozent der Arbeitsplätze schwerbehinderte Menschen zu beschäftigen (§ 71 Abs. 1 SGB IX). Solange die vorgeschriebene Zahl schwerbehinderter Menschen nicht beschäftigt wird, muss der/die Arbeitgeber_in für jeden unbesetzten Pflichtarbeitsplatz eine Ausgleichsabgabe zahlen (§ 77 Abs. 1 SGB IX). Aus dieser Beschäftigungspflicht ergibt sich aber kein individueller Anspruch auf einen Arbeitsplatz in einem bestimmten Betrieb. Vielmehr besteht eine objektivrechtliche Pflicht der Arbeitgeber_innen zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen, insbesondere arbeitslosen Bewerber_innen, besetzt werden können (§ 81 Abs. 1 SGB IX). In Zusammenarbeit mit der Bundesagentur für Arbeit oder einem Fachintegrationsdienst sind entsprechende Bewerbungen und Vermittlungsvorschläge in einem vorgegebenen Verfahren ggf. unter Einbeziehung der betrieblichen Schwerbehindertenvertretung zu prüfen und möglichst zum Erfolg zu bringen.

Schwerbehinderte Menschen haben, soweit sie beschäftigt werden, geregelte individuelle Ansprüche gegen ihre_n Arbeitgeber_in auf einen behinderungsgerechten Arbeitsplatz (§ 81 Abs. 4 SGB IX).

§ 81 Abs. 4 SGB IX:

Die schwerbehinderten Menschen haben gegenüber ihren Arbeitgeber_innen Anspruch auf

- ▮ Beschäftigung, bei der sie ihre Fähigkeiten und Kenntnisse möglichst voll verwerten und weiterentwickeln können,
- ▮ bevorzugte Berücksichtigung bei innerbetrieblichen Maßnahmen der beruflichen Bildung zur Förderung ihres beruflichen Fortkommens,
- ▮ Erleichterungen im zumutbaren Umfang zur Teilnahme an außerbetrieblichen Maßnahmen der beruflichen Bildung,
- ▮ behinderungsgerechte Einrichtung und Unterhaltung der Arbeitsstätten einschließlich der Betriebsanlagen, Maschinen und Geräte sowie der Gestaltung der Arbeitsplätze, des Arbeitsumfeldes, der Arbeitsorganisation und der Arbeitszeit, unter besonderer Berücksichtigung der Unfallgefahr,
- ▮ Ausstattung ihres Arbeitsplatzes mit den erforderlichen technischen Arbeitshilfen unter Berücksichtigung der Behinderung und ihrer Auswirkungen auf die Beschäftigung.

Für öffentliche Arbeitgeber_innen bestehen für das Bewerbungsverfahren strengere Anforderungen: Öffentliche Arbeitgeber_innen müssen schwerbehinderte oder diesen gleichgestellte Menschen im Rahmen von Bewerbungsverfahren zu einem Vorstellungsgespräch einladen, wenn die fachliche Eignung nicht offensichtlich fehlt (§ 82 SGB IX).

Das BAG entschied im Jahr 2013, eine fehlende Einladung kann die gesetzliche Vermutung (§ 22 AGG) begründen, dass eine unzulässige Benachteiligung vorliegt. Für die durch den Verstoß gegen § 82 S. 2 SGB IX ausgelöste Vermutungswirkung ist es unerheblich, dass sich der Arbeitgeber im Übrigen gesetzeskonform verhalten hat, z. B. die gesetzlich vorgesehene Mindestbeschäftigungsquote schwerbehinderter Arbeitnehmer_innen eingehalten hat (vgl. BAG 24.1.2013 – 8 AZR 188/12). Hier schafft die Rechtsprechung des BAG also eine Beweiserleichterung im arbeitsrechtlichen AGG-Verfahren bei Nichteinhaltung einer sozialrechtlichen Vorschrift durch den/die (potenziellen) Arbeitgeber_in.

Es besteht außerdem ein besonderer Kündigungsschutz für diese Gruppe (§ 85 ff. SGB IX).

Schwerbehinderte Menschen – Übersicht Benachteiligungsverbot, Förderpflichten und Rechtsansprüche im Arbeitsleben
Beschäftigungspflicht § 71 SGB IX (objektiv-rechtliche Pflicht, kein individueller Anspruch)
Benachteiligungsverbot § 81 Abs. 2 SGB IX
Anspruch auf behinderungsgerechte Beschäftigung § 81 Abs. 4 SGB IX
Betriebliches Eingliederungsmanagement § 84 Abs. 2 SGB IX
Pflicht öffentlicher Arbeitgeber_innen: Einladung zum Vorstellungsgespräch § 82 SGB IX
Besonderer Kündigungsschutz § 85 ff. SGB IX

Weitere Informationen für Menschen mit Behinderung siehe bei den Literaturhinweisen und Links am Ende dieser Publikation.

4.2.7.2 Konkurrenz der Förderkriterien? – Fallbeispiel zu Geschlecht und Schwerbehinderung in der Arbeitsförderung

§ 7 Abs. 2 S. 1 LGG NRW, der wie alle Frauenförder- oder Gleichstellungsgesetze der Bundesländer und des Bundes nur für den öffentlichen Dienst gilt, bestimmt: „Bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung sind Frauen bei Begründung eines Arbeitsverhältnisses bevorzugt einzustellen, soweit in dem Zuständigkeitsbereich der für die Personalauswahl zuständigen Dienststelle in der jeweiligen Gruppe der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer weniger Frauen als Männer sind, sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen.“ Ein solcher Grund kann auch eine (Schwer-)Behinderung sein. Dies bedeutet: Auch wenn grundsätzlich Frauen bei gleicher Eignung bevorzugt einzustellen sind, kann ein männlicher Bewerber Vorrang haben, wenn bei diesem eine Schwerbehinderung vorliegt. In diesem Fall bedarf es einer umfassenden Einzelabwägung, welche dieser beiden Personen, für die jeweils ein Förderaspekt spricht, eingestellt oder befördert werden soll. Die jeweils abgelehnte Person kann über die Gründe der Abwägung von dem/der öffentlichen Arbeitgeber_in insoweit Auskunft verlangen, als es ggf. zur Ausräumung des Verdachts auf Diskriminierung erforderlich und sinnvoll ist (vgl. Auskunftsanspruch bei Bewerbung im öffentlichen Dienst, Kap. 3.3.1).

Im SGB IX findet sich keine Verpflichtung zur bevorzugten Einstellung oder Beförderung von Schwerbehinderten, auch wenn in Stellenanzeigen häufig von „besonderer“ Berücksichtigung die Rede ist. Zu beachten sind aber im öffentlichen Dienst die Verpflichtung zur Einladung Schwerbehinderter zum Vorstellungsgespräch (§ 82 SGB IX) und die Verpflichtung, zu prüfen, ob ein Arbeitsplatz (und auch eine Beförderungsstelle) für eine schwerbehinderte Person geeignet ist.

§ 83 SGB IX verpflichtet öffentliche wie private Arbeitgeber_innen, Integrationsvereinbarungen zur Eingliederung schwerbehinderter Menschen zu treffen. Die Integrationsvereinbarung wird mit der Schwerbehindertenvertretung geschlossen bzw. mit dem Betriebsrat (§ 93, § 83 Abs. 1 S. 3 SGB IX), wenn eine Schwerbehindertenvertretung nicht vorhanden ist. Diese Integrationsvereinbarungen müssen Regelungen zur angemessenen Beschäftigung behinderter Frauen enthalten (vgl. 83 Abs. 2 S. 2 SGB IX).

Gemäß § 83 Abs. 2 a Nr. 1 SGB IX können in der Integrationsvereinbarung Regelungen zur angemessenen Berücksichtigung schwerbehinderter Menschen bei der Besetzung freier, frei werdender oder neuer Stellen getroffen werden. Von dieser Möglichkeit haben die meisten öffentlichen Arbeitgeber_innen umfassend Gebrauch gemacht. Vielfach haben die Landesregierungen für die Beschäftigten des öffentlichen Dienstes Integrationsrichtlinien erlassen, die vorsehen, dass bei gleicher Eignung schwerbehinderten Bewerber_innen der Vorzug zu geben ist (vgl. z.B. Richtlinien zur Integration und Teilhabe schwerbehinderter Angehöriger der hessischen Landesverwaltung – Integrationsrichtlinien.) Entsprechende Regelungen bestehen für Beschäftigte von Bundesbehörden (vgl. z.B. Rahmenvereinbarung zur Integration schwerbehinderter und diesen gleichgestellten behinderten Menschen im Bundesministerium des Innern und in den Behörden seines Geschäftsbereichs (einschließlich Bundespolizei)).

4.2.7.3 Geschlecht und Alter in der Arbeitsförderung

In § 1 SGB II und SGB III Arbeitsförderung ist die Gleichstellung von Frauen und Männern als durchgängiges Prinzip verankert. Darüber hinaus gilt der Grundsatz der Vereinbarkeit von Familie und Beruf und es gelten Sonderregeln für Berufsrückkehrer_innen im SGB III (§ 11 Abs. 2 Nr. 2 SGB III). Individuelle Rechtsansprüche lassen sich aus diesen sehr allgemein formulierten Grundsätzen der Förderung nicht ableiten, allerdings sind diese Grundsätze bei der Ermessensausübung zu berücksichtigen. Ein Beispiel für die Problematik ist der Umgang mit sog. Nichtleistungsempfänger_innen. Wegen der Anrechnung von Einkommen und Vermögen des/der Partner_in hat diese Gruppe von Ar-

beitslosen keinen Leistungsanspruch auf Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II. Davon sind Frauen häufiger betroffen, weil sie häufiger als Männer einen Partner haben, der über ein ausreichend hohes Einkommen verfügt. Die auch vom Bundesrechnungshof im November 2012 kritisierte Steuerung der Arbeitsvermittlung über Ziele (u. a. Vermittlungsziele), die der Vermittlung von Nichtleistungsempfängerinnen bzw. -empfängern einen geringeren Stellenwert zuweisen als der Vermittlung von Arbeitslosen im Geldleistungsbezug, widerspricht wegen der Gefahr der mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts diesem Grundsatz.

§ 3 Abs. 2 SGB II legt eine besondere Förderung junger Menschen fest. Erwerbsfähige Leistungsberechtigte, die das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, sind unmittelbar nach Antragstellung auf Leistungen in eine Arbeit oder Ausbildung zu vermitteln. Können Leistungsberechtigte ohne Berufsabschluss nicht in eine Ausbildung vermittelt werden, soll die Agentur für Arbeit darauf hinwirken, dass die vermittelte Arbeit auch zur Verbesserung ihrer beruflichen Kenntnisse und Fähigkeiten beiträgt. Aus dieser Förderpflicht ergibt sich nicht automatisch die Berechtigung, ein Vermittlungsangebot abzulehnen, wenn es diesen Zielen im Einzelfall nicht entspricht; Betroffene können und sollten jedoch ihre Zweifel an der Förderlichkeit des Vermittlungsangebots bei der vermittelnden Stelle vorbringen.

4.3 Diskriminierungsschutz in öffentlichen Bereichen, außerhalb des Sozialrechts

In diesem Unterkapitel soll es um Diskriminierungen in **öffentlich-rechtlichen Bereichen**, d. h. durch **Polizei, Schule** und andere **Verwaltungsbehörden**, gehen. Für Diskriminierungen durch Jobcenter und Sozialämter siehe Kapitel 4.2.

4.3.1 Anwendbarkeit des AGG auf Diskriminierungen durch den Staat

Auch wenn § 2 AGG etwas anderes zu versprechen scheint, ist das AGG auf Diskriminierungen durch **staatliche Behörden** nur **in folgenden Fällen** anwendbar (vgl. ausführlich Kapitel 1):

- **Erstens:** Die Behörde handelt als Arbeitgeberin nach § 6 Abs. 2 AGG (vgl. Kapitel 3.1.), diskriminiert also z. B. bei der Kündigung eines/einer Angestellten.
- **Zweitens:** Die Behörde handelt als Dienstherrin nach § 24 AGG (vgl. ebenfalls Kapitel 3.1.) und diskriminiert z. B. bei der Einstellung eines/einer Beamt_in oder Richter_in. (Für Soldat_innen gelten die speziellen Vorschriften des SoldGG.)
- **Drittens:** Die Behörde ist Vertragspartei eines zivilrechtlichen Schuldverhältnisses nach § 19 Abs. 1 oder 2 AGG (vgl. Kapitel 3.2.) und diskriminiert z. B. beim Zugang zum städtischen Schwimmbad. Der zivilrechtliche Teil des AGG ist auch dort anwendbar, wo Teile der Verwaltung privatisiert und wie z. B. die Deutsche Bahn in eine Aktiengesellschaft umgewandelt worden sind.

In allen anderen Fällen müssen Betroffene gegen diskriminierendes Verhalten des Staates mit anderen Rechtsvorschriften außerhalb des AGG vorgehen.

4.3.2 Antidiskriminierungsrecht außerhalb des AGG

Abgesehen von der Rolle des Staates als Dienstherr (vgl. § 24 AGG) ist das AGG also auf staatliche Institutionen **nicht anwendbar**, wenn die Institution **hoheitlich** (also „als Staat“) handelt, wenn z. B. eine Beamtin eine bestimmte Leistung nicht gewährt, ein Polizist eine Passantin kontrolliert oder ein Lehrer eine bestimmte Zeugnisnote vergibt. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Betroffenen hier schutzlos wären, denn **alle staatlichen Behörden** sind an die **verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote** (z. B. Art. 3 Abs. 3 GG) und darüber hinaus an den **allgemeinen Gleichheitssatz** des Art. 3 Abs. 1 GG gebunden.

Auf Bundesebene verbietet Art. 3 Abs. 3 GG die Benachteiligung wegen des Geschlechts, der Abstammung, der „Rasse“, der Sprache, der Heimat und Herkunft, des Glaubens, der religiösen oder politischen Anschauungen und einer Behinderung (siehe dazu auch Kapitel 2.2.3). Diese Aufzählung umfasst – mit Ausnahme der sexuellen Identität und des Alters – die in § 1 AGG genannten Kriterien. Diskriminieren staatliche Stellen wegen der Religion oder Weltanschauung, wird häufig auch ein Eingriff in Art. 4 GG vorliegen, der die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses schützt und die ungestörte Religionsausübung gewährleistet.

Einige Bundesländer, wie z. B. Berlin und Brandenburg, haben inzwischen Diskriminierungen wegen der sexuellen Identität (Thüringen spricht von sexueller Orientierung) ausdrücklich in ihren **Landesverfassungen** verboten.

Bei der Frage, ob staatliches Handeln gegen ein (verfassungsrechtliches oder einfachgesetzliches) Diskriminierungsverbot verstößt, gilt im Grundsatz die gleiche Prüfungsreihenfolge wie im AGG (siehe Kapitel 3.1). Auch hier ist zu prüfen, ob

- I Erstens: eine (oder mehrere) geschützte **Diskriminierungskategorie(n)** betroffen ist/sind,
- I Zweitens: eine **benachteiligende Ungleichbehandlung** vorliegt und
- I Drittens: **nicht** die **Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes** erfüllt sind.

Besonderheiten bestehen in zweierlei Hinsicht:

- I **Erstens:** Anders als im AGG sind mögliche **Rechtfertigungsgründe** im Bereich des öffentlichen Rechts (also z. B. im Grundgesetz oder in den Schulgesetzen der Länder) häufig nicht explizit genannt, was zu Problemen und Unsicherheiten bei der Rechtsanwendung führt. Auch dort, wo ein Diskriminierungsverbot wie z. B. in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG („Niemand darf ... benachteiligt oder bevorzugt werden“) ohne Einschränkung formuliert ist, können Ungleichbehandlungen jedoch ausnahmsweise zulässig sein. Das gilt zunächst dort, wo sich der Grund für die Ungleichbehandlung unmittelbar aus der Verfassung ergibt. So kann die mit einer Quotenregelung zur Frauenförderung verbundene Benachteiligung von Männern gerechtfertigt sein, weil der Staat nach Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG die Pflicht hat, die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern zu fördern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken. Schon vor der Aufnahme dieser Staatszielbestimmung ins Grundgesetz im Jahre 1994 hatte sich nicht zuletzt durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Erkenntnis durchgesetzt, dass der Gleichberechtigungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 2 GG „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“ bereits ein Gebot beinhaltet, dass die staatlichen Gewalten zur Durchsetzung der formalrechtlichen Gleichberechtigung in die Wirklichkeit verpflichtet sind. Darüber hinaus hat das Bundes-

verfassungsgericht anerkannt, dass Ungleichbehandlungen wegen des Geschlechts zulässig sein können, soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind (BVerfGE 85, 191, 207 ff.). Aufgrund solcher zwingenden Gründe sind auch Ungleichbehandlungen aufgrund der anderen in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Kategorien denkbar.

- **Zweitens:** Auch dort, wo keine geschützte Diskriminierungskategorie des Art. 3 Abs. 3 GG betroffen ist, muss sich staatliches Handeln am **allgemeinen Gleichheitssatz** des Art. 3 Abs. 1 GG messen lassen. Nach diesem „Willkürverbot“ hat der Staat zunächst – vereinfacht gesagt – Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln. Für Diskriminierungsfälle bedeutet das, dass auch benachteiligende Ungleichbehandlungen, die z. B. an die Staatsangehörigkeit und damit an eine Kategorie anknüpfen, die nicht in den Diskriminierungsverboten (z. B. des Art. 3 Abs. 3 GG) genannt ist, unzulässig sein können. Die Anforderungen an eine Rechtfertigung einer solchen Ungleichbehandlung sind dabei umso höher, je ähnlicher die Kategorie den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmalen ist (siehe ausführlich in Kapitel 2.2.3).

Neben den bereits genannten verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverboten finden sich antidiskriminierungsrechtliche Vorgaben für die Verwaltung in einzelnen **Fachgesetzen** (z. B. den Schulgesetzen der Länder) sowie in den **speziellen Gleichstellungs- bzw. Gleichberechtigungsgesetzen** des Bundes und der Länder. Diese bestehen im Bund und in allen Bundesländern für die Kategorien Geschlecht und Behinderung und verbieten weitgehend übereinstimmend Diskriminierungen aus diesen Gründen. Die Gesetze zur Gleichstellung der **Geschlechter** betreffen den öffentlichen Dienst und ergänzen dort die Diskriminierungsverbote des AGG durch verbindliche **positive Maßnahmen** insbesondere in Form von Quotenregelungen und Förderplänen.

Gesetze des Bundes und der Länder zur Gleichstellung von **Menschen mit Behinderung** enthalten darüber hinaus Vorgaben für den Staat zur Herstellung von **Barrierefreiheit** baulicher Anlagen, Verkehrsmittel, technischer Gebrauchsgegenstände, Systeme der Informationsverarbeitung, akustischer und visueller Informationsquellen und Kommunikationseinrichtungen. Diese und andere

Lebensbereiche sind von den jeweiligen öffentlichen Stellen so zu gestalten, dass sie für Menschen mit Behinderung in der allgemein üblichen Weise, ohne besondere Erschwernis und grundsätzlich ohne fremde Hilfe zugänglich und nutzbar sind. Weitere Vorschriften zur Herstellung von Barrierefreiheit finden sich im Baurecht, im Gaststättenrecht und im Straßenrecht.

So schreibt § 8 Behindertengleichstellungsgesetz (BGG) z. B. die Herstellung von Barrierefreiheit in den Bereichen Bau und Verkehr vor. Insbesondere Neubauten des Bundes sollen entsprechend den allgemein anerkannten Regeln der Technik barrierefrei gestaltet werden. Wird von diesen Anforderungen abgewichen, ohne dass in gleichem Maße die Anforderungen an die Barrierefreiheit erfüllt werden, können die nach § 13 anerkannten Verbände ihr Verbandsklagerecht nutzen und feststellen lassen, dass die Verpflichtung zur Herstellung von Barrierefreiheit verletzt wurde.

Einige Bundesländer haben in den vergangenen Jahren sog. **Integrationsgesetze** erlassen, deren Ziel es u. a. ist, die gesellschaftliche Teilhabe von **Menschen mit Migrationshintergrund** zu verbessern und Diskriminierungen zu bekämpfen. Ein zentrales Instrument ist dabei die interkulturelle Öffnung der Verwaltung z. B. durch die Förderung interkultureller Kompetenz und die Steigerung des Anteils der Menschen mit Migrationshintergrund im öffentlichen Dienst.

4.3.3 Weitere rechtliche Anforderungen an staatliches Handeln

Staatliches Handeln ist durch Art. 20 Abs. 3 GG umfassend an Gesetz und Recht gebunden. Das bedeutet zum einen, dass der Staat nicht gegen die Gesetze, z. B. gegen die Diskriminierungsverbote in Art. 3 Abs. 3 GG oder in Fachgesetzen (z. B. den Diskriminierungsverboten in zahlreichen Schulgesetzen der Länder), verstoßen darf. Zum anderen muss staatliches Handeln, das in die Rechte der Bürger_innen eingreift (indem es sie z. B. verpflichtet, sich gegenüber der Polizei auszuweisen), auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, deren Voraussetzungen im konkreten Einzelfall auch erfüllt sein müssen.

4.3.3.1 Eingriff in persönliche Rechte

Häufig räumen Gesetze, die den Staat zu einem solchen belastenden Handeln berechtigen, ein sog. **Ermessen** ein, das es der Verwaltung ermöglichen soll, flexibel und angemessen auf die Besonderheiten der jeweiligen Situation zu reagieren.

So „kann“ die Bundespolizei nach § 22 Abs. 1a Bundespolizeigesetz zur Verhinderung unerlaubter Einreise in Zügen unter bestimmten Voraussetzungen jede Person kurzzeitig anhalten, befragen und verlangen, dass mitgeführte Ausweispapiere oder Grenzübertrittspapiere zur Prüfung ausgehändigt werden, sowie mitgeführte Sachen in Augenschein nehmen.

Ist die Bundespolizei nicht willens oder in der Lage, sämtliche Mitreisende eines Zuges zu kontrollieren, ermöglicht ihr das mit dem Wort „**kann**“ eingeräumte Ermessen (andere Ausdrücke sind „darf“, „ist befugt“) eine Auswahl der Reisenden, die sie überprüfen will. Sie ist jedoch bei der Ausübung ihres Ermessens, hier also bei der Frage, wen sie kontrolliert, keinesfalls frei, sondern insbesondere an die Grundrechte und damit wiederum an das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG und den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebunden. Eine Auswahl, die pauschal ohne konkrete Verdachtsanhaltspunkte an die Hautfarbe oder das Geschlecht anknüpft, ist daher ermessensfehlerhaft und damit rechtswidrig.

So lag der Fall, über den das VG Koblenz am 28.2.2012 zu entscheiden hatte: Der spätere Kläger befand sich in einem Regionalexpress der Deutschen Bahn AG auf der Bahnstrecke von Kassel nach Frankfurt/Main. Kurz vor dem planmäßigen Halt in Treysa (ca. 250 km von der nächstgelegenen Bundesgrenze entfernt) wurde der Kläger durch zwei uniformierte Beamte der Bundespolizei aufgefordert, sich auszuweisen. In der Folge entstand eine verbale Auseinandersetzung, die zu einem Strafverfahren wegen Beleidigung gegen den Kläger führte. Im Verlauf dieses Strafverfahrens äußerte der als Zeuge benannte Beamte der Bundespolizei zu der Kontrolle des Klägers, er halte sich nicht an ein bestimmtes Schema. Wenn er die Vermutung habe, ein Reisender komme nicht aus einem Schengen-Staat, er halte sich also möglicherweise illegal auf, frage er, wohin der Reisende fahre, und frage unter Umständen nach Ausweispapieren. Er spreche Leute an, die ihm als Ausländer erschienen. Dies richte sich nach der Hautfarbe, aber auch danach, ob der Reisende Gepäck bei sich habe oder ob er alleine irgendwo im Zug stehe. Der Kläger sei hierbei aufgrund seiner Hautfarbe ins Raster gefallen (Sachverhalt nach VG Koblenz v. 28.2.2012 – 5 K 1026/11).

Nach Auffassung des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz, das das anderslautende Urteil des VG Koblenz aufhob, war die Personenkontrolle wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG rechtswidrig. Im Namen der Bundesrepublik Deutschland entschuldigte sich die Bundespolizei bei dem Kläger.

4.3.3.2 Staatliche Leistungen

Diskriminierungen können nicht nur dort erfolgen, wo der Staat in die Rechte der Bürger_innen eingreift, sondern auch dort, wo er ihnen **Leistungen** (z. B. finanzielle Mittel) gewährt. Hier ist zu unterscheiden zwischen Leistungen, auf die ein gesetzlicher Anspruch besteht, und Leistungen, deren Gewährung im Ermessen der Behörde steht. Wird die Leistung im ersten Fall trotz Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen aus diskriminierenden Gründen verweigert,

ist dies rechtswidrig und die betroffene Person hat einen Anspruch auf diese Leistung. Hat die Behörde dagegen bei der Gewährung der Leistung ein Ermessen, hat eine diskriminierte Person lediglich Anspruch auf eine erneute – diesmal rechtmäßige und damit diskriminierungsfreie – Entscheidung.

Wird z. B. der Antrag eines muslimischen Verbands auf eine staatliche Unterstützungsleistung mit nicht näher begründeten „Sicherheitsbedenken“ verweigert, liegt darin ein Ermessensfehler, der zu einem Anspruch auf eine erneute Entscheidung des Antrags führt.

4.3.4 Rechtsschutz

Auch beim Rechtsschutz gegen staatliche Diskriminierungen sind Besonderheiten zu beachten. So ist zunächst zwischen dem sog. primären und dem sekundären Rechtsschutz zu unterscheiden. **Primärer** Rechtsschutz ähnelt den oben dargestellten Ansprüchen auf Beseitigung und Unterlassung der Beeinträchtigung. Hier wird unmittelbar die diskriminierende staatliche Maßnahme (oder deren Ablehnung) angegriffen. Kommt es zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung, sind in den meisten Fällen die Verwaltungsgerichte zuständig. **Sekundärer** Rechtsschutz ist vergleichbar dem Anspruch auf Schadensersatz und Entschädigung. Bürger_innen können hier nach den Grundsätzen des Staatshaftungsrechts, insbesondere bei Amtspflichtverletzungen von staatlichen Beschäftigten, Ersatz für den Schaden verlangen, den sie durch die Diskriminierung erlitten haben. Für diese Ansprüche sind die ordentlichen Gerichte, d. h. in erster Instanz die Landgerichte, zuständig (siehe ausführlicher unter: sekundärer Rechtsschutz).

Beide Formen des Rechtsschutzes werden in der Praxis dadurch erschwert, dass es anders als im Anwendungsbereich des AGG an ergänzenden Vorschriften insbesondere zur Beweislast, zur Unterstützung durch Verbände und zu Sanktionen fehlt; zudem setzt ein Schadensersatzanspruch schuldhaftes Handeln der Amtsperson voraus.

4.3.4.1 Primärer Rechtsschutz

Auf welche Weise eine diskriminierende staatliche Maßnahme angegriffen werden kann, hängt davon ab, in welcher **Form** der Staat gehandelt hat. Es wurde bereits einleitend darauf hingewiesen, dass der Staat öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich handeln kann. Handelt er privatrechtlich, ist grundsätzlich das AGG anwendbar (s. o.). Bei öffentlich-rechtlichem Verhalten ist zwischen Rechtsakten und Realakten zu unterscheiden. Während ein **Rechtsakt** (z. B. ein Verwaltungsakt) auf einen Rechtserfolg gerichtet ist (z. B. die Bewilligung einer Leistung), ist der **Realakt** (auch „schlichtes Verwaltungshandeln“ genannt) auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtet. Die Behörde warnt hier z. B. vor oder berichtet über eine Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft, worin ein Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung wegen der Religion oder Weltanschauung gesehen werden kann. Gegen einen solchen **Realakt** kann Klage auf Unterlassung und auf Beseitigung der dadurch geschaffenen Fakten erhoben werden. Darüber hinaus ist unter bestimmten Voraussetzungen auch die Feststellung der Rechtswidrigkeit möglich.

Bei **Rechtsakten** ist weiter zwischen Maßnahmen im Außenverhältnis, d. h. gegenüber Bürger_innen, und Maßnahmen innerhalb der Verwaltung zu unterscheiden. Auch Maßnahmen im **Innenverhältnis**, vor allem eine Verwaltungsvorschrift und eine Einzelanweisung, können diskriminierenden Charakter haben, wenn sie z. B. nur für eine bestimmte Bevölkerungsgruppe gelten.

So dürfen sich z. B. in der Stadt Potsdam Asylbewerber_innen nur dann eine Wohnung außerhalb der Sammelunterkunft mieten, wenn sie zuvor eine sog. „Wohnfähigkeitsprüfung“ bestanden haben. Diese Ungleichbehandlung gegenüber allen anderen Bevölkerungsgruppen wäre nur gerechtfertigt, wenn sie zur Erreichung des damit verfolgten Ziels geeignet, erforderlich und angemessen wäre. Zumindest an der Erforderlichkeit der Prüfung bestehen ernsthafte verfassungsrechtliche Zweifel, also daran, dass es kein milderes, gleichermaßen wirksames Mittel gibt.

Maßnahmen im Innenverhältnis können jedoch von den Bürger_innen nicht angegriffen werden. Erst wenn die Vorschrift oder Anweisung dazu führt, dass eine diskriminierende Maßnahme im Außenverhältnis ergriffen wird, z.B. eine bestimmte Auswahl getroffen worden ist, kann diese Entscheidung angegriffen werden.

Diese Maßnahmen im **Außenverhältnis** sind schließlich noch einmal danach zu unterscheiden, ob sie einen konkreten Einzelfall regeln (Verwaltungsakt oder Verwaltungsvertrag) oder ob sie für eine Vielzahl von Fällen gelten sollen (Rechtsverordnung oder Satzung):

Die wohl häufigste Handlungsform der Verwaltung ist der **Verwaltungsakt**, den das Gesetz als Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme definiert, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist (§ 35 VwVfG). Ein Verwaltungsakt kann nicht nur schriftlich ergehen, sondern auch mündlich erfolgen, wie z. B. bei der Anordnung eines Polizisten, eine kontrollierte Person möge sich ausweisen.

In der Regel kann und muss die betroffene Person gegen einen rechtswidrigen Verwaltungsakt innerhalb eines Monats bei der zuständigen Behörde Widerspruch einlegen, worauf in der dem (schriftlichen) Verwaltungsakt beigefügten Rechtsmittelbelehrung hingewiesen wird. Fehlt die Rechtsmittelbelehrung oder ist sie fehlerhaft, beträgt die Frist ein Jahr. Nach Einlegung des Widerspruchs prüft die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat, dann zunächst selbst, ob sie dem Widerspruch „abhilft“ und den Verwaltungsakt z. B. aufhebt. Anderenfalls leitet sie ihn an die nächsthöhere Behörde weiter (die sog. Widerspruchsbehörde), die den Verwaltungsakt dann noch einmal überprüft. Hält diese den Widerspruch für berechtigt, kann sie nun ihrerseits den Verwaltungsakt aufheben; anderenfalls weist sie den Widerspruch (schriftlich) zurück und bestätigt damit den Verwaltungsakt. Wird der Widerspruch zurückgewiesen, kann die betroffene Person – wiederum innerhalb eines Monats – **Anfechtungsklage beim Verwaltungsgericht** erheben. Das Gericht prüft dann seinerseits, ob der Verwaltungsakt rechtswidrig ist, und hebt ihn ggf. auf.

Grundsätzlich haben Widerspruch und Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung (§ 80 Abs. 1 VwGO). Das bedeutet, dass der Verwaltungsakt bis zur Entscheidung darüber nicht vollzogen wird und die Verwaltung noch „keine Fakten“ schaffen darf. Keine **aufschiebende Wirkung** tritt ein, wenn das öffentliche Interesse am Vollzug des Verwaltungsaktes überwiegt, was insbesondere bei Vollzugsmaßnahmen der Polizei regelmäßig der Fall sein wird (vgl. § 8 Abs. 2 VwGO). In diesen Fällen kann die Widerspruchsbehörde oder das Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung (auf Antrag) wiederherstellen (§ 80 Abs. 4 und 5 VwGO).

Auch wenn ein Verwaltungsakt (z. B. eine polizeiliche Maßnahme) bereits vollzogen wurde, kann das Verwaltungsgericht auf Antrag **feststellen, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig war** (§ 113 Abs. 1 S. 4 VwGO). Voraussetzung ist, dass der/die Kläger_in ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat. Ein solches Interesse wird insbesondere dann bejaht, wenn von der ursprünglichen Maßnahme eine diskriminierende Wirkung ausgeht, die auch nach deren Erledigung fortwirkt, eine wesentliche Grundrechtsposition beeinträchtigt wird oder ein Amtshaftungs- oder Entschädigungsprozess vorbereitet wird. Zumindest eine der Voraussetzungen wird in den meisten Fällen staatlicher Diskriminierung, die zugleich gegen Art. 3 Abs. 3 GG verstößt, vorliegen.

Gegen jedes (diskriminierende) Tun oder Unterlassen einer Behörde kann man sich darüber hinaus mit einer sog. **Gegenvorstellung** richten. Dabei handelt es sich um einen formlosen Rechtsbehelf, mit dem die Behörde (oder die jeweilige Aufsichtsbehörde) aufgefordert wird, das Handeln noch einmal auf Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen. Er ist nicht an eine bestimmte Frist gebunden und kann wiederholt eingelegt werden. Es gibt keinen Anspruch auf eine erneute Entscheidung, sondern lediglich auf eine Beantwortung, sofern die Gegenvorstellung nicht als rechtsmissbräuchlich eingestuft wird, was vor allem bei wiederholtem Einlegen der Fall sein kann.

Für den vermutlich eher seltenen Fall, dass ein diskriminierender **Verwaltungsvertrag** geschlossen worden sein sollte, kann sich dessen Ungültigkeit aus § 59 Abs. 1 VwVfG ergeben. Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag ist nichtig, wenn

sich seine Nichtigkeit aus der entsprechenden Anwendung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) ergibt. Bei einer Diskriminierung im Sinne des AGG oder des Art. 3 Abs. 3 GG wird regelmäßig ein Verstoß gegen § 134 BGB („gesetzliches Verbot“) vorliegen, der zu einem qualifizierten Fall der Rechtswidrigkeit und damit zur Nichtigkeit des Verwaltungsvertrages führt. Der Vertrag begründet dann keine Rechtswirkungen und die ggf. bereits erbrachten Leistungen sind zurückzuerstatten. Sind nur bestimmte Teile des Vertrages diskriminierend und ist anzunehmen, dass der Vertrag auch ohne die diskriminierende Regelung geschlossen wäre, so ist nur dieser Teil des Vertrages nichtig (vgl. § 139 BGB).

Dies wäre z.B. der Fall, wenn eine Behörde bei der Gewährung von Subventionen im Rahmen öffentlich-rechtlicher Verträge je nach Herkunft des/der Subventionsempfänger_in unterschiedliche strenge Bedingungen formuliert.

Noch unzureichend ist der Rechtsschutz gegenüber **Rechtsverordnungen** und **Satzungen**. So entscheidet das Oberverwaltungsgericht – wenn das jeweilige Landesrecht dies vorsieht – zwar über die Gültigkeit von Rechtsverordnungen der Landesbehörden und Satzungen der Gemeinden (§ 47 VwGO). Eine gesetzliche Regelung für die übrigen Fälle, z. B. bei rechtswidrigen Verordnungen des Bundes, fehlt dagegen bis heute.

Rechtsschutz gegen diskriminierende **Gesetze** besteht schließlich nur vor dem Bundesverfassungsgericht und, wenn es sich um Landesgesetze handelt, vor den Landesverfassungsgerichten. Um dorthin zu gelangen, muss zunächst gegen eine Maßnahme geklagt werden, die sich auf das diskriminierende Gesetz stützt. Erst wenn der Rechtsweg insoweit erschöpft ist, kann gegen das letztinstanzliche Urteil (z. B. des Bundesverwaltungsgerichts) Verfassungsbeschwerde erhoben werden. In deren Rahmen wird dann auch die Verfassungswidrigkeit des der Maßnahme zugrunde liegenden Gesetzes überprüft und die Gesetzesregelung ggf. für ungültig erklärt. Ein langer Weg, der sich über meh-

rere Jahre hinziehen kann. In seltenen Ausnahmefällen sind Verfassungsbeschwerden auch direkt gegen ein Gesetz möglich, wenn jemand darlegt, in einem Grundrecht verletzt zu sein, ohne dass es eines Vollziehungsaktes bedarf.

Schließlich sei auf das in Art. 17 GG und den Verfassungen der Länder geregelte **Petitionsrecht** verwiesen. Danach hat jede Person (auch Kinder, Ausländer_innen, Inhaftierte, Soldat_innen, unter Betreuung stehende Personen) das Recht, sich mit Bitten zur Gesetzgebung und Beschwerden an die zur Entscheidung befugten Stellen und Behörden zu wenden: an kommunale Ratsvertretungen, an die Parlamente der Bundesländer oder an den Deutschen Bundestag. Dort ist gem. Art. 45c GG der Petitionsausschuss für die Behandlung der an den Bundestag gerichteten Bitten und Beschwerden zuständig. Die Befugnisse des Ausschusses zur Überprüfung von Beschwerden sind im Gesetz über die Befugnisse des Petitionsausschusses geregelt.

Selbst im Anwendungsbereich der Antirassismusrichtlinie nicht anwendbar ist die **Beweislasterleichterung** des § 22 AGG, wonach die diskriminierte Person lediglich Indizien für das Vorliegen einer Diskriminierung beweisen muss. Zwar ist die Vorschrift richtlinienkonform auch auf Ansprüche außerhalb des AGG anwendbar, doch ist dabei zu berücksichtigen, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 8 Abs. 5 RL 2000/43/EG davon absehen können, die Beweislasterleichterung auf Verfahren anzuwenden, in denen dem Gericht oder der zuständigen Stelle die Ermittlung des Sachverhalts obliegt. Dieser sog. Untersuchungsgrundsatz gilt in Deutschland gemäß § 24 Abs. 1 VwVfG und § 86 Abs. 1 VwGO sowohl im Verwaltungsverfahren als auch im Verwaltungsprozess.

4.3.4.2 Sekundärer Rechtsschutz

Unabhängig von dem sogleich darzustellenden Anspruch auf Amtshaftung sei zunächst auf die Möglichkeit der **Dienstaufsichtsbeschwerde** hingewiesen. Dabei handelt es sich um einen Rechtsbehelf, mit dem die Verletzung einer Dienstpflicht eines/einer Amtsträger_in – dies wird aus den oben dargestellten Gründen bei einer Diskriminierung regelmäßig der Fall sein – gerügt werden kann. Die Beschwerde ist formlos und fristlos (nach Möglichkeit aber zeitnah) an den/die Vorgesetzte_n des/der Amtsträger_in oder an die Dienstaufsichtsbe-

hörde zu richten und muss innerhalb einer angemessenen Frist beantwortet werden. In der Beschwerde sollten der diskriminierende Vorgang und die dagegen erhobenen Bedenken kurz geschildert werden (siehe Musterschreiben im Anhang, 5.9). Gegen Beamt_innen kann aufgrund einer begründeten Dienstaufsichtsbeschwerde ein Disziplinarverfahren eingeleitet werden, bei Angestellten können die arbeitsrechtlichen Konsequenzen (z.B. Abmahnung, Kündigung) zur Anwendung kommen. Eine Dienstaufsichtsbeschwerde gegen das diskriminierende Verhalten eines/einer Richter_in ist an den/die jeweilige_n Gerichtspräsident_in zu richten. Dabei ist mit Blick auf die richterliche Unabhängigkeit zu berücksichtigen, dass die Überprüfung richterlicher Entscheidungen auf diesem Weg nicht möglich ist.

Da es in Deutschland noch immer kein Staatshaftungsgesetz gibt, dienen als Anspruchsgrundlage für die sog. **Amtshaftung der staatlich Handelnden** § 839 BGB und Art. 34 GG. Sind die Voraussetzungen dieser Vorschriften im Einzelfall erfüllt, so haftet der Staat anstelle der für ihn handelnden Person (z.B. Beamt_in, Angestellte oder Arbeiter_in im öffentlichen Dienst). Der Staat als Dienstherr oder Arbeitgeber kann sich das Geld aber unter bestimmten Voraussetzungen von dieser Person zurückholen. Ausgleichspflichtig gegenüber der geschädigten Person ist die Körperschaft (z.B. die Bundesrepublik Deutschland, ein Bundesland, eine Universität), in deren Dienst die Person stand, die die Diskriminierung begangen hat, es sei denn, die diskriminierende Person hat für die Behörde einer anderen Körperschaft gehandelt.

Der **Anspruch auf Amtshaftung** ist gegeben, wenn

- l 1. jemand in **Ausübung** eines ihm anvertrauten **öffentlichen Amtes**
- l 2. die ihm einem Dritten gegenüber obliegende **Amtspflicht**
- l 3. schuldhaft **verletzt**,
- l 4. dadurch einen **Schaden** verursacht, sofern
- l 5. **kein Haftungsausschlussgrund** vorliegt.

1. Für die Ausübung eines öffentlichen Amtes kommt es nicht auf die Rechtsstellung oder organisatorische Eingliederung, sondern allein darauf an, ob die handelnde Person mit der Wahrnehmung einer **hoheitlichen Aufgabe** betraut war und in diesem Zusammenhang (und nicht nur „bei Gelegenheit“) tätig ge-

worden ist. Wo dies nicht der Fall ist, die Person also privatrechtlich, d. h. nicht hoheitlich, gehandelt hat, sind Ansprüche nach dem AGG zu prüfen (siehe Kapitel 3).

2. Gegenstand der Amtspflicht ist es, sich **rechtmäßig** zu verhalten und die Grenzen eines ggf. eingeräumten Ermessensspielraums zu beachten. Diese Pflicht hat den erforderlichen „Drittbezug“ (Bezug zu einer Person außerhalb der Verwaltung) jedenfalls dort, wo in persönliche Rechte der diskriminierten Person eingegriffen wurde oder staatliche Leistungen vorenthalten wurden (vgl. 4.4.3).

3. Die Amtshaftung ist eine Verschuldenshaftung und setzt daher **vorsätzliches** oder zumindest **fahrlässiges** Verhalten voraus. Vorsatz bedeutet ein bewusstes Herbeiführen z. B. eines Sach- oder Vermögensschadens oder einer Beleidigung, fahrlässig handelt dagegen, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt (§ 276 BGB), wobei es nicht auf die handelnde Person, sondern auf den/die „pflichtgetreue_n Durchschnittsbeamte_in“ ankommt.

Bei rassistischen Diskriminierungen im Anwendungsbereich der im öffentlich-rechtlichen Bereich nicht umgesetzten Antirassismusrichtlinie ist zu berücksichtigen, dass die Sanktionen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen. Dies ist nach der Rechtsprechung des EuGH nur der Fall, wenn die zivilrechtliche Haftung verschuldensunabhängig ausgestaltet ist. Ob dies auch für den zivilrechtlich ausgestalteten und vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machenden Amtshaftungsanspruch zu gelten hat, ist bisher noch nicht entschieden (vgl. Kapitel 3.2.1).

4. Die diskriminierende Amtspflichtverletzung muss **ursächlich** für den eingetretenen Schaden sein. Dies kann zweifelhaft bei einer Ermessensentscheidung sein, die auch ohne die Diskriminierung so getroffen hätte werden müssen.

5. Die Haftung ist ausgeschlossen, wenn die diskriminierte Person es vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, zunächst im Wege des **primären Rechtsschutzes** gegen das beanstandete Verwaltungshandeln vorzugehen. So müsste

eine Person, deren Antrag auf Erteilung einer Gaststättenerlaubnis aus diskriminierenden Gründen abgelehnt worden ist, zunächst gegen die Versagung der Erlaubnis vorgehen, bevor sie Ansprüche auf Schadensersatz und Entschädigung geltend machen kann.

§ 839 BGB schließt andere deliktische Ansprüche (z.B. Ansprüche gegen die handelnde Person nach § 823 BGB) aus.

Über Amtshaftungsansprüche entscheiden die ordentlichen Gerichte (Art. 34 GG, § 40 Abs. 2 VwGO), und zwar die Landgerichte in erster Instanz (§ 71 Abs. 2 Nr. 2 GVG).

4.3.5 Möglichkeiten des Rechtsschutzes durch bestimmte staatliche Stellen

4.3.5.1 Rechtsschutz im Rahmen der Gewerbeaufsicht

Diskriminierendes Verhalten durch Gewerbetreibende, sei es gegenüber Beschäftigten, sei es gegenüber Kund_innen, verstößt in vielen Fällen gegen das AGG (siehe Kapitel 3), zum Teil darüber hinaus auch gegen das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht (siehe Kapitel 4.5). Bei schweren oder wiederkehrenden Verstößen kann sich hieraus die gewerberechtliche „Unzuverlässigkeit“ des/der Gewerbetreibenden ergeben, welche eine Gewerbeuntersagung nach sich ziehen kann.

Dies kann etwa der Fall sein, wenn eine Diskothek ihre – behördlich oder gerichtlich nachgewiesene – rassistische „Türpolitik“ trotz Abmahnung unverändert fortsetzt.

Erlangt eine Person oder ein Verband Kenntnis von diskriminierendem Verhalten einer/eines Gewerbetreibenden, sollte er/sie dies der **Gewerbeaufsichtsbehörde** melden. Diese Meldung ist kein Antrag auf Gewerbeuntersagung (einen solchen gibt es nicht), sondern lediglich eine Anregung gegenüber der Behörde, den Wahrheitsgehalt der Aussage, die Häufigkeit der Vorkommnisse etc. zu er-

mitteln. Hierfür wird sie dem/der Gewerbetreibenden Gelegenheit zur Äußerung geben, eventuell wird sie auch (verdeckt oder offen) ermitteln, z.B. mit Beschäftigten und Kund_innen sprechen. Welche Maßnahmen die Behörde im Einzelfall ergreift, steht in ihrem gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Ermessen. Stellt die Behörde die Unzuverlässigkeit fest, wird sie den/die Gewerbetreibenden abmahnen (also eine „Warnung“ vor einer Untersagung des Gewerbes aussprechen) oder eine Auflage erlassen mit dem Inhalt, dass das Verhalten zu unterlassen ist. Treten in dieser Phase erneut Vorfälle von Diskriminierung durch den/die Gewerbetreibenden auf, sollten auch diese der Gewerbeaufsichtsbehörde gemeldet werden. Entschließt sich die Behörde letztendlich mangels Wirksamkeit anderer Maßnahmen dazu, der verantwortlichen Person das Gewerbe zu untersagen, ist damit zu rechnen, dass der/die Gewerbetreibende dagegen Widerspruch einlegen bzw. die Gewerbeuntersagung später vor Gericht anfechten wird. Diese Klage vor dem Verwaltungsgericht richtet sich dann gegen die Behörde, die die Gründe für die Untersagung wegen Unzuverlässigkeit, d.h. die Verstöße gegen die Diskriminierungsverbote des AGG, nachweisen muss. Ein gerichtlich durchsetzbarer Anspruch darauf, dass die Behörde Ermittlungen aufnimmt und nach deren Abschluss eventuell eine Gewerbeuntersagung ausspricht, besteht nur dann, wenn es sich bei der diskriminierten Person um eine_n Beschäftigte_n des Gewerbes handelt.

4.3.5.2 Rechtsschutz durch die Polizei

In der konkreten Situation einer Diskriminierung, z.B. beim Besuch einer Gaststätte, kann es auch sinnvoll sein, die **Polizei** zu rufen. Diese kann schnell vor Ort sein und kann den Betroffenen in der konkreten Auseinandersetzung den Rücken stärken, indem die Polizei z.B. darüber aufklärt, dass eine diskriminierende Ausübung des Hausrechts unzulässig ist. Nach den sog. Privatschutzklauseln in den Polizeigesetzen des Bundes und der Länder ist die Polizei für den Schutz privater Rechte, also auch für die Durchsetzung von Ansprüchen aus dem AGG, nur dann zuständig, wenn gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne Hilfe der Polizei die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert würde. Die Maßnahmen der Polizei werden sich daher in der Regel darauf beschränken, den Vorfall aktenkundig zu machen und – wenn notwendig – die Gewerbeaufsicht zu informieren, die dann, wie oben dargestellt, Ermittlungen aufnehmen kann.

4.4 Diskriminierungsschutz im Strafrecht

Anders als z.B. in Frankreich oder in der Schweiz ist der Diskriminierungsschutz in Deutschland weitgehend zivilrechtlich geregelt (vgl. Kapitel 3 und 4.1.). Dies bedeutet jedoch nicht, dass diskriminierende Verhaltensweisen, insbesondere wenn dabei offen an eine der geschützten Kategorien angeknüpft wird, nicht auch strafrechtlich relevant sein können. Infrage kommt dabei vor allem eine Strafbarkeit wegen Beleidigung und – in extremen Fällen – wegen Volksverhetzung. Strafrechtlicher Diskriminierungsschutz setzt dabei im Unterschied zum AGG eine vorsätzliche individuelle Handlung voraus. Im Mittelpunkt der Strafverfolgung steht nicht in erster Linie die Genugtuung der geschädigten bzw. diskriminierten Person, sondern die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs (vgl. auch 2.2.2).

4.4.1 Beleidigung gemäß § 185 StGB

Eine Diskriminierung kann zunächst den Tatbestand der Beleidigung gemäß § 185 StGB erfüllen. Eine Beleidigung ist der Angriff auf die Ehre einer Person durch Kundgabe von Missachtung. Sie setzt danach die Äußerung von Missachtung oder Nichtachtung in dem Sinne voraus, dass dem/der Betroffenen der sittliche, personale oder soziale Geltungswert durch das Zuschreiben negativer Qualitäten ganz oder teilweise abgesprochen wird. Auch wenn die „bloße Ablehnung“ eines anderen noch keine Beleidigung darstellt, ist eine Zurückweisung jedoch dann als Missachtung zu werten, wenn sie ohne jeden sachlichen Grund z.B. unter Hinweis auf die Hautfarbe der anderen Person erfolgt. Denn hier wird der Eindruck erweckt, dass der zurückgewiesenen Person eine sonst als selbstverständlich vorausgesetzte Eigenschaft fehlt (BayObLG07.03.1983 – RReg 2 St 140/82, NJW 1983, S. 2040, 2041).

Eine **offene unmittelbare** Diskriminierung beinhaltet – egal ob schriftlich oder mündlich geäußert – ein negatives, die Minderwertigkeit der/des Betroffenen implizierendes Werturteil und wird auch von einem/einer objektiven Beobachter_in als Herabsetzung angesehen werden. Eine Beleidigung liegt nicht nur dann vor, wenn die Diskriminierung gegenüber der betroffenen Person geäußert wird, sondern auch dort, wo die diskriminierende Äußerung gegenüber

Dritten (z. B. bei einer Anweisung zur Diskriminierung oder im Rahmen eines Auswahlverfahrens) erfolgt.

Eine **verdeckte** Diskriminierung, bei der zum Beispiel der Zugang zu einer Diskothek unter dem – nicht auf den ersten Blick zu durchschauenden – Vorwand, nur Stammgäste hätten Zutritt, verweigert wird, ist dagegen nicht als Beleidigung strafbar, da es an der Äußerung von Miss- oder Nichtachtung fehlt.

Keine Beleidigung ist auch eine Bezeichnung, die nach allgemeinem Verständnis wertneutral ist, auch wenn sie im konkreten Fall beleidigend gemeint ist (z. B. Bezeichnung als „Homosexueller“, LG Tübingen v. 18.07.2012 – 24 Ns 13 Js 10523/11, NStZ-RR 2013, 10). Beleidigend kann dagegen die herabsetzende Bezeichnung als „Schwuchtel“ (a. a. O.) oder als „Jude“ sein, wenn sie in rassistischem Zusammenhang und diskriminierender Absicht erfolgt (OLG Celle 18.2.2003 – 22 Ss 101/02, NStZ-RR 2004, S. 107; vgl. auch: BVerfG 06.09.2000 – 1 BvR 1056/95, NJW 2001, 61).

Im Bereich **sexistischer Diskriminierungen** und Belästigungen sind als Beleidigung bewertet worden:

das sexuelle Bedrängen von Auszubildenden durch einen Ausbilder (BGH 18.09.1986 – 4 StR 432/86, NStZ 1987, S. 21), sexuell motivierte Berührungen (OLG Bamberg 28.09.2006 – 3 Ss 48/06, NStZ 2007, S. 96; OLG Hamm 27.11.2007 – 3 Ss 410/07, NStZ-RR 2008, S. 108 f.), das Ansinnen des Geschlechtsverkehrs gegen Entgelt (BGH v. 19.9.1991, 1 StR 509/91, NStZ 1992, S. 33), das unverlangte Zusenden von sexualbezogenen Veröffentlichungen (BGH 18.11.1957 – BGHSt 11, S. 67).

Dagegen hält der BGH an seiner Rechtsprechung fest, dass ein Angriff auf die sexuelle Selbstbestimmung nur dann den Tatbestand der Beleidigung erfüllt, wenn nach den gesamten Umständen in dem Verhalten des Täters zugleich eine von ihm gewollte herabsetzende Bewertung des Opfers zu sehen ist (BGH 16.02.2012 – 3 StR 13/12, NStZ-RR 2012, S. 206).

Die Beleidigung wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft. Erfolgt die Beleidigung in Form einer **Tätlichkeit**, worunter eine ehrverletzende körperliche Einwirkung auf die beleidigte Person verstanden wird (z. B. durch Anspucken oder Abtasten aus Anlass eines fingierten Diebstahlverdachts), erhöht sich die Höchststrafe auf zwei Jahre Freiheitsstrafe.

Auch wenn die Voraussetzungen einer Beleidigung vorliegen, ist zu berücksichtigen, dass bei deren strafrechtlicher Verfolgung in der Praxis erhebliche Hindernisse bestehen:

Zunächst wird eine Beleidigung nur von der Staatsanwaltschaft verfolgt, wenn die verletzte Person einen **Strafantrag** gestellt hat (§ 194 StGB). Im Unterschied zur Strafanzeige (§ 158 Abs. 1 StPO), die allein den Zweck hat, die Strafverfolgungsbehörden von potenziell strafbaren Handlungen in Kenntnis zu setzen und auch von vollkommen Unbeteiligten aufgegeben werden kann, ist der Strafantrag (§ 158 Abs. 2 StPO) die Erklärung des/der nach dem Gesetz (z. B. dem StGB) zum Strafantrag Befugten, dass er/sie die Strafverfolgung wünsche. Ausnahmen von diesem Antragerfordernis gelten für Angehörige von Opfergruppen der NS-Diktatur. Während Strafanzeigen auch online bei einer „Internetwache“ erstattet werden können (vgl. www.berlin.de/polizei/internetwache/indexmitc.php mit einer deutschlandweiten Übersicht), muss ein Strafantrag nach § 158 Abs. 2 StPO bei der Staatsanwaltschaft, der Polizei oder einem Gericht schriftlich gestellt oder bei der Staatsanwaltschaft oder einem Gericht zu Protokoll gegeben werden. Entscheidend ist nicht, ob der Antragsberechtigte das Wort „Strafantrag“ benutzt, sondern dass sich aus dem Vorbringen erkennen lässt, dass er die strafrechtliche Verfolgung einer bestimmten Tat verlangt. Der Antrag muss innerhalb einer Frist von drei Monaten, gerechnet ab dem Tag, an dem der/die Antragsberechtigte von der Tat und der Person des/der Täter_in Kenntnis erlangt hat, gestellt werden (§ 77b StGB). Er kann bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens zurückgenommen werden, danach jedoch nicht erneut gestellt werden (§ 77d StGB).

Auch wenn ein Strafantrag gestellt wurde, erhebt die Staatsanwaltschaft jedoch nur Anklage, wenn sie ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung feststellt (§ 376 StPO). Andernfalls muss die beleidigte Person selbst den Straf-

prozess im Wege der **Privatklage** (§ 374 StPO) führen. Die Privatklage ist ein Verfahren vor dem Amtsgericht als Strafgericht, in dem der/die Verletzte einer Straftat als Ankläger_in an Stelle der Staatsanwaltschaft auftritt. Der/Die Privatkläger_in hat die Pflicht, wahrheitsgemäße Angaben zu machen, braucht aber – anders als die Staatsanwaltschaft – keine den/die Beschuldigten entlastende Umstände vorzutragen. Außerdem muss der/die Privatkläger_in keine eigenen Ermittlungen anstellen, um die angeklagte Tat zu belegen; das übernimmt das Gericht. Die Staatsanwaltschaft ist zur Mitwirkung an der Privatklage nicht verpflichtet, kann aber bis zum Eintritt der Rechtskraft des Urteils jederzeit die Verfolgung übernehmen (§ 377 StPO).

Die Erhebung der Klage durch die verletzte Person ist erst zulässig, nachdem von einer durch die Landesjustizverwaltung bestimmten Vergleichsbehörde (in den meisten Bundesländern sind das die Schiedsämter bzw. Schiedspersonen) erfolglos ein sog. **Sühneversuch** durchgeführt wurde (§ 380 StPO). Nach Eingang der Anklageschrift gibt das Gericht dem/der Beschuldigten innerhalb einer bestimmten Frist die Gelegenheit, sich zu den Vorwürfen zu erklären, und entscheidet dann darüber, ob es das Hauptverfahren eröffnet oder die Klage zurückweist. In der Praxis machen die Gerichte häufig von der Möglichkeit Gebrauch, die Sache wegen geringer Schuld einzustellen (§ 383 StPO). Anderenfalls richten sich die Rechtsfolgen nach der Strafandrohung des jeweiligen Delikts. Auch die Privatklage kann jederzeit zurückgenommen werden, nach Beginn der Vernehmung des/der Angeklagten nur mit dessen/deren Zustimmung, dann aber nicht von Neuem erhoben werden (§§ 391 f. StPO). Die Gerichtskosten für eine Hauptverhandlung mit Urteil liegen in der ersten Instanz bei 140 € (KV GKG 3310). Hinzu kommen die eigenen und ggf. die Rechtsanwaltskosten des/der Angeklagten. Auch im Privatklageverfahren kann Prozesskostenhilfe beantragt werden. Die Kosten des vorgeschalteten Sühneversuchs liegen bei max. 25 € (zzgl. Auslagen der Beteiligten). Die strafrechtliche Verfolgung einer Beleidigung gemäß § 185 StGB ist daher regelmäßig mit erheblichem Aufwand, auch finanzieller Art, verbunden.

4.4.2 Volksverhetzung gemäß § 130 StGB

Denkbar ist darüber hinaus der deutlich schärfere strafrechtliche Vorwurf der Volkverhetzung, die nach § 130 Abs. 1 StGB mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis fünf Jahren bestraft wird. Dieser Tatbestand setzt voraus, dass der Täter in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, zum Hass gegen eine nationale, „rassische“, religiöse oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmte Gruppe, gegen Teile der Bevölkerung oder gegen Einzelne wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung aufstachelt oder zu Gewalt oder Willkürmaßnahmen gegen sie auffordert (§ 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB) oder die Menschenwürde anderer dadurch angreift, dass er eine der genannten Gruppen, Teile der Bevölkerung oder Einzelne wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer dieser Gruppen oder zu einem Teil der Bevölkerung beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet (§ 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB).

Ein „Aufstacheln zum Hass“ im Sinne der Nr. 1 setzt eine „Stimmungsmache“ voraus, die objektiv geeignet und subjektiv dazu bestimmt ist, eine gesteigerte, über die bloße Ablehnung oder Verachtung hinausgehende feindselige Haltung gegen die betreffende Gruppe zu erzeugen oder zu steigern.

Als Volksverhetzung in diesem Sinne angesehen wurden z.B. die Darstellung von Asylbewerber_innen als betrügerische Sozialschmarotzer_innen (OLG Karlsruhe 2.3.1995 – 2 Ss 21/94, MDR 1995, 735), die Veröffentlichung eines „100-Tage-Programms für Deutschland“ mit der Forderung, Ausländer von der Beschäftigung auszuschließen (BGH 08.08.2006 – 5 StR 405/05, NStZ 2007, S. 216), und die Parole „Ausländer raus“, die aus einer Gruppe von Skinheads mit „Reichskriegsflagge“ gerufen wurde (OLG Brandenburg 28.11.2001 – 1 Ss 52/01, NJW 2002, S. 1440).

Diskriminierungen, wie z.B. die Weigerung eines Türstehers, einer Person wegen ihrer Hautfarbe Zugang zu einer Diskothek zu gewähren, allein erfüllen diese Voraussetzungen in der Regel nicht, bringen sie doch eher eine Geringschätzung der individuellen Person als ein „Aufstacheln“ Dritter zum Ausdruck. Auch eine „Aufforderung zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen“ wird regelmäßig nicht vorliegen, da entsprechende Maßnahmen (wie z.B. Gewaltakte, Pogrome) Gegenstand der Aufforderung sein müssen. Etwas anderes wird jedoch gelten, wenn weitere Umstände hinzutreten, wie dies bei einem Urteil des OLG Frankfurt/Main vom 8.1.1985 (5 Ss 286/84) der Fall war: Der angeklagte Gastwirt hatte nicht nur ein zweisprachiges Schild mit der Aufschrift „Türken dürfen dieses Lokal nicht betreten“ aufgehängt (das allein die Voraussetzungen des § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht erfüllte), sondern auch gegenüber einem Passanten, der ihn auf das Schild ansprach, erwidert: „Selbstverständlich, die können hier nicht rein; nur ein toter Türke ist ein guter Türke.“

Liegt eine Tathandlung im Sinne des § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht vor, bleibt zu prüfen, ob die Voraussetzungen eines „Beschimpfens“ bzw. „böswilligen Verächtlichmachens“ gemäß § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB vorliegen. Dafür ist mehr als die für eine Beleidigung vorausgesetzte Äußerung von Missachtung oder Nichtachtung erforderlich; vielmehr muss das Recht der Angegriffenen bestritten werden, als gleichwertige Persönlichkeit in der staatlichen Gemeinschaft zu leben. Während unter einem „Beschimpfen“ eine nach Inhalt und Form besonders verletzende Kundgabe der Missachtung zu verstehen ist, betrifft das „böswillige Verächtlichmachen“ Äußerungen, in denen die Betroffenen aus verwerflichen Beweggründen als der Achtung der Bürger_innen unwert und unwürdig hingestellt werden. Eine Volksverhetzung in diesem Sinne liegt z.B. vor, wenn Angehörige einer bestimmten Bevölkerungsgruppe mit Tieren gleichgesetzt werden (OLG Stuttgart 19.5.2009 – 2 Ss 1014/09, NStZ 2010, S. 453).

Auch diese Voraussetzungen werden in Fällen mittelbarer oder verdeckter unmittelbarer Diskriminierung (z.B. „keine freien Plätze“) meist nicht gegeben sein, ist für den Erklärungswert einer solchen Äußerung doch auf eine_n

unbefangene_n Durchschnittsempfänger_in und nicht auf die (diskriminierende) Motivation des/der Erklärenden (z.B. des Türstehers) abzustellen. Anders verhält es sich dagegen, wenn der/die Diskriminierende einzelne Gruppen unter ausdrücklichem Hinweis z.B. auf ihre Hautfarbe oder Nationalität ausschließt. Wer ein Gewerbe betreibt, bringt damit der Allgemeinheit gegenüber zum Ausdruck, dass grundsätzlich jede_r als Kund_in willkommen ist. Wird jemand ohne erkennbaren sachlichen Grund zurückgewiesen, so wird der Eindruck erweckt, dass diese Person allein aufgrund ihrer Hautfarbe oder Herkunft für nicht wert erachtet wird, bedient zu werden. Die Auffassung des OLG Frankfurt/Main (5 Ss 286/84, NJW 1985, S. 1720), der Schildaufschrift „Türken dürfen dieses Lokal nicht betreten“ sei nicht zu entnehmen, warum Türken das Lokal nicht betreten dürfen, und sie erfülle daher für sich genommen nicht die Voraussetzungen des § 130 Abs. 1 StGB, übersieht, dass Türken dieses Lokal allein deshalb nicht betreten dürfen, weil sie Türken sind. Ohne Rücksicht auf ihre Individualität werden sie damit gegenüber allen anderen Bevölkerungsteilen herabgewürdigt. Entsprechende Zurückweisungen bringen zum Ausdruck, dass die Betroffenen Menschen minderen Ranges seien, denen nicht die Rechte zustehen, die sonst für jeden selbstverständlich sind. Sie enthalten die Behauptung, die Betroffenen seien es weder wert noch würdig, das Lokal zu besuchen.

In diesen Fallkonstellationen ist weiter zu prüfen, ob der/die Täter_in durch diese Handlungen zugleich die Menschenwürde anderer angreift. Es muss sich daher um eine Tat handeln, „die deshalb unmenschlich ist, weil sie das Menschentum des Angegriffenen bestreitet oder relativiert“ (BT-Drs. III/1746, S. 3). Jedenfalls seit der Neukonzeption des § 130 StGB als „allgemeiner Anti-Diskriminierungstatbestand“ im Jahr 1994 soll diese Einschränkung nach dem Willen des Gesetzgebers lediglich die Anwendung der Vorschrift auf legale politische, wirtschaftliche und soziale Auseinandersetzungen verhindern (BT-Drs. 12/6853, S. 24). Wer aber entgegen den Differenzierungsverböten von Art. 3 Abs. 3 GG und des AGG Teile der Bevölkerung pauschal von Angeboten, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, ausschließt, bestreitet damit in rechtlich unzulässiger Weise die soziale Subjektqualität der Personen und greift damit die Menschenwürde der diskriminierten Gruppe an.

Für eine von § 130 Abs. 1 StGB schließlich vorausgesetzte Störung des öffentlichen Friedens ist es erforderlich, dass – wiederum aus Sicht eines/einer objektiven Beobachter_in – in dem angegriffenen Bevölkerungsteil das Vertrauen in die öffentliche Rechtssicherheit erschüttert wird oder in einer gegenüber solchen Anreizen empfänglichen Gruppe die Neigung zur Beschimpfung geweckt wird. In den verbliebenen Fällen, die von der Rechtsprechung als einschlägig angesehen werden, wird öffentlich sichtbar ein Keil in die Bevölkerung getrieben und so der öffentliche Friede gefährdet. Ein Vertrauensverlust erwächst hier nicht zuletzt aus dem Gefühl der Hilflosigkeit gegenüber der diskriminierenden Zurückweisung. Die Voraussetzungen einer Volksverhetzung nach § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB liegen daher vor.

Auch wenn § 130 StGB damit durchaus die Möglichkeit bietet, gegen extreme Fälle von Diskriminierungen mit den Mitteln des Strafrechts vorzugehen, besteht bei den Strafverfolgungsbehörden in der Praxis große Zurückhaltung. Dies liegt nicht zuletzt an dem erheblichen Gewicht, das dem Recht auf freie Meinungsäußerung (Art. 5 GG) im Rahmen der Abwägung eingeräumt wird, was grundsätzlich zu begrüßen ist. Dass die einschränkende Interpretation der Vorschrift zulasten der Opfer volksverhetzender Äußerungen mitunter zu weit geht, hat der UN-Antirassismus-Ausschuss in seiner Entscheidung v. 04.04.2013 zur Einstellung des Ermittlungsverfahrens gegen Thilo Sarrazin wegen seines Interviews in *Lettre International* 2009 festgestellt. Der Ausschuss kommt darin zu dem Ergebnis, dass Deutschland seine Bevölkerung vor den rassistischen Äußerungen Sarrazins nicht ausreichend geschützt habe. Das damalige Vorstandsmitglied der Deutschen Bundesbank hatte sich in dem Interview verächtlich, herabwürdigend und verdinglichend über Menschen, insbesondere mit türkischem und arabischem Migrationshintergrund, geäußert. Die Einstellung des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens gegen Sarrazin verstieß nach Auffassung des Ausschusses gegen die UN-Anti-Rassismuskonvention (CERD).

Zum Nachlesen: Weitere Informationen zu den UN-Konventionen gegen Diskriminierung und zum Verfahren gegen Thilo Sarrazin finden sich auf der Homepage des Deutschen Instituts für Menschenrechte.

4.4.3 Belästigung der Allgemeinheit: § 118 OWiG

Schließlich können Diskriminierungen als Belästigung der Allgemeinheit die Voraussetzungen einer Ordnungswidrigkeit nach § 118 OWiG erfüllen. Dafür müsste eine „grob ungehörige Handlung“ vorliegen, „die geeignet ist, die Allgemeinheit zu belästigen“ und „die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen“. Das soll jedenfalls immer dann der Fall sein, wenn eine Handlung, die im deutlichen Widerspruch zur Gemeinschaftsordnung steht, unmittelbar geeignet ist, Dritten ein nicht nur geringfügiges Unbehagen zuzufügen und zugleich die Rechtsordnung zu beeinträchtigen. Dies dürfte bei offenen Diskriminierungen, für die oben bereits ein Verstoß gegen § 130 bzw. § 185 StGB angenommen wurde, zu bejahen sein.

Nach § 118 S. 2 OWiG kann die Belästigung der Allgemeinheit mit einer Geldstrafe geahndet werden. Dies jedoch nur, wenn die Handlung nicht nach anderen Vorschriften (z. B. § 185 StGB) bestraft werden kann. In der Regel ist für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten die Verwaltungsbehörde und nicht die Staatsanwaltschaft zuständig (vgl. § 35 OWiG). Wird eine Ordnungswidrigkeit angezeigt, liegt es – anders als bei einer Straftat – im Ermessen der Behörde, ob sie die Verfolgung aufnimmt (vgl. § 47 OWiG). Im Ergebnis ist festzustellen, dass lediglich die in der Praxis seltene offene Diskriminierung, bei der die Zurückweisung ausdrücklich mit den in § 1 AGG genannten Kriterien begründet wird, den objektiven Tatbestand von Verbotsnormen des StGB bzw. OWiG erfüllt.

4.4.4 Möglichkeiten der Opferentschädigung

Ist es bei der Beleidigung zu einer Tötlichkeit (s.o.) gekommen, kann dem Opfer – unabhängig von Ansprüchen gegen den/die Täter_in – ein Anspruch auf Versorgung nach dem **Opferentschädigungsgesetz** zustehen. Dies setzt voraus, dass die verletzte Person infolge des vorsätzlichen, rechtswidrigen tätlichen Angriffs oder durch dessen rechtmäßige Abwehr **eine gesundheitliche Schädigung** erlitten hat. In diesem Fall erhält sie wegen der gesundheitlichen und wirtschaftlichen Folgen auf Antrag Versorgungsleistungen nach dem Bundesversorgungsgesetz. Dies umfasst insbesondere Heilbehandlungen, Rentenleistungen und Leistungen mit Lohnersatzfunktion. Im Todesfall besteht Anspruch auf

Hinterbliebenenversorgung, Sterbe- und Bestattungsgeld. Der uneingeschränkte Anspruch setzt nach dem Wortlaut des Gesetzes allerdings voraus, dass das Opfer Deutscher oder Unionsbürger ist oder sich seit mindestens drei Jahren rechtmäßig in Deutschland aufhält. Der Entschädigungsantrag kann formlos gestellt werden. Der Ausgang eines Ermittlungs- oder Strafverfahrens braucht nicht abgewartet zu werden. Es gibt keine Antragsfrist; allerdings werden Leistungen grundsätzlich erst ab Antragstellung erbracht. Die Anträge nehmen die örtlich zuständigen Versorgungsbehörden entgegen.

Info-Material: Eine Liste der Versorgungsbehörden findet sich hier:
<http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/ser-anschriften.html;jsessionid=69AF2B5AA52897EDB93BCA33C06D44CC>.

Seit 2001 stellt der Deutsche Bundestag **Mittel zur Entschädigung von Opfern rechtsextremer Gewalt**, seit 2010 auch Mittel zur Entschädigung von Opfern extremistischer Übergriffe anderer Art (z. B. Linksextremismus, Islamismus) bereit. Diese sog. Härteleistung wird **aus Gerechtigkeitsgründen** gewährt und hat den Charakter einer Soforthilfe für das Opfer. Auf diese freiwillig übernommene Leistung besteht **kein Rechtsanspruch**. Die Leistung wird als einmalige Geldleistung gewährt und sowohl für Körperschäden als auch für Verletzungen des allgemeinen **Persönlichkeitsrechts**, insbesondere auch für **Beleidigungen**, gezahlt. Die Leistungen können sowohl deutsche Staatsbürger_innen als auch Ausländer_innen erhalten, die sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten. Das Opfer selbst kann ebenso Härteleistungen erlangen wie auch Hinterbliebene und sog. Nothelfer_innen, d. h. Personen, die bei der Abwehr eines extremistischen Übergriffs auf Dritte einen gesundheitlichen Schaden erlitten haben. Als extremistische Angriffe gelten insbesondere rechtsextrem, fremdenfeindlich, antisemitisch, islamistisch oder linksextrem motivierte Körperverletzungen, aber auch Fälle massiver Bedrohung oder Ehrverletzung. Sog. Härteleistungen können schon dann gewährt werden, wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit für einen extremistischen Übergriff spricht.

Info-Material: Ein Merkblatt des Bundesjustizamts findet sich hier:
https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Opferhilfe/Opferhilfe_node.html.

Darüber hinaus gibt es zahlreiche staatliche und private Einrichtungen auf der Ebene von Ländern und Gemeinden, die Opfer von Straftaten – zum Teil auch finanziell – unterstützen. Ein staatlicher Rechtshilfefonds für die Opfer von Diskriminierungen steht dagegen bisher nicht zur Verfügung.

4.5 Diskriminierung in Presse, Rundfunk, Internet und Werbung

Diskriminierungen durch mediale Darstellungen in Wort oder Bild können einerseits durch Bezugnahme auf konkrete Einzelpersonen auftreten. So zum Beispiel im Fall der Berichterstattung über eine Politikerin in sexistischer Weise. Mediale Darstellungen können aber auch abstrakt eine gesellschaftliche Gruppe diskriminieren – zum Beispiel, wenn in einer Print-Zeitung oder einem Online-Blog rassistisch gegen türkische Migrant_innen in Deutschland polemisiert wird, aber auch bei Werbung, die sich sexistischer Darstellungen bedient. Schließlich kann die Art und Weise der medialen Darstellung einer sozialen Gruppe gewollt und ungewollt diskriminierende Stereotype bedienen oder produzieren, zum Beispiel wenn bei der Berichterstattung über Straftaten immer dann die Staatsangehörigkeit der verdächtigten Person genannt wird, wenn sie nicht deutsch ist.

Die Diskriminierung kann in diesen Fällen in einer Persönlichkeitsrechtsverletzung bestehen, die bei einer konkreten Person eingetreten ist. Sie kann sich aber auch als diskursive Diskriminierung darstellen, die zu einem diskriminierenden gesellschaftlichen Klima beiträgt, das sich mittelbar nachteilig auf die Würde von Menschen auswirkt und den Anspruch auf Gleichbehandlung und gleiche Teilhabe an der Gesellschaft vereitelt.

Das AGG bietet in all diesen Fällen keinen Schutz. Trotzdem gibt es verschiedene gerichtliche und außergerichtliche Interventionsmöglichkeiten. Infrage kommen zivilrechtliche und strafrechtliche Reaktionen sowie Beschwerdemöglichkeiten, die sich aus Selbstverpflichtungen verschiedener Medienakteur_innen bzw. -verbände ergeben. In jedem Fall ist zu beachten, dass die Gegenseite sich auf ihre grundrechtlich geschützte Meinungsfreiheit, Pressefreiheit und im Fall von Satire auch auf die Kunstfreiheit (Art. 5 GG) berufen kann. Diese sind mit dem Persönlichkeitsrecht der diskriminierten Person aus Art. 1 und 2 GG abzuwägen.

4.5.1 Diskriminierende Darstellungen in Presse und Rundfunk

Während in der Alltagssprache unter **Presse** vor allem Zeitungen und Zeitschriften verstanden werden, umfasst der Begriff **im Rechtssinn** sämtliche Druckerzeugnisse (Bücher, Plakate, Flugblätter) und darüber hinaus auch andere Formen der Gedankenverkörperung wie z.B. Schallplatten, Kassetten oder CDs. Nicht zur Presse gehören dagegen „körperlose“ Massenmedien wie Fernsehen, Hörfunk und Internet (das gilt auch für Internetblogs von Zeitungen und Zeitschriften, vgl. insoweit 4.5.2).

Für die Gesetzgebung im Bereich des **Presserechts** sind in Deutschland die Bundesländer zuständig. Die 16 Landespressegesetze stimmen in ihren Grundsätzen weitgehend überein, die vor allem durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Recht auf Meinungs-, Presse- und Rundfunkfreiheit (Art. 5 GG) geprägt wurden. Zum Teil sind die Landespressegesetze auch auf den Rundfunk anwendbar. Das Recht des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist daneben durch Staatsverträge zwischen den Bundesländern (vor allem den sog. Rundfunkstaatsvertrag) geregelt, für den privaten Rundfunk gelten die Landesmediengesetze.

4.5.1.1 Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Journalismus

In allen Pressegesetzen (mit Ausnahme Hessens) wird die Presse dazu verpflichtet, Nachrichten vor ihrer Verbreitung mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt auf Wahrheit, Inhalt und Herkunft zu prüfen. Diese **journalistische Sorgfaltspflicht** gilt auch für den Rundfunk, d.h. Radio und Fernsehen

(vgl. Rundfunkstaatsvertrag). Träger_in der Pflicht ist das jeweilige Presse- oder Medienorgan, das dann seinerseits seine Mitarbeiter_innen vertraglich zur Einhaltung verpflichtet.

Zu den Rechten Dritter, die bei der Berichterstattung zu beachten sind, gehört vor allem das **allgemeine Persönlichkeitsrecht**. Es muss jeweils eine Güterabwägung zwischen den Grundrechten der Meinungsfreiheit und Pressefreiheit einerseits und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht andererseits erfolgen. Dabei gilt: Je größer das öffentliche Interesse an einem Ereignis ist, desto eher wird bei einer gerichtlichen Überprüfung die Güterabwägung zugunsten der Meinungsäußerungs- und Pressefreiheit erfolgen. Auf der anderen Seite sind die Anforderungen an die Sorgfalt umso höher, je stärker durch die Berichterstattung in Persönlichkeitsrechte eingegriffen wird.

Zur weiteren Konkretisierung des Begriffs der Sorgfaltspflicht in den Landespressegesetzen kann auf die „Publizistischen Grundsätze“ des Deutschen Presserats, den sog. **Pressekodex**, zurückgegriffen werden (BGH 30.1.1979 – VI ZR 163/77, NJW 1979, S. 1041). Der Deutsche Presserat ist das Organ der freiwilligen Selbstkontrolle der Presse. In Ziffer 12 heißt es darin: „Niemand darf wegen seines Geschlechts, einer Behinderung oder seiner Zugehörigkeit zu einer ethnischen, religiösen, sozialen oder nationalen Gruppe diskriminiert werden.“ Dieses Diskriminierungsverbot wird durch „Richtlinie 12.1 – Berichterstattung über Straftaten“ weiter konkretisiert. Danach wird in der Berichterstattung über Straftaten „die Zugehörigkeit der Verdächtigen oder Täter zu religiösen, ethnischen oder anderen Minderheiten nur dann erwähnt, wenn für das Verständnis des berichteten Vorgangs ein begründbarer Sachbezug besteht. Besonders ist zu beachten, dass die Erwähnung Vorurteile gegenüber Minderheiten schüren könnte.“

Im Bereich des **öffentlich-rechtlichen Rundfunks** ist auf § 41 des Rundfunkstaatsvertrages zu verweisen, der die Programmgrundsätze regelt. Danach haben die Rundfunkprogramme „die Würde des Menschen sowie die sittlichen, religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen anderer zu achten. Sie sollen die Zusammengehörigkeit im vereinten Deutschland sowie die interna-

tionale Verständigung fördern und auf ein diskriminierungsfreies Miteinander hinwirken.“ Für den privaten Rundfunk gelten u.a. die folgenden allgemeinen Programmgrundsätze: die Achtung und der Schutz der Menschenwürde, die Achtung der sittlichen, weltanschaulichen und religiösen Überzeugung, die Achtung der Rechtsordnung und die journalistischen Sorgfaltsgebote.

Bei Verletzung der journalistischen Sorgfaltspflicht können **Ansprüche auf Unterlassung, Widerruf, Schadensersatz und Entschädigung** gegen den/die Verleger_in, unter bestimmten Voraussetzungen gegen den/die Herausgeber_in und gegen den/die Redakteur_in geltend gemacht werden. Im Streitfall sind die Zivilgerichte, d.h. die Amts- und Landgerichte, zuständig.

4.5.1.2 Jugendmedienschutz

Weitergehende Anforderungen bestehen im Bereich des **Jugendmedienschutzes**. Ziel ist es, Kinder und Jugendliche vor „sozialethischer Desorientierung“ zu bewahren, worunter eine der Werteordnung des Grundgesetzes krass widersprechende sozialethische Haltung verstanden wird. Zu den maßgeblichen verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen gehören dabei neben der Menschenwürde und dem Persönlichkeitsrecht auch die Diskriminierungsverbote (BVerfGE 90, S. 1, 19). Zu den Instrumenten des Jugendmedienschutzes gehören insbesondere die Indizierung, d.h. die Erstellung einer Liste von Medienprodukten, die für Jugendliche nicht geeignet sind (mit der Folge eines Abgabe-, Verbreitungs- und Werbeverbots), und die Alterskennzeichnung. Zur Anzeige eines Verstoßes gegen den Jugendmedienschutz, siehe unten 4.5.2.

4.5.1.3 Besondere presserechtliche Behelfe

Mit dem **Recht auf Gegendarstellung** und der **Beschwerde beim Deutschen Presserat** stehen zudem zwei spezielle außergerichtliche Reaktionsmöglichkeiten auf diskriminierende Berichterstattung zur Verfügung:

Die Landespressegesetze verpflichten den/die verantwortlichen Redakteur_in und den/die Verleger_in zum Abdruck einer **Gegendarstellung jeder Person oder Stelle, die durch eine in der Zeitung oder Zeitschrift aufgestellte Tatsachenbehauptung betroffen ist**. Die Gegendarstellung muss innerhalb von drei

Monaten nach der Veröffentlichung eingehen. Sie ist in der auf die Zusendung folgenden Ausgabe in der gleichen Aufmachung wie die Tatsachenbehauptung kostenlos zu veröffentlichen. Ausnahmen von der Gegendarstellungspflicht bestehen insbesondere dort, wo es an einem sog. berechtigten Interesse fehlt. Nicht veröffentlicht werden müssen offensichtlich unwahre oder irreführende Darstellungen sowie Texte, die einen unangemessen großen Umfang haben. Vergleichbare Regelungen zur Gegendarstellung bestehen auch für den Rundfunk.

Nach der Beschwerdeordnung des Deutschen Presserates ist **jeder_r berechtigt, sich beim Presserat über Veröffentlichungen in der deutschen Presse zu beschweren**. Die Beschwerde muss schriftlich erhoben werden und einen Beschwerdegrund (z.B. die Verletzung der o.g. Sorgfaltspflichten) erkennen lassen. Sie soll innerhalb eines Jahres erhoben werden und ihr soll die beanstandete Veröffentlichung (in Kopie) beigelegt werden. Ist die Beschwerde zulässig und begründet, kann der Presserat einen Hinweis, eine Missbilligung oder eine Rüge aussprechen. Rügen sind nach Ziffer 16 des Pressekodex in den betroffenen Publikationsorganen abzudrucken.

Beschwerden über Beiträge des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sind an die **Rundfunkräte** der jeweiligen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt zu richten. In diesen Aufsichtsgremien sind Mitglieder verschiedener gesellschaftlich relevanter Gruppen vertreten, die per Mehrheitsbeschluss über den jeweiligen Programmverstoß entscheiden. Verstöße privater Rundfunkanbieter gegen die allgemeinen Programmgrundsätze können in Form einer sog. **Programmbeschwerde bei den Landesmedienanstalten** gerügt werden. Die Beschwerde ist auch online möglich (<http://www.programmbeschwerde.de/programmbeschwerde>).

4.5.2 Diskriminierende Darstellungen und Angriffe im Internet

Diskriminierende Äußerungen oder Darstellungen im Internet sind vielfältig und rechtlich nicht immer leicht zu erfassen. Der rechtliche Begriff für elektronische Informations- und Kommunikationsdienste lautet Telemedien. Dazu gehören fast alle Angebote im Internet, zum Beispiel Webportale, Webmail-Dienste, Podcasts, Chatrooms, Dating-Communities, private und gewerbliche

Websites und Blogs von Privatpersonen und staatlichen sowie nicht staatlichen Organisationen, aber auch verlagsbezogene journalistische Dienste (das sind Online-Ausgaben oder Blogs von Printmedien, für die auch die presserechtlichen Vorschriften gelten, siehe oben 4.5.1). Die rechtlichen Rahmenbedingungen für Telemedien sind im Telemediengesetz (TMG, umgangssprachlich auch „Internetgesetz“) und im Rundfunkstaatsvertrag (RStV) geregelt. In § 54 Abs. 1 RStV heißt es: „Die Vorschriften der allgemeinen Gesetze und die gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der persönlichen Ehre sind einzuhalten.“ Das bedeutet, dass die allgemeinen zivilrechtlichen und strafrechtlichen Vorschriften auch bei diskriminierenden Äußerungen und Darstellungen im Internet gelten (siehe dazu Kapitel 4.1 und 4.4).

Benachteiligungen können sich aus diskriminierenden Darstellungen ergeben; sie können aber auch gezielt an Einzelpersonen oder Institutionen oder deren Internetpräsenzen adressiert sein, zum Beispiel wenn sog. Trolle oder Hater sexistische Kommentare mit zum Teil expliziter Beschreibung (sexualisierter) Gewalt bzw. Gewaltdrohungen auf feministischen oder antirassistischen Blogs posten, wenn auf Facebook antisemitische und rassistische Hetzkommentare veröffentlicht werden oder ein Lesbian- und Schwulenverband mit homophoben E-Mails „zugespamt“ wird.

Die Schwierigkeiten beim Vorgehen gegen Persönlichkeitsrechtsverletzungen ergeben sich zum einen aus der gesteigerten Anonymität im Netz. Die Daten der diskriminierenden Person sind nicht immer nachvollziehbar, zum Beispiel bei Foreneinträgen. Dann muss gegebenenfalls auf die für einen Blog redaktionell verantwortliche Person oder auf den/die Internetdiensteanbieter_in (Provider) zurückgegriffen werden. Ein weiteres Problem ist die große Schnelligkeit und Multiplizität von Äußerungen im Netz. Eine Persönlichkeitsrechtsverletzung kann sich zum Beispiel aus einem „Shitstorm“ ergeben, also einer unkontrollierten, unüberschaubaren Vielzahl von beleidigenden und aggressiven Blogbeiträgen oder -kommentaren, Twitternachrichten oder Facebook-Meldungen in sehr kurzer Zeit, die zum Teil auch erst in ihrer Gesamtheit zu einer rechtlich relevanten Persönlichkeitsrechtsverletzung führen. Hier stoßen langsame rechtliche Verfahren an ihre Grenzen. Deshalb ist es sinnvoll, auch außerrechtliche Beschwerdemöglichkeiten zu nutzen.

Im Folgenden wird dargestellt, welche Rechtsgrundlagen für ein Verbot von Diskriminierung bzw. für einen Anspruch bei Diskriminierung existieren und wer gegebenenfalls haftbar zu machen ist. Daran anschließend werden jeweils außergerichtliche Interventionsmöglichkeiten benannt.

4.5.2.1 Strafrecht: Persönlichkeitsrechtsverletzungen und Stalking

Wer durch eine telemediale Darstellung als konkrete Person adressiert und wegen einer Diskriminierungskategorie herabgesetzt wird, kann dagegen Strafanzeige erheben wegen Beleidigung oder wegen Volksverhetzung, wenn die im Kapitel 4.4 geschilderten Voraussetzungen vorliegen. Bei Beleidigungen muss zudem immer zusätzlich ein Antrag auf Strafverfolgung gestellt werden, § 194 StGB. Eine Beleidigung in einem öffentlichen Medium, das auch Dritte zur Kenntnis nehmen, wiegt schwerer als eine Beleidigung im privaten Rahmen, sodass hier ein öffentliches Interesse an einer Strafverfolgung besteht.

Beleidigungen und diskriminierende Hassreden, die sich nicht gegen eine konkrete Person richten, können nur dann als strafrechtlich verfolgt werden, wenn sie als „Kollektivbeleidigungen“ anerkannt sind, sich also gegen abgrenzbare Teile der Bevölkerung richten.

Gegen antisemitische Online-Beiträge kann auch im Fall generalisierender abwertender Darstellungen von „den Juden“ vorgegangen werden, da diese laut ständiger Rechtsprechung vor dem Hintergrund der gemeinsamen historischen Verfolgungserfahrung zu einer abgrenzbaren Bevölkerungsgruppe geworden sind (BGH 18.09.1979 – VI ZR 140/78). Gleiches gilt für „die in Deutschland lebenden Ausländer, partiell darunter insbesondere die Asylbewerber“ (BGH 08.08.2006 – 5 StR 405/05).

Eine Tat ist nach den Regelungen des Strafgesetzbuches immer dort begangen, wo ihr sog. Erfolg eingetreten ist. Bei einer im Ausland diskriminierenden Hetze über das Internet tritt der Erfolg, die Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens, nach Auffassung des BGH auch in Deutschland ein, §§ 130, 3, 9 StGB.

Die öffentliche Leugnung des Holocaust in einem auf dem Video-Portal „Youtube“ veröffentlichten Videointerview ist nach § 130 StGB strafbar, unabhängig davon, ob das Video ggf. im Ausland aufgenommen wurde (LG Regensburg 23.09.2013 – 4 Ns 102 Js 1410/2009).

Diskriminierende Äußerungen über „die Türken“ oder „die Muslime“ in öffentlichen Medien können ebenfalls die Straftatbestände der Volksverhetzung bzw. Beleidigung erfüllen.

Der UN-Antirassismus-Ausschuss hat beispielsweise entschieden, dass die Äußerungen von Thilo Sarrazin über Migrant_innen aus der Türkei und arabischen Ländern rassistisch und volksverhetzend im Sinne der UN-Antirassismuskonvention seien, und die Einstellung des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft scharf kritisiert (UN-Antirassismus-Ausschuss, 04.04.2013 – CERD/C/82/D/48/2010, Communication No. 48/2010).

Der Tatbestand der Volksverhetzung ist auch erfüllt, wenn durch eine Plakataktion im Internet schwarze Menschen als nutzlos, verachtenswert und minderwertig dargestellt werden (LG Freiburg (Breisgau) 26.07.2010 – 7 Ns 460 Js 4600/09, 7 Ns 460 Js 4600/09 AK 114/09, 7 Ns 460 Js 4600/09 AK 114/09).

Auch Hetze gegen Schwule oder Lesben kann als Hetze gegen „Angehörige des homosexuellen Bevölkerungsteils“ den Straftatbestand der Volksverhetzung erfüllen. Nach neuerer Rechtsprechungstendenz stellen frauenverachtende Beschimpfungen ebenso Straftaten gegen eine abgrenzbare Personenmehrheit dar. Das Amtsgericht Düsseldorf verurteilte den Betreiber eines Online-Männerforums in einer Bußgeldsache, weil er Frauen als Personenmehrheit beleidigt hatte bzw. entsprechende sexistische Einträge auf der Webseite nicht gelöscht hatte (AG Düsseldorf, 18.01.2013 – 301 OWi 80 Js 903/12-353/12).

Die willentliche und wiederholte (beharrliche) Verfolgung und Belästigung einer Person durch diskriminierende und bedrohende E-Mails, Blogeinträge oder Postings auf deren Facebookseite kann den Straftatbestand der Nachstellung (Stalking, § 238 StGB) erfüllen. Zudem sollte die betroffene Person beim Amtsgericht auf Grundlage des Gewaltschutzgesetzes Schutzanordnungen gegen die stalkende Person erwirken.

4.5.2.2 Zivilrecht: Unterlassungen und Entschädigungsansprüche

Bei diskriminierenden Darstellungen und Angriffen im Internet, die das eigene Persönlichkeitsrecht verletzen, kommen Beseitigungs- und Unterlassungs- sowie Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche nach §§ 823, 1004 BGB analog in Betracht. Diskriminierende Darstellungen in Medien, die einen Straftatbestand erfüllen, stellen zugleich einen Verstoß gegen § 823 Abs. 2 BGB dar.

Bei öffentlich zugänglichen Äußerungen im Internet findet eine Abwägung zwischen dem Persönlichkeitsrecht der Betroffenen einerseits und der Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 GG andererseits statt. Von der Meinungsfreiheit sind zum einen Werturteile umfasst, also Aussagen, die Ausdruck eines subjektiven Empfindens sind („Ich fühle mich durch Männer bedroht“). Geschützt sind zum anderen auch wahre (also beweisbare) Tatsachenbehauptungen. Der Schutz der Meinungsfreiheit überschreitet die Grenze zur sog. Schmähkritik, wenn es sich um Werturteile handelt, bei denen nicht die kritische Äußerung, sondern die Herabsetzung der Person im Vordergrund steht.

Die Bezeichnung einer Teilnehmerin eines Internetforums als „Schlampe“ ist auch dann eine Beleidigung, wenn in dem Diskussionsforum Äußerungen mit beleidigendem Charakter an der Tagesordnung sind (AG Rheinbach 12.02.96 – 2 Ds 397/95).

Während die Geltendmachung von Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen gute Erfolgsaussichten hat, sprechen die Gerichte eine Entschädigung in Geld bisher nur bei schwerwiegenden Persönlichkeitsrechtsverletzungen zu. Das Bundesverfassungsgericht hat mit einer Entscheidung aus dem Januar 2014 über eine Persönlichkeitsrechtsverletzung einer Politikerin auf dem Online-Blog einer bekannten deutschen Tageszeitung jedoch klargestellt, dass dem Persönlichkeitsrecht ein starkes Gewicht bei der Abwägung mit der Meinungsfreiheit zukommen muss.

Die Bezeichnung einer Politikerin, die für erotische Fotos für eine Zeitschrift posierte, als frustrierte und durchgeknallte Frau kann – abhängig vom Kontext – eine ehrverletzende Äußerung sein, die nicht mehr vom Grundrecht auf Meinungsfreiheit gedeckt ist. Die Beurteilungen treffen den innersten Intimbereich, ohne dass sie irgendeinen Tatsachenkern hätten und ohne Anknüpfungspunkt zum Verhalten der Betroffenen. Die Ablehnung eines Unterlassungs- und Entschädigungsanspruchs durch ein Gericht ist mit dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Beschwerdeführerin nicht vereinbar (BVerfG Beschluss vom 11.12.2013 – 1 BvR 194/13).

4.5.2.3 Arbeitsplatz: Anspruch auf Schutz

Bei internetbezogenen Diskriminierungen im Kontext des Arbeitsverhältnisses besteht ein Anspruch gegenüber dem/der Arbeitgeber_in auf Schutz. Im Anwendungsbereich des AGG kann es sich um eine Belästigung oder sexuelle Belästigung handeln. Der/Die Arbeitgeber_in muss bei Kenntnis eingreifen und arbeitsrechtliche Maßnahmen gegen die diskriminierende Person ergreifen (siehe dazu Kapitel 3).

Äußerungen über den Dienstherrn im Internet, die diesen beleidigen und herabsetzen, können eine ordentliche Kündigung rechtfertigen. Das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung findet in diesem Fall seine Schranken in den Grundregeln des Arbeitsverhältnisses, insbesondere darf durch öffentliche Äußerungen des Beschäftigten nicht der Betriebsfrieden gestört werden (LAG Schleswig-Holstein 4.11.1998 – 2 Sa 330/98).

4.5.2.4 Wer haftet?

Unstrittig ist, dass **der/die tatsächliche Verfasser_in** für seinen bzw. ihren Beitrag haftet. Wenn z. B. **anonym** Einträge in Internetforen hinterlassen werden, muss die betroffene Person sich direkt an den/die **Blog-Betreiber_in oder Internetdienstanbieter_in** (Provider) wenden. Webmaster_innen sind eigenverantwortlich für ihre Inhalte und müssen im Internet eine ladungsfähige Anschrift bekannt geben (Impressumpflicht).

Die **Dienstanbieter_innen** sind zunächst verpflichtet, staatlichen Stellen **Auskunft** über die Daten von Nutzer_innen herauszugeben, wenn das zur Strafverfolgung notwendig ist. Das OLG Dresden stellte im Zusammenhang mit persönlichkeitsverletzenden Äußerungen im Internet fest, dass unabhängig davon gegen den/die Blogbetreiber_in ein Auskunftsanspruch von Privatpersonen über den/die Verfasser_in einer verletzenden Äußerung besteht:

„Stellt sich ein Kommentar in einem Blog als rechtswidriger Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Verletzten dar, unterliegt nämlich auch der Blogbetreiber ebenso wie ein Hostprovider unter bestimmten Voraussetzungen, namentlich bei Verletzung von Prüfpflichten, der allgemeinen Störerhaftung (...)“ (OLG Dresden 08.02.2012 – 4 U 1850/11).

Darüber hinaus kann der **Provider** selbst als sog. Störer_in **für das Verhalten Dritter haften**. Der BGH hat die Voraussetzungen der Hostproviderhaftung konkretisiert (BGH 25.10.2011 – VI ZR 93/10): Ein **Hostprovider** ist nicht verpflichtet, die von den Nutzer_innen ins Netz gestellten Beiträge vor der Veröffentlichung auf eventuelle Rechtsverletzungen zu überprüfen. Er/Sie ist aber verantwortlich, sobald er/sie Kenntnis von der Rechtsverletzung erlangt. Weist ein_e Betroffene_r den Hostprovider auf eine Verletzung seines Persönlichkeitsrechts durch den/die Nutzer_in eines Blogs hin, kann der Hostprovider als Störer verpflichtet sein, zukünftig derartige Verletzungen zu verhindern.

Dazu muss erstens der oder die Betroffene den ehrverletzenden Eintrag **beim Provider melden** und zweitens der **Hinweis so konkret formuliert sein**, dass ein rechtlicher Verstoß ohne weitergehende juristische oder tatsächliche Prüfung bejaht werden kann. Der/Die Blogbetreiber_in ist also unter Schilderung der Diskriminierung zur Stellungnahme und Löschung des Eintrages aufzufordern, dabei soll eine Frist gesetzt werden. Unterbleibt eine Stellungnahme innerhalb der Frist, ist eine weitere Prüfung nicht erforderlich, der Eintrag muss gelöscht werden. Stellt die für den Blog verantwortliche Person dagegen die Beanstandung infrage und bringt dafür nachvollziehbare Argumente, muss der Provider der betroffenen Person diese Informationen mitteilen und gegebenenfalls weitere Nachweise für die Diskriminierung anfordern.

Wenn die Daten der diskriminierenden Person bekannt sind, kann gegen diese auch noch direkt vorgegangen werden.

Immer dann, wenn die diskriminierende Person oder der Provider sein/ihr Verhalten nach Aufforderung nicht freiwillig und unverzüglich ändert, sollte aus Beschleunigungsgründen und um Prozesskosten zu sparen, zunächst eine **außergerichtliche Unterlassungsaufforderung** an diese geschickt werden (siehe dazu das Musterschreiben „Unterlassungserklärung“ im Anhang, vgl. 5.16).

4.5.2.5 Verstoß gegen den Jugendmedienschutz-Staatsvertrag

Verstöße gegen den Jugendschutzstaatsvertrag können zu strafrechtlicher Verfolgung durch die Staatsanwaltschaften führen oder von den Landesmedienanstalten durch Ahndung als Ordnungswidrigkeiten sanktioniert werden. Regelungsziel ist sowohl der Schutz von Kindern und Jugendlichen als auch von Erwachsenen vor Angeboten in Telemedien, die die Menschenwürde oder sonstige durch das Strafgesetzbuch geschützte Rechtsgüter verletzen (vgl. §§ 1, 2 Abs. 1 JMStV). Diskriminierende Inhalte, die dagegen verstoßen, können also bei der Polizei oder den Landesmedienanstalten (Kommission für Jugendmedienschutz) angezeigt werden. Ein Antrag auf ein Verfahren der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien kann nicht durch Privatpersonen erfolgen. Diese können sich jedoch an antragsberechtigte Stellen mit einem konkreten Hinweis wenden, dazu zählen die örtlichen Jugendämter sowie alle Behörden und anerkannten Träger der freien Jugendhilfe.

4.5.2.6 Beschwerden bei Internetanbietern

Immer mehr Internetplattformen besitzen eigene Richtlinien zu der Frage, welches Verhalten unerwünscht ist. So lautet die Selbstverpflichtung von Facebook gegen Hassreden: „Facebook erlaubt keine Hassbotschaften, (...) erlauben wir es einzelnen Personen oder Gruppen nicht, andere aufgrund ihrer Rasse, Volkszugehörigkeit, nationalen Herkunft, Religion, sexuellen Orientierung, Behinderung, ihres Gesundheitszustands oder Geschlechts anzugreifen.“ Wie effektiv und mit welchen Mitteln die Anbieter_innen gegen gemeldete Inhalte vorgehen, ist unterschiedlich. Die Webseite der Anti-Defamation League gibt einen Überblick über die Richtlinien und Beschwerdemöglichkeiten bekannter Internetanbieter_innen bei „hate speech“: <http://www.adl.org/combatting-hate/cyber-safety/c/cyber-safety-action-guide.html#UuZ0ufYwcy4>.

Eine Online-Beschwerde können Sie auch bei der Internet-Beschwerdestelle, einem gemeinsamen Projekt der Freiwilligen Selbstkontrolle Multimedia-Diensteanbieter und des Verbandes der deutschen Internetwirtschaft, melden: www.internet-beschwerdestelle.de.

4.5.3 Diskriminierende Darstellungen in der Werbung

4.5.3.1 Strafrecht – gegen sexistische und rassistische Darstellungen

Gegen sexistische Werbung konnte mit dem Strafrecht bisher nicht vorgegangen werden. Das LG Hamburg hatte 1979 Klagen gegen sexistische Werbung in einer großen Zeitschrift abgelehnt und damit begründet, dass Frauen nicht kollektiv beleidigungsfähig seien (LG Hamburg 26.07.1978 – 74 O 235/78).

Es scheint sich jedoch ein Wandel in der öffentlichen Wahrnehmung sexistischer Darstellungen in der Presse und im Internet abzuzeichnen (siehe oben Kapitel 4.4. Strafrecht), der auch auf diskriminierende Werbung übertragen werden kann. Eine Strafanzeige und ein Strafantrag wegen Beleidigung können also bei frauenverachtender Werbung durchaus sinnvoll sein.

Rassistische Werbung kann den Straftatbestand der Beleidigung erfüllen, da hier der Kollektiv-Bezug durch die Gerichte bereits bejaht wurde. Allerdings muss der verantwortlichen Person oder dem Unternehmen vorsätzlich rassistisch beleidigendes Handeln nachgewiesen werden. Hier muss im Einzelfall gut argumentiert werden, dass es sich ganz offensichtlich um eine rassistische Darstellung handelt; dann lässt sich erschließen, dass die verantwortliche Seite zumindest mit bedingtem Vorsatz gehandelt hat.

4.5.3.2 Zivilrecht

Eine Klage auf Beseitigung, Unterlassung und Entschädigung kommt nur in Betracht, wenn eine konkrete Einzelperson gegen ihren Willen auf eine Art und Weise zu Werbezwecken dargestellt wird, die ihr Persönlichkeitsrecht verletzt, zum Beispiel im Zusammenhang mit einem sexistischen Werbespruch.

Verstoß gegen das Wettbewerbsgesetz

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) schützt Mitbewerber_innen sowie Verbraucher_innen und sonstige Marktteilnehmer_innen vor unlauteren geschäftlichen Handlungen, dazu zählt auch Werbung. Mit dem UWG können Unterlassungs-, Beseitigungs-, aber auch Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden. Verbraucher_innen haben keine eigenen Ansprüche aus dem UWG, sie können sich aber an einen der Verbraucherschutzverbände

wenden und dort beschweren. Der Verbraucherschutzverband kann dann Ansprüche gegen das Unternehmen im Wege einer Abmahnung oder eines gerichtlichen Vorgehens durchsetzen. Eine Beschwerde über Wettbewerbsverstöße kann auch bei der Beschwerdestelle der Wettbewerbszentrale erfolgen, der größten bundesweit und grenzüberschreitend tätigen Selbstkontrollinstitution zur Durchsetzung des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb.

Der Bundesgerichtshof entschied, dass der Vertrieb von Likörfläschchen mit Etiketten, auf denen die Bezeichnungen „Busengrapscher“ bzw. „Schlüpferstürmer“ mit sexuell anzüglichen Bilddarstellungen von Frauen verbunden sind, gegen § 1 UWG verstößt, weil dadurch der – diskriminierende und die Menschenwürde verletzende – Eindruck der sexuellen Verfügbarkeit der Frau als mögliche Folge des Genusses des angepriesenen alkoholischen Getränks vermittelt wird (BGH 18.05.1995 – I ZR 91/93 – BGHZ 130, 5-12).

Patentrecht – Markengesetz

Darstellungen, die diskriminierende Bedeutungen haben, können wegen Verstoßes gegen die guten Sitten der Eintragung einer Marke in das Markenregister gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 5 MarkenG entgegenstehen. Ein Einspruch gegen ein Patent kann innerhalb einer Frist von drei Monaten nach Veröffentlichung der Erteilung eines deutschen Patents bzw. neun Monaten nach Bekanntmachung des Hinweises auf Erteilung eines europäischen Patents von jedermann beim betreffenden Patentamt eingelegt werden. Die Gründe, auf die der Einspruch gestützt werden soll, müssen innerhalb der Einspruchsfrist vorgebracht und durch Tatsachen belegt werden.

Bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 Nr. 5 MarkenG darf nach Auffassung des Bundespatentgerichtes zwar nicht unberücksichtigt bleiben, dass die maßgebliche Auffassung der Verbraucher_innen von einer fortschreitenden Liberalisierung der Anschauungen über Sitte und Moral geprägt ist. Dies betrifft aber nicht politisch diffamierende, rassistische oder frauenverachtende Äußerungen; diese verstoßen vielmehr gegen die guten Sitten (BPatG München 03.03.2011 – 27 W (pat) 554/10).

Einen Verstoß gegen das Markengesetz nahm das Patentgericht zum Beispiel bei der Marke „Schenkelspreizer“ an (BPatG München 26.11.1997 – 26 W (pat) 107/97). Auch der Markenbezeichnung „rcqt“ (Abkürzung für reconquista) verweigerte das Patentgericht wegen ihres islamfeindlichen Hintergrundes die Patenteintragung (BPatG München 03.03.2011 – 27 W (pat) 554/10).

Beschwerde beim Werberat

Der deutsche Werberat ist eine Institution der Selbstkontrolle der Werbewirtschaft und der Medien. Jede Person kann beim Werberat telefonisch, schriftlich, per E-Mail oder Online-Beschwerdeformular **Beschwerde gegen diskriminierende Werbung** eingeleget. Anonyme Beschwerden werden nicht behandelt, der Name der beschwerdeführenden Person wird aber vertraulich behandelt. Ist der/die Beschwerdeführer_in hingegen eine Organisation, Institution oder Behörde, kann sein/ihr Name den anderen Verfahrensbeteiligten genannt werden, sofern der/die Beschwerdeführer_in nicht ausdrücklich eine vertrauliche Behandlung verlangt. Das Verfahren vor dem Deutschen Werberat ist kostenfrei.

Das betroffene Unternehmen erhält zunächst Gelegenheit zur **Gegenäußerung**. Überzeugt dessen Darstellung nicht und wird die Werbemaßnahme weiterhin unverändert geschaltet bzw. veröffentlicht, so entscheidet ein Gremium aus Mitgliedern der Werbewirtschaft, Medien und Werbeagenturen. Stimmt eine Mehrheit für eine Beanstandung, wird das Unternehmen unterrichtet und zur Änderung oder Einstellung der betroffenen Werbung aufgefordert. Geschieht dies nicht, wird es öffentlich für die Werbeaktivität gerügt. Die **Medien** werden dann über den Sachverhalt per Pressemeldung unter Nennung des Unternehmens samt Ortsangabe **informiert**. Mit der öffentlichen Rüge verbunden ist der Appell an die Medien, die **Werbemaßnahme nicht mehr zu schalten**.

Einen **Überblick über das Verfahren und die Rügen des Werberates** sowie ein Beschwerdeformular erhält man auf der Webseite des Werberats: <http://www.werberat.de/beschwerdeformular>.