

# Ist das Diskriminierung?

Rechtliche Facheinschätzungen für die AGG-Beratungspraxis II





# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort:</b> Eren Ünsal .....	12
<b>Rechtliche Facheinschätzungen der HUB</b>	
<b>Einleitung:</b> Sarah Elsuni .....	14
Diskriminierung im Gesundheitswesen.....	17
Höchstaltersgrenzen und Erfordernisse an die Staatsangehörigkeit bei Einstellungen im öffentlichen Dienst.....	61
Selbstbestimmungsrecht von minderjährigen Trans*Personen.....	115
Versagung des Abschlusses einer Sterbegeldver- sicherung bei Betreuungsverhältnis.....	153
<b>Mehrdimensionale Diskriminierung – Entwicklung und Relevanz in Wissenschaft und Praxis</b> Sarah Elsuni.....	167
<b>Impressum</b> .....	190

**Vorwort:** Eren Ünsal .....12

**Einleitung:** Sarah Elsuni.....14

**Diskriminierung im Gesundheitswesen .....17**

**A. Einleitung.....18**

I. Fragestellung, Begriffsklärung und Fallkonstellationen (Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes) .....18

II. Vertragsbindungen im deutschen Gesundheitssystem .....21

1. Behandelnde Personen .....21

2. Krankenhäuser.....22

3. Zwischenfazit .....24

**B. Diskriminierungen im direkten Behandlungsverhältnis .....24**

I. Verbot der Diskriminierung durch das AGG .....24

1. Sachlicher Anwendungsbereich.....25

2. Benachteiligungsverbot § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG (Diskriminierung aufgrund sämtlicher AGG-Kategorien).....28

a. Massengeschäft oder massengeschäftsähnlicher Vertrag? .....29

b. Nähe- oder Vertrauensverhältnisse: Ausnahme im Sinne des § 19 Absatz 5 AGG?.....	33
c. Zulässigkeit unterschiedlicher Behandlung, § 20 Absatz 1 AGG.....	34
d. Zwischenfazit .....	34
3. Benachteiligungsverbot § 19 Abs. 2 AGG (rassistische Diskriminierung oder Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft) .....	35
a. Nähe- oder Vertrauensverhältnisse: Ausnahme im Sinne des § 19 Absatz 5 AGG?.....	36
b. Zwischenfazit .....	37
4. Beispiele .....	37
II. Einschlägige Regelungen außerhalb des AGG.....	43
1. Behandelnde Personen .....	43
a. Diskriminierungsschutz aus dem Sozialgesetzbuch?.....	43
b. Berufsordnungen .....	45
2. Krankenhäuser.....	47
a. Grundrechtsbindung .....	47
b. Diskriminierungsschutz aus dem Sozialgesetzbuch?.....	49
c. Landesrecht Berlin: Das Berliner Neutralitätsgesetz.....	49
d. Beispiele .....	50
<b>C. Diskriminierungen außerhalb des direkten Behand- lungsverhältnisses: zur Rolle von Berufskammern .....</b>	<b>51</b>
1. Rechtsform und Aufgabe der Berufskammern.....	51
2. Handlungsmöglichkeiten und -pflichten (am Beispiel der Ärztekammer) .....	52
<b>D. Fazit.....</b>	<b>55</b>

# Höchstaltersgrenzen und Erfordernisse an die Staatsangehörigkeit bei Einstellungen im öffentlichen Dienst.....61

## A. Einleitung .....63

## B. Einstellung von Justizfachangestellten

### zur Ausbildung (Angestellte im öffentlichen Dienst) .....63

#### I. Höchstaltersgrenzen .....65

1. Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG.....65

2. Verstoß gegen das AGG .....66

a. Benachteiligung (Ungleichbehandlung) beim Zugang zum öffentlichen Dienst, § 7 Abs. 1 i.V.m. § 11 und 3 Abs. 1 AGG .....67

b. Rechtfertigung der Benachteiligung.....68

3. Zwischenfazit .....71

#### II. Staatsangehörigkeit .....71

1. Gesetzliche Anforderung.....71

2. Verstoß gegen antidiskriminierungsrechtliche Regelungen.....72

a. Art. 3 I GG .....72

b. AGG .....76

c. Personalvertretungsgesetz (PersVG) Berlin .....85

3. Zwischenfazit .....86

#### III. Besonderheit: Mögliche Übernahme vom Angestellten- in ein Beamt\_innenverhältnis“ .....87

## C. Einstellung in den Vorbereitungsdienst bei Rechtspflegeranwärter\_innen (Beamt\_innen auf Widerruf) .....87

#### I. Höchstaltersgrenze.....88

1. Rechtsgrundlage.....88

2. Verstoß gegen (antidiskriminierungsrechtliche) Regelungen.....89

a. Art. 33 Abs. 2 GG .....89

c. AGG .....91

3. Zwischenfazit .....	95
II. Staatsangehörigkeit.....	96
1. Rechtlicher Rahmen (Rechtsgrundlage).....	96
2. Verstoß des § 7 Abs. 2 BeamtStG gegen (Antidiskriminierungs-)Recht.....	99
a. Unionsrecht (AEUV).....	99
b. Grundgesetz .....	100
c. AGG .....	101
3. Zwischenfazit .....	101
4. Exkurs: Überlegungen zur Rechtmäßigkeit der Erfordernisse der deutschen Staatsangehörigkeit bzw. Unionsbürger_innenschaft für den Beamtenstatus (§ 7 Abs. 1, 2 BeamtStG) .....	102
<b>D. Landesrechtlicher Spielraum:</b>	
<b>Zusammenfassung und Ausblick.....</b>	<b>104</b>

## Selbstbestimmungsrecht von minderjährigen

<b>Trans*Personen .....</b>	<b>115</b>
I. Einleitung: Trans* im Rechtssystem .....	116
1. Trans* als Rechtsbegriff? Begriffsklärung .....	116
2. Verortungen im Recht .....	117
a) „Transsexualität“ .....	117
b) „Intersexualität“ .....	121
c) „Geschlecht“ .....	121
d) Sexuelle Identität .....	122
II. Das Selbstbestimmungsrecht von Kindern im Dreiecksverhältnis Kinderrechte – Elternrechte – Staat.....	122
1. Rechtlicher Hintergrund .....	123
a) Rechte von Minderjährigen.....	123
b) Rechtsdurchsetzung .....	124

c) Rechte der Eltern .....	127
d) Staatlicher Schutzauftrag.....	129
e) Zwischenfazit .....	130
2. Konkrete Fallbeispiele.....	131
a) Verfahren nach dem TSG .....	131
b) Teilnahme an geschlechtsspezifischen Aktivitäten, Form der Anrede und Wahl der Kleidung.....	133
c) Kollision: Selbstbestimmungsrecht Minderjähriger mit Verhalten der Eltern .....	135
d) Behandlungswunsch.....	136

## **Versagung des Abschlusses einer Sterbegeldversicherung bei Betreuungsverhältnis .....153**

Fragestellungen.....	154
Anwendbarkeit des AGG .....	155
Vorliegen einer Diskriminierung.....	156
Rechtfertigung der Ungleichbehandlung .....	159
Zwischenfazit.....	162
Rechtsfolgen.....	162

## **Mehrdimensionale Diskriminierung–Entwicklung und Relevanz in Wissenschaft und Praxis .....167**

1. Was ist mehrdimensionale Diskriminierung?.....	168
2. Warum ist die Thematisierung von mehrdimensionaler Diskriminierung erforderlich? .....	171
3. Wissenschaftliche Entwicklung der Diskussion um mehrdimensionale Diskriminierung und Anerkennung als Rechtsfigur .....	172
4. Mehrdimensionale Diskriminierung als Thema der Rechtspolitik.....	175



5. Mehrdimensionale Diskriminierung	
in der gerichtlichen Rechtsdurchsetzung .....	180
6. Mehrdimensionale Diskriminierung als Beratungsfrage .....	181
7. Fazit .....	185

<b>Impressum .....</b>	<b>190</b>
------------------------	------------



Vorwort

Eren Ünsal

Einführung

Sarah Elsuni



## Vorwort

Eren Ünsal



Berlin hatte als erstes Bundesland eine Landesantidiskriminierungsstelle. Aufgenommen hat sie ihre Arbeit im Zuge des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG), das Ende 2006 in Kraft getreten ist. Fraglos ist das AGG als Schutzgesetz bei Diskriminierung ein wichtiges Instrument. Von Gleichbehandlung in allen Lebensbereichen sind wir dennoch viele Meilen entfernt. Überzeugungsarbeit, Normenverdeutlichung durch einschlägige gerichtliche Urteile, viele Mitstreitende für große und kleinere Vorhaben sind auch künftig erforderlich.

In Berlin hat ‚Forsa‘ im Auftrag der LADS in 2012 eine repräsentative Befragung durchgeführt. Es wurde deutlich, dass die gesellschaftliche Brisanz von Diskriminierungen weiter anhält: So waren knapp 30 Prozent der Berliner\_Innen schon selbst einmal diskriminiert worden. Deutlich höher liegen mit 49 Prozent die Angaben zu eigener Diskriminierungserfahrung unter den Berliner\_Innen mit familiärer Einwanderungsgeschichte.

Das Herzstück der Antidiskriminierungsarbeit ist für mich die kostenneutrale Beratung auf der vorjuristischen Ebene für Menschen, die sich diskriminiert fühlen. Sie brauchen Rat und Unterstützung und eben dies bieten die niedrigschwelligen, vertraulich arbeitenden Anlaufstellen. Ich flankiere deshalb die Arbeit der Berliner Antidiskriminierungsstellen auf allen mir möglichen Ebenen. So mit Serviceleistungen, welche die Qualität der Beratung sichern, wie die von der LADS in Auftrag gegebenen Rechtsein-

schätzungen zu Fragen rund um Diskriminierung. Die Fragestellungen ergeben sich aus der Antidiskriminierungsberatung. Eine Auswahl bietet Ihnen diese Broschüre.

Die Rechtseinschätzungen sind erstellt von der Juristischen Fakultät der Humboldt Universität zu Berlin, Prof. Dr. Susanne Baer LL.M., Dr. Sarah Elsuni und Mitarbeiterinnen. Eine Kooperation, die sich seit Jahren bewährt. Es ist mir wichtig, diesen für beide Seiten fruchtbaren Praxis-Theorie-Praxis-Transfer auch künftig mit Leben zu erfüllen, zum Nutzen der Arbeit für Gleichbehandlung. Unsere Kooperationspartnerinnen haben bei den Rechtseinschätzungen den Anspruch, juristische Sachverhalte wissenschaftlich und dennoch allgemeinverständlich darzustellen. Herzlichen Dank dafür! Diese Broschüre wendet sich somit gleichermaßen an das Fachpublikum und an alle interessierten Bürgerinnen und Bürger.

Ich hoffe, die Broschüre wird eine ebenso breite Leserschaft finden, wie die gleichnamige Broschüre aus 2010. Denn nicht zu vergessen ist: Das AGG geht alle an! Die genannte Forsa Befragung erbrachte: Zu knapp 60 Prozent ist den Berliner\_Innen bekannt, dass es mit dem AGG ein Gesetz gegen Diskriminierung gibt. Das ist durchaus sehr erfreulich. Das Ziel der LADS ist perspektivisch, den Grad der Bekanntheit auf um die 90 Prozent zu erhöhen. In diesem Sinne freue ich mich, Ihnen diese Broschüre vorlegen zu können und wünsche Ihnen eine spannende Lesezeit.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Eren Ünsal', written in a cursive style.

Eren Ünsal, Leiterin der Landesstelle für Gleichbehandlung – gegen Diskriminierung (Antidiskriminierungsstelle) – LADS –

## Einleitung

Sarah Elsuni



Ist das rechtlich eine Diskriminierung? Dieser Frage widmen sich die folgenden rechtswissenschaftlichen Expertisen. Sie wurden von mir in Zusammenarbeit mit Katharina Bager, Maria Ketteler und Jennifer Meißner im Auftrag der Landesstelle für Gleichbehandlung – gegen Diskriminierung Berlin erstellt.

Die Expertisen bieten eine Einschätzung der rechtlichen Situation:

Dies kann zum einen notwendig sein, wenn nicht auf den ersten Blick offensichtlich wird, welches Gesetz oder welche Paragraphen überhaupt einschlägig sind. Hier legen die Expertisen grundsätzlich dar, welche Regelungen das Antidiskriminierungsrecht auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene vorsieht. Der Umfang der Expertisen machte es dabei nicht in jedem Fall möglich, alle einschlägigen Regelungen umfassend prüfen zu können.

Zum anderen kann auch in Fällen, in denen die entsprechenden Rechtsnormen bekannt sind, unklar sein, wie diese zu interpretieren sind. Vor allem dann, wenn bislang kein (vor allem höher-rangiges) Gericht in einer ähnlichen Sache entschieden und damit Rechtsunsicherheiten ausgeräumt hat, stellt sich oft die Frage, ob bestimmte Diskriminierungserfahrungen unter die bestehenden Rechtsregelungen zu subsumieren sind. Denn erst dann stellen sie rechtlich relevante Diskriminierungen dar. Hier bieten die Expertisen eine Einschätzung zur Interpretation aus antidiskriminierungsrechtlicher Sicht.

Die Expertisen entspringen thematisch konkreten Fragen und rechtlichen Problemlagen, die im Rahmen der Arbeit von Berliner Beratungsstellen auftraten. Mit dem Ziel, die juristische Dimension von Beratungsarbeit durch praxisnahe rechtliche Würdigungen zu unterstützen und zu stärken, richten sie sich an Beratende, aber auch Beratung suchende Personen sowie weitere Interessierte.

Hingegen können diese Expertisen keine Einzelfallberatung leisten. Jeder Fall ist einzigartig und daher gesondert juristisch zu prüfen. Zudem ist immer zu beachten, dass Gesetze sich ändern können sowie dass eine Prognose von Gerichtsentscheidungen nicht abschließend möglich ist: Gerichte können Rechtsnormen unterschiedlich interpretieren und damit Entscheidungen treffen, die den Ergebnissen der Expertisen oder auch anderen Gerichtsentscheidung widersprechen.

Im Anschluss an die Expertisen bietet Ihnen mein Beitrag zu mehrdimensionaler Diskriminierung einen Einblick in die Frage, worum es sich bei mehrdimensionaler Diskriminierung handelt, wie sich mehrdimensionale Diskriminierung als Rechtsfigur entwickelt hat und welche Relevanz dem Konzept in Wissenschaft und Praxis zukommt.

Ich wünsche Ihnen eine spannende Lektüre und hoffe, zur Einschätzung der einen oder anderen antidiskriminierungsrechtlichen Frage beigetragen zu haben.



Dr. Sarah Elsuni, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und  
Geschlechterstudien an der Humboldt-Universität zu Berlin

Rechtswissenschaftliches Fachgutachten

# Diskriminierung im Gesundheitswesen

Ausgearbeitet von

**Dr. Sarah Elsuni**

unter Mitarbeit von

**Maria Ketteler**



Bei dem vorliegenden Gutachten handelt es sich um eine Hintergrundinformation für Beratungseinrichtungen mit einer Einschätzung der rechtlichen Situation in ausgewählten, häufigen Fällen aus der Beratungsarbeit. Es ist keine Rechtsauskunft im Einzelfall und keine Prognose zum Erfolg juristischer Schritte. Die Rechtslage kann sich ändern; Details spielen immer eine Rolle.



## A. Einleitung

Im Auftrag der Landesstelle für Gleichbehandlung – gegen Diskriminierung in Berlin untersucht das vorliegende Gutachten rechtliche Instrumente gegen Diskriminierungen im Gesundheitswesen.

### **I. Fragestellung, Begriffsklärung und Fallkonstellationen (Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes)**

Die Ausgangsfrage, die dem Gutachten zugrunde liegt, ist, in welchen Fällen und in welchen betroffenen Bereichen antidiskriminierungsrechtliche Regelungen auf das Gesundheitswesen Anwendung finden.

Was genau das Gesundheitswesen ausmacht, ist nicht gleich auf den ersten Blick klar. Der Begriff des Gesundheitswesens ist im deutschen Recht nicht definiert. Er ist allerdings durch die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts mehrfach umschrieben worden. Demnach umfasst das Gesundheitswesen alle Tätigkeiten und Organisationen, die die Beseitigung oder Besserung eines krankhaften Zustandes bezwecken, sowie diejenigen, die den Zweck haben, die Gesundheit der/des Einzelnen oder der Allgemeinheit vor unmittelbar drohenden Gefahren zu schützen.<sup>1</sup>

Dabei stellt sich das deutsche System des Gesundheitswesens als sehr komplex dar. Zivilrechtliche Vertragsverhältnisse werden vielfach von öffentlich-rechtlichen Regelungsregimen überlagert, zusätzlich nimmt das Europarecht immer mehr Einfluss. Aufgrund der Organisation des deutschen Gesundheitssystems als beitragsfinanziertes Krankenversicherungssystem, kommt es bei der Einordnung von Behandlungsverträgen zu „komplizierten Dreieckskonstellationen“<sup>2</sup>:

Private Leistungsempfängerinnen/-empfänger, also versicherte Personen, stehen in einem öffentlich-rechtlich strukturierten Verhältnis zu sog. Leistungsträgern (Versicherungen). Aus diesem Sozialrechts- bzw. Sozialversicherungsverhältnis ergibt sich ein öffentlich-rechtlicher Leistungsanspruch, auf den die Regelungen des Zivilrechts, also u.a. des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG), keine Anwendung finden.

Die Leistungsträger stehen zu den sog. Leistungserbringenden (Ärztinnen/Ärzte, Krankenhäuser, Apotheken, etc.) in der Regel ebenfalls in einem öffentlich-rechtlich ausgestalteten Vertragsverhältnis, u.a. durch Zulassungsverfahren. Auch hier finden privatrechtliche Benachteiligungsverbote keine Anwendung.

Das vorliegende Gutachten richtet seinen Untersuchungsfokus allerdings nicht auf diese beiden „Akteurs“-Ebenen. Vielmehr orientiert sich die Untersuchung – und somit findet hier eine erste Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands statt<sup>3</sup> – an dem Verhältnis unterschiedlicher Akteure auf Ebene der Leistungserbringenden im Gesundheitswesen zu den Leistungsempfangenden.<sup>4</sup> Konkreter heißt dies: Es geht um Diskriminierungen im direkten Behandlungsverhältnis zwischen Patientin/Patient und behandelnder Person und Institution. Untersucht wird diskriminierendes Verhalten zum einen durch behandelnde Personen, nämlich Ärztinnen/Ärzte, Therapeutinnen/Therapeuten, Pflegepersonal und weitere behandelnde Personen, zum anderen durch Institutionen, die mit der Behandlung von Menschen befasst sind (Krankenhäuser) (B). Eine zweite Eingrenzung wird hinsichtlich der Behandlungen vorgenommen, die im Rahmen dieser Verhältnisse erfolgen: Nur Behandlungsverhältnisse, bei denen die Erstattungsfähigkeit unproblematisch zu bejahen wäre, fallen in die vorliegende Untersuchung. Somit geht es vorliegend nicht um die Frage, ob die Bestimmung von Behandlungen als nicht-erstattungsfähig diskriminierend ist oder nicht.<sup>5</sup>

Neben dem Fokus auf diese Behandlungsverhältnisse findet aber auch die strukturelle Ebene Beachtung. Das Gutachten erörtert, inwiefern Regelungen Berufskammern (wie z.B. die Ärzte- bzw. Psychotherapeutenkammer) adressieren und welche Handlungspflichten bzw. Einflussmöglichkeiten sich daraus für diese Akteurinnen ergeben (C).

Die bisher vorliegenden Erkenntnisse über den Problembereich Diskriminierung im Gesundheitswesen erlauben es, bereits zu Beginn mehrere Fallkonstellationen von Diskriminierung im Gesundheitswesen voneinander zu unterscheiden. Diese können u.a. auftreten:

- beim Zugang zum Gesundheitswesen
- im Rahmen von Behandlungsverhältnissen
- im Rahmen der Diagnoseerstellung
- im Rahmen von standardisierten Verfahren wie etwa bestimmten Analyseverfahren.

Damit lassen sich bei der Forderung nach Gleichbehandlung im Bereich des Gesundheitswesens zwei wesentliche Bereiche feststellen: die Forderung nach einem diskriminierungsfreien Zugang zu medizinischer Versorgung sowie nach einem diskriminierungsfreien Umfeld im Rahmen der Behandlung.

Der rechtliche Fokus des Gutachtens liegt auf den Regelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) sowie bei dessen Nichtanwendbarkeit bei der Frage, welche anderen landes- oder bundesrechtlichen Möglichkeiten existieren, um gegen Diskriminierungen aufgrund der im AGG geschützten Kategorien vorzugehen. Konstellationen, die sich im Kontext von Beschäftigungsverhältnissen im Gesundheitswesen stellen, werden dabei von der Untersuchung ausgeblendet. Der arbeitsrechtliche Kontext des AGG wird in der Analyse nicht berücksichtigt,<sup>6</sup> der Fokus liegt ausschließlich auf der zivilrechtlichen Komponente des Antidiskriminierungsrechts.

Das Gutachten nimmt zudem lediglich Diskriminierungen in den Blick, die an die im AGG aufgeführten Kategorien anknüpfen. Dies sind namentlich rassistische Diskriminierungen sowie Benachteiligungen aufgrund der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität. Keine Beachtung findet außerdem die Frage nach Regelungen bzw. Schutzmöglichkeiten für Menschen ohne Krankenversicherung. Dieser Aspekt kann aufgrund der Fragestellung und des Umfangs des Gutachtens nicht untersucht werden, so dass ausschließlich Schutzmöglichkeiten von Personen untersucht werden, die nach den Regelungen des § 5 des fünften Sozialgesetzbuchs (SGB V) versichert sind oder sonst in den Regelungsbereich des SGB V fallen.

## **II. Vertragsbindungen im deutschen Gesundheitssystem**

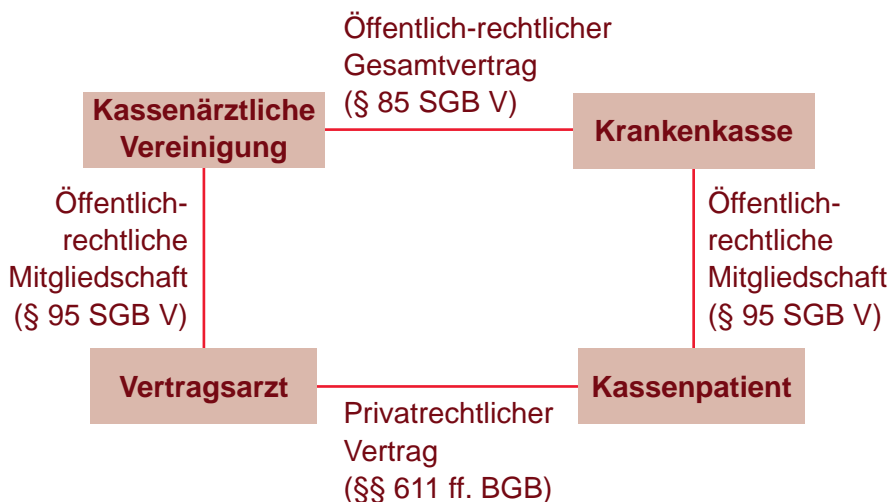
Für die Frage, welche antidiskriminierungsrechtlichen Vorgaben oder Grenzen im Verhältnis Leistungserbringende (behandelnde Personen, Krankenhäuser etc.) und Leistungsempfangende (Patientinnen/Patienten) bestehen, ist zunächst die Klärung erforderlich, welche Art von Vertragsbindung den jeweiligen Behandlungsverhältnissen zugrunde liegt.

### **1. Behandelnde Personen**

Nach heute überwiegender Ansicht ist das Vertragsverhältnis zwischen Patientin/Patient und behandelnder Person privatrechtlicher Natur.<sup>7</sup> Das heißt, die jeweiligen Leistungen erfolgen auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB); in der Regel handelt es sich um sogenannte Dienstverträge im Sinne der

§§ 611 ff. BGB.<sup>8</sup> Unerheblich ist es für die rechtliche Einordnung der Vertragsbeziehung, ob die/der Patientin/Patient gesetzlich oder privat versichert ist.<sup>9</sup> Für Kassenpatientin/-patient fügt sich dieses Vertragsverhältnis in öffentlich-rechtliche Leistungsbeziehungen zwischen der/dem Patientin/Patient der Krankenkasse sowie der kassenärztlichen Vereinigung (siehe folgende Grafik). Auch die Dauer des Vertragsverhältnisses spielt für die rechtliche Einordnung keine Rolle.

All dies gilt ebenfalls für Verträge über psychologische Psychotherapien oder über ambulante Pflege, sowie Heilpraktiker- und Logopädieverträge.<sup>10</sup>



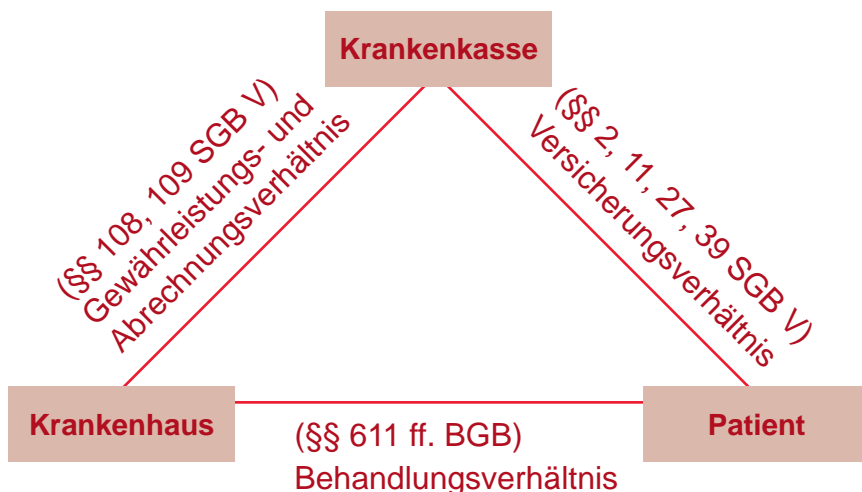
Grafik entnommen: Quaas/Zuck, Medizinrecht, 2. Aufl., S. 259.

## 2. Krankenhäuser

Auch in der Beziehung zwischen Krankenhaus und Patientin/Patient handelt es sich um schuldrechtliche Vertragsverhältnisse, auf die das BGB anwendbar ist. Die Verträge (z.B. über die statio-

näre Behandlung) werden zwischen der/dem Patientin/Patienten und dem jeweiligen Träger des Krankenhauses geschlossen. Es handelt sich dabei um sog. „gemischte Verträge“, zusammengesetzt aus miet-, dienst- und werkvertraglichen Elementen.<sup>11</sup>

Bei Kassenpatientin/-patient ist dieses Verhältnis wiederum „eingebettet“ in die öffentlich-rechtlichen Leistungsbeziehungen zwischen der/dem Patientin/Patient und der Krankenkasse einerseits und den Krankenkassen und dem Krankenhaus andererseits.<sup>12</sup>



Grafik entnommen: Quaas/Zuck, Medizinrecht, 2.Aufl., S. 260.

### 3. Zwischenfazit

Vorliegend handelt es sich um zivilrechtliche Vertragsbeziehungen. Für diese gilt zunächst als Grundsatz die Vertragsfreiheit, die es erlaubt, sowohl Vertragspartnerin/-partner als auch Vertragsgegenstand frei zu bestimmen.<sup>13</sup> Demgemäß bestünde für Ärztinnen/Ärzte keine Pflicht zur Übernahme sämtlicher Behandlungsfälle (eine Ausnahme sind dabei selbstverständlich Notfälle oder Konstellationen, in denen die Patientin/der Patient ansonsten ohne notwendige Hilfe bleiben würde<sup>14</sup>). Allerdings können der Vertragsfreiheit rechtliche Vorschriften entgegenstehen.

## B. Diskriminierungen im direkten Behandlungsverhältnis

Fraglich ist daher, ob und inwiefern die Vertragsfreiheit durch antidiskriminierungsrechtliche Regelungen eingeschränkt wird, weil das Recht der zu behandelnden Person auf einen diskriminierungsfreien Zu- bzw. Umgang das Recht der behandelnden Person auf freie Wahl der/des Vertragspartnerin/-partners beschneidet.

### I. Verbot der Diskriminierung durch das AGG

Zu prüfen ist, ob die Regelungen des AGG hier Anwendung finden, so dass Diskriminierungen im direkten Behandlungsverhältnis aufgrund des AGG verboten sein können.

## 1. Sachlicher Anwendungsbereich

Ziel des AGG ist gemäß § 1, „Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.“

§ 2 Absatz 1 AGG bestimmt – in Verbindung mit den Vorschriften der Abschnitte 2 bis 5 des AGG – den sachlichen Anwendungsbereich des Gesetzes.

§ 2 Absatz 1 Nr. 5 AGG öffnet den Anwendungsbereich für „den Sozialschutz, einschließlich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste“.<sup>15</sup> Aus der Formulierung „nach Maßgabe des Gesetzes“ (§ 2 Absatz 1 Satz 1 AGG) folgt jedoch, dass nicht jede Benachteiligung in den genannten Bereichen vom AGG erfasst wird. Für den Bereich der zivilrechtlichen Behandlungsverträge bietet Abschnitt 3 des AGG (§§ 19 bis 21) Schutz vor Benachteiligungen. § 19 AGG stellt dabei mit dem zivilrechtlichen Diskriminierungsverbot den Anknüpfungspunkt, um die zwischen Leistungserbringenden und Leistungsempfangenden bestehenden Rechtsbeziehungen zu erfassen.

Fraglich ist, ob das Benachteiligungsverbot des § 19 AGG über Absatz 1 oder Absatz 2 einschlägig ist. Denn bislang nicht geklärt ist, ob die Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 2 Absatz 1 Nr. 5 AGG ausschließlich auf § 19 Absatz 2 beschränkt ist oder ob auch § 19 Absatz 1 AGG Schutz vor Benachteiligungen im Gesundheitswesen gewährleistet.

Die Unterscheidung hat große Auswirkungen. Während § 19 Absatz 1 Schutz vor Benachteiligungen aufgrund der Kategorien Geschlecht, Behinderung, Alter, sexuelle Identität und Religion bietet, beschränkt Absatz 2 seinen Schutzbereich auf rassisti-



sche Diskriminierung bzw. Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft.

Absatz 1 lässt allen diesen Kategorien Schutz zukommen, allerdings nur im Rahmen einer klar definierten Geschäftsart: Absatz 1 verbietet Diskriminierungen für sog. Massengeschäfte (1. Alternative) sowie für diesen Geschäften ähnliche Verträge (2. Alternative).

Absatz 2 bietet hingegen Schutz vor rassistischen Diskriminierungen bzw. Diskriminierungen aufgrund der ethnischen Herkunft für einen weiter gefassten Kreis zivilrechtlicher Schuldverhältnisse; der Anwendungsbereich des Benachteiligungsverbots ist für diese beiden Kategorien also erweitert. Gemäß § 19 Absatz 2 AGG sind „Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft [...] bei der Begründung, Durchführung und Beendigung“ sämtlicher zivilrechtlichen Schuldverhältnisse im Sinne des § 2 Absatz 1 Nr. 5 bis 8 unzulässig. Dazu gehören insbesondere Schuldverhältnisse, die den Zugang zu Gütern und Dienstleistungen zum Gegenstand haben und deren Vertragsschluss öffentlich angeboten wird.<sup>16</sup> Damit sind im Bereich des Sozialschutzes unstreitig Schuldverhältnisse im Bereich des sog. Leistungserbringungsrechts umfasst, wie zum Beispiel ärztliche Behandlungsverträge, Verträge im Rahmen einer Krankenhausversorgung sowie von Pflege.<sup>17</sup>

Der Gesetzgeber geht in der Gesetzesbegründung zum AGG auf die Frage nicht explizit ein, ob die Öffnung des Anwendungsbereichs für den „Sozialschutz, einschließlich [...] der Gesundheitsdienste“ (§ 2 Absatz 1 Nr. 5 AGG) ausschließlich für das Benachteiligungsverbot des § 19 Absatz 2 AGG oder auch für die Regelung des Absatz 1 gilt. In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu: „[...] Es ist aber auch denkbar, dass einschlägige Leistun-

gen auf privatrechtlicher Grundlage erbracht werden, etwa im Rahmen eines privaten Arztvertrages oder Bildungsleistungen privater Anbieter. Einschlägig ist dann das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft nach § 19 Abs. 2.<sup>18</sup> Hieran knüpft die überwiegende Ansicht in der Literatur an und deutet die Einschätzung des Gesetzgebers dahingehend, für den zivilrechtlichen Bereich des Gesundheitswesens (im Sinne des § 2 Absatz 1 Nr. 5 AGG) lediglich eine Eröffnung des Schutzbereichs im Sinne des § 19 Abs. 2 AGG anzunehmen.<sup>19</sup>

Eine solche Einschränkung kann jedoch bereits dem Wortlaut des § 19 Absatz 1 und 2 AGG nicht entnommen werden. Die systematische Interpretation von § 19 AGG verdeutlicht: Absatz 1 verbietet die Diskriminierung aufgrund aller Kategorien für Massengeschäfte sowie massengeschäftsähnliche Geschäfte. Absatz 2 erweitert den Schutzbereich (nur) für rassistische Diskriminierungen und Benachteiligungen aufgrund der ethnischen Herkunft auch für sonstige Vertragsarten, dies jedoch mit der Einschränkung, dass es sich bei den sonstigen zivilrechtlichen Schuldverhältnissen um solche im Sinne des § 2 Absatz 1 Nr. 5–8 AGG handelt. Die Nennung des § 2 Absatz 1 Nr. 5–8 AGG in § 19 Absatz 2 AGG bestätigt damit die Ausweitung auf sonstige Schuldverhältnisse für diese Bereiche.<sup>20</sup> Sie bedeutet hingegen nicht, dass die Bereiche des § 2 Absatz 1 Nr. 5–8 AGG (somit auch die Gesundheitsdienste) lediglich im Rahmen des Absatzes 2 geschützt sind.<sup>21</sup> Denn nicht ersichtlich wäre dann, woraus sich die Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 19 Absatz 1 AGG auf den Bereich des Zugangs und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum (§ 2 Absatz 1 Nr. 8), ergeben sollte – dem Bereich, der unstreitig im Rahmen des § 19 Absatz 1 AGG Anwendung findet.

Das heißt konkret:

Der Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots im Bereich des Gesundheitswesens ergibt sich bezüglich aller Kategorien für Massengeschäfte und/oder massengeschäftsähnliche Geschäfte aus § 19 Absatz 1 AGG und darüber hinaus<sup>22</sup> für rassistische Diskriminierungen und Diskriminierungen aufgrund der ethnischen Herkunft für sonstige Vertragsbeziehungen (in den in § 2 Absatz 1 Nr. 5–8 AGG genannten Bereichen), die keine Massengeschäfte und/oder massengeschäftsähnliche Geschäfte sind, aus § 19 Absatz 2 AGG. Handelt es sich bei Verträgen im Gesundheitswesen um Massengeschäfte und/oder massengeschäftsähnliche Geschäfte, so sind diese vom Anwendungsbereich des § 19 Absatz 1 AGG mit umfasst. Die in § 2 Absatz 1 Nr. 5–8 AGG genannten Bereiche gelten folglich sowohl in Verbindung mit § 19 Absatz 1 als auch Absatz 2 AGG.<sup>23</sup>

## **2. Benachteiligungsverbot § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG (Diskriminierung aufgrund sämtlicher<sup>24</sup> AGG-Kategorien)**

Damit stellt sich die Frage, ob es sich bei Behandlungsverträgen im Gesundheitswesen um Massengeschäfte (1. Alternative) bzw. um diesen Geschäften ähnliche Verträge (2. Alternative) handelt. Ist dies der Fall, so ergibt sich aus § 19 Absatz 1 AGG ein Verbot der „Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität“.

a. **Massengeschäft oder massengeschäftsähnlicher Vertrag?** Ein Massengeschäft, bei dem eine Benachteiligung wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität unzulässig ist, kommt typischerweise ohne Ansehen der Person in einer Vielzahl von Fällen zu gleichen Bedingungen zustande.

Bei massengeschäftsähnlichen Verträgen handelt es sich um Verträge, bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen.

Beide Tatbestandsalternativen setzen das Zustandekommen der Verträge in einer Vielzahl von Fällen zu gleichen bzw. vergleichbaren Bedingungen voraus. Der Gesetzestext selbst gibt keine Auskunft darüber, wann eine „Vielzahl von Fällen“ vorliegt. In der Gesetzesbegründung steht, dass das Vorliegen dieses Merkmals aus der Sicht der Anbieterseite zu beurteilen ist, da sich das Benachteiligungsverbot nur an jene Anbietenden richte, die nicht nur einmalig, sondern mehrmals und somit Unternehmen ähnlich, bzw. in Ausübung ihrer gewerblichen oder beruflichen Selbständigkeit agieren.<sup>25</sup>

Geht man von der Sicht derjenigen Personen und Institutionen aus, die Leistungen im Gesundheitswesen überhaupt erbringen dürfen, so kann wohl davon ausgegangen werden, dass Behandlungsverträge nicht nur jeweils einmalig, sondern mehrmals und somit i.S.d. § 19 Absatz 1 AGG „in einer Vielzahl von Fällen“ abgeschlossen werden.

Was das Merkmal der vergleichbaren Bedingungen anbelangt, so scheint diesem Merkmal über das Unterstreichen der Notwendigkeit einer typisierenden Betrachtungsweise kaum praktische Bedeutung zuzukommen und in der Prüfung des Merkmals „ohne Ansehen der Person“ aufzugehen.<sup>26</sup>

Denn auch das Merkmal „Ansehen der Person“ ist in beiden Tatbestandsalternativen enthalten. Während ein Massengeschäft typischerweise ohne Ansehen der Person zustande kommt, spielt es bei massengeschäftsähnlichen Verträgen zwar eine gewisse Rolle, hat dabei jedoch eine nachrangige Bedeutung.

Insbesondere die Frage, ob und welche Bedeutung das Ansehen der Person bei Vertragsbeziehungen im Bereich Gesundheitswesen zukommt, ist für die Untersuchung von Relevanz. Hierzu gibt es bislang kaum eine gesicherte Antwort.<sup>27</sup> Dies mag primär damit zusammenhängen, dass verbreitet die Unanwendbarkeit von § 19 Absatz 1 AGG auf § 2 Absatz 1 Nr. 5 AGG angenommen wird (s.o.) und als Folge davon die Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen für das Gesundheitswesen unterblieben ist. Im Folgenden ist daher zu klären, welche Rolle das Ansehen der Person bei Vertragsbeziehungen im Gesundheitswesen spielt.

Die Formulierung des Ansehens einer Person selbst gibt keine eindeutige Antwort. Eine Interpretation des Begriffs erfordert eine „allgemeine, typisierende Betrachtung“.<sup>28</sup> Danach kommt ein Vertrag in der Regel dann ohne das Ansehen der Person zustande, wenn bei Abschluss, Durchführung oder Beendigung die in § 1 AGG genannten Kategorien typischerweise keine Rolle spielen.<sup>29</sup> Im Falle der Massengeschäfte ist das der Fall, wenn die Anbietenden grundsätzlich bereit sind, den Vertrag mit jeder zahlungswilligen bzw. zahlungsfähigen Person abzuschließen. Ein Beispiel sind die täglichen Bargeschäfte des Einzelhandels.

Auch bei Abschluss, Durchführung oder Beendigung von Behandlungsverhältnissen im Sinne des Gutachtens spielen die in § 1 AGG genannten Kategorien typischerweise keine Rolle. Behandlungsverträge kommen typischerweise ohne Beachtung des Geschlechts, der sexuellen Identität, der Religion, einer Behinderung, der ethnischen Herkunft oder des Alters der Patientin/des Patienten zustande. Dass dies nahezu grundsätzlichen Charakter hat, wird insbesondere für ärztliche Behandlungsverträge anhand des ärztlichen Gelöbnisses deutlich. Hier „verpflichten“<sup>30</sup> sich Ärztinnen/Ärzte zum „Dienst der Menschlichkeit“ und somit dazu, ihr Dienstleistungsangebot ohne Unterschiede der Allgemeinheit zur Verfügung zu stellen.<sup>31</sup> Die Kategorien des AGG dürfen insofern keine Bedeutung haben.

Von Interesse ist im Rahmen von Verträgen, die in einer Vielzahl von Fällen abgeschlossen werden, vielmehr, dass die Vertragspartnerinnen/-partner zahlungsfähig und -willig sind. Das gilt auch für Behandlungsverträge. Hier wird ebenfalls ersichtlich, dass dem Ansehen der Person keine bzw. nur geringe Bedeutung zukommt: Denn (gesetzlich oder privat) versicherte Personen sind im Rahmen von Behandlungsverhältnissen, die über die Versicherung abgewickelt werden, immer zahlungswillig und -fähig. Auch für behandelnde Personen (also Ärztinnen/Ärzte, Therapeutinnen/Therapeuten, Pflegepersonal etc.) wäre es ökonomisch unvernünftig, zahlungswillige und zahlungsfähige „Kunden“ abzuweisen.<sup>32</sup>

Freilich kann überlegt werden, ob das Ansehen der Person in langfristigen, dauerhaften Beziehungen zwischen behandelnder Person und Patientin/Patient doch eine Rolle spielen kann – allerdings unabhängig von den im AGG genannten Kategorien. Denn gerade Behandlungsverträge bauen auf einem Vertrauensverhältnis zwischen Ärztin/Arzt und Patientin/Patient auf. Auch der behandelnden Seite wird im Rahmen der vertraglich vereinbarten

Pflichten mehr zugemutet, als es bei anderen Dienstleistungen der Fall ist.<sup>33</sup> Wird an diese Überlegung angeknüpft, kann dann bezweifelt werden, ob Vertragsbeziehungen zwischen Leistungserbringenden und Leistungsempfangenden gänzlich ohne Ansehen der Person zustande kommen und somit Massengeschäfte (Alternative 1) darstellen.

Es kann jedoch dahingestellt bleiben, ob es sich bei diesen Vertragsbindungen um Massengeschäfte handelt, da jedenfalls die Einordnung als sog. massengeschäftsähnliche Verträge möglich ist. Diese zweite Alternative wurde als Auffangtatbestand für Fälle konzipiert, in denen nicht zweifelsfrei festgestellt werden kann, ob das Ansehen der Person für den Vertragsschluss von Bedeutung ist oder nicht.<sup>34</sup>

Bei massengeschäftsähnlichen Verträgen im Sinne des § 19 Absatz 1 Alternative 2 AGG hat das Ansehen der Person eine nachrangige Bedeutung, d.h. es spielt bei der Entscheidungsfindung zwar eine Rolle, weitere Faktoren sind jedoch gewichtiger. Das Ansehen der Person ist damit nur eines von mehreren Kriterien, die berücksichtigt werden, dem dabei aber keine tragende Rolle zukommt.<sup>35</sup>

Davon ist bei Behandlungsverträgen in jedem Fall auszugehen, denn vorrangig und entscheidend ist, wie oben gezeigt, die Zahlungsfähigkeit der Patientin/des Patienten. So ist im Ergebnis zumindest das Vorliegen von massengeschäftsähnlichen Geschäften zu bejahen und damit der Anwendungsbereich des § 19 Absatz 1 AGG betroffen.

**b. Nähe- oder Vertrauensverhältnisse: Ausnahme im Sinne des § 19 Absatz 5 AGG?**

Allerdings findet das Benachteiligungsverbot des § 19 Absatz 1 AGG keine Anwendung auf zivilrechtliche Schuldver-

hältnisse, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Vertragsparteien begründet wird (§ 19 Absatz 5 Satz 1 AGG).

Hiernach soll der Schutz der Privatsphäre und des Familienlebens der in diesem Kontext getätigten Geschäfte gewahrt bleiben und gewährleistet werden, dass „nicht unverhältnismäßig in den engsten Lebensbereich der durch das Benachteiligungsverbot verpflichteten Person eingegriffen wird“.<sup>36</sup> Erforderlich ist ein Vertragsverhältnis, das „über das hinausgeht, was ohnehin jedem Schuldverhältnis an persönlichem Kontakt zugrunde liegt.“<sup>37</sup> Sollte es sich bei Behandlungsverträgen um Verträge mit einem besonderen Vertrauensverhältnis handeln, so könnte dies eine Ausnahme vom zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot bedeuten.

Doch auch wenn – wie oben dargelegt – Behandlungsverträge auf einem Vertrauensverhältnis zwischen behandelnder Person und Patientin/Patient aufbauen und der behandelnden Seite „mehr zugemutet“ wird, als es bei anderen Dienstleistungen der Fall ist, so überschreitet diese Intensität nicht die Grenze des § 19 Absatz 5 AGG. Da es sich vorliegend um Massengeschäfte bzw. massengeschäftsähnliche Beziehungen handelt und bei diesen das Ansehen der Person keine oder nur nachrangige Bedeutung hat, scheidet ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis in der Regel aus.<sup>38</sup> Für den Anwendungsbereich des § 19 Absatz 1 AGG ist daher nicht davon auszugehen, dass ein Behandlungsverhältnis unverhältnismäßig in den engsten Lebensbereich der durch das Benachteiligungsverbot verpflichteten Person eingreift.



**c. Zulässigkeit unterschiedlicher Behandlung, § 20 Absatz 1 AGG** Im Einzelfall kann es möglich sein, dass trotz einer unterschiedlichen Behandlung kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot im Sinne des § 19 Absatz 1 AGG vorliegt. § 20 Absatz 1 AGG sieht die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung vor, wenn für eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen Identität oder des Geschlechts ein sachlicher Grund vorliegt. Als Beispiele nennt die Regelung u.a. die Berücksichtigung eines Bedürfnisses nach Schutz der Intimsphäre oder die Vermeidung von Gefahren, Verhütung von Schäden oder anderen Zwecken vergleichbarer Art.

#### **d. Zwischenfazit**

Bei Behandlungsverhältnissen handelt es sich in der Regel um Massengeschäfte bzw. massengeschäftsähnliche Beziehungen. Das AGG schränkt die Vertragsfreiheit von solchen Vertragsbeziehungen durch das Benachteiligungsverbot des § 19 Absatz 1 AGG ein. Das AGG kann insofern die Beziehungen im Rahmen von Gesundheitsdiensten, ausgestaltet als privatrechtliche Verträge, beeinflussen und grundsätzlich bei der Begründung, Durchführung und Beendigung eben jener Vertragsverhältnisse Schutz vor rassistischer Diskriminierung und vor Benachteiligungen wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität bieten.

### **3. Benachteiligungsverbot § 19 Abs. 2 AGG (rassistische Diskriminierung oder Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft)**

Während die meisten Behandlungsverträge im Gesundheitswesen als massengeschäftsähnliche Verträge über das Benachteiligungsverbot des § 19 Absatz 1 AGG geregelt werden, ist zu untersuchen, ob es darüber hinaus noch einen besonderen Schutz für rassistische Diskriminierungen bzw. Benachteiligungen wegen der ethnischen Herkunft geben kann.

§ 19 Absatz 2 AGG verbietet die Benachteiligung bei der Begründung, Durchführung und Beendigung sämtlicher zivilrechtlichen Schuldverhältnisse im Sinne des § 2 Absatz 1 Nr. 5 bis 8. Damit stellt sich die Frage, um was es sich bei diesen sonstigen Schuldverhältnissen (in Abgrenzung zu Massengeschäften bzw. diesen ähnlichen Geschäften) handeln kann.

§ 19 Absatz 2 AGG erfasst nicht nur diejenigen Schuldverhältnisse, die über Absatz 1 hinaus bei einer typisierenden Betrachtungsweise in einer Vielzahl von Fällen ohne Ansehen der Person zustande kommen.<sup>39</sup> Auch einmalige Schuldverhältnisse werden vom Schutz vor rassistischer Diskriminierung bzw. Benachteiligungen wegen der ethnischen Herkunft umfasst.

Ein Beispiel könnte sein: Eine Privatärztin/ein Privatarzt ohne Zulassung der gesetzlichen Krankenkassen pflegt einen sehr kleinen, ausgewählten Privatpatient/innenkreis. Damit geht sie/er keine massengeschäftsähnlichen Verträge ein, denn das Ansehen der Person spielt bei der Aufnahme in die Patient/innenkartei eine erhebliche Rolle. In diesem Fall ergibt sich kein Benachteiligungsverbot aus § 19 Absatz 1 AGG; Patientinnen/Patienten können bspw. aufgrund des Geschlechts, einer Behinderung oder ihrer sexuellen Identität abgewiesen werden. Jedoch wird die Vertragsfreiheit durch § 19 Absatz 2 AGG einschränkt, so dass

eine Benachteiligung aus rassistischen Gründen bzw. aufgrund der ethnischen Herkunft der Patientin/des Patienten verboten ist.

**a. Nähe- oder Vertrauensverhältnisse: Ausnahme im Sinne des § 19 Absatz 5 AGG?**

Auch im Rahmen des § 19 Absatz 2 AGG stellt sich die Frage, ob es sich vorliegend um eine Ausnahme des Benachteiligungsverbots handelt, sofern ein Nähe- oder Vertrauensverhältnis vorliegt.

Insbesondere im Rahmen der Anwendung von § 19 Absatz 2 AGG gilt: § 19 Absatz 5 AGG ist richtlinienkonform auszulegen. Für den Schutz vor rassistischer Diskriminierung bzw. Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft bedeutet das, dass der Anwendungsbereich des Absatzes 5 stark eingeschränkt wird.<sup>40</sup> Die Antirassismusrichtlinie kennt keine grundsätzliche Ausnahme für Nähe- oder Vertrauensverhältnisse, die europäische Vorgabe umfasst ausschließlich den Schutz von Privatsphäre und Familienleben.<sup>41</sup> Eine richtlinienkonforme Auslegung des § 19 Absatz 5 AGG sieht daher Ausnahmen des Benachteiligungsverbots nur für diese Bereiche vor, so dass Abs. 5 nicht eingreift, wenn es sich beispielsweise um einen engen und langen Kontakt handelt, der sich aber außerhalb der Privatsphäre abspielt.

Um einen solchen Kontakt dürfte es sich aber gerade bei der Erbringung von „Behandlungsdienstleistungen“ zumeist handeln: Sie haben einen hauptsächlich beruflichen und nicht privaten Schwerpunkt, z. B. bei (haus-) ärztlicher Betreuung.<sup>42</sup> Bei Verträgen, die eine behandelnde (z.B. ärztliche) Dienstleistung zum Gegenstand haben, handelt es sich damit nicht um Verträge, die ein besonderes Nähe- und Vertrauensverhältnis begründen.

Um einen solchen Kontakt dürfte es sich aber gerade bei der Erbringung von „Behandlungsdienstleistungen“ zumeist handeln: Sie haben einen hauptsächlich beruflichen und nicht privaten Schwerpunkt, z. B. bei (haus-) ärztlicher Betreuung.<sup>42</sup> Bei Verträgen, die eine behandelnde (z.B. ärztliche) Dienstleistung zum Gegenstand haben, handelt es sich damit nicht um Verträge, die ein besonderes Nähe- und Vertrauensverhältnis begründen.

Das Benachteiligungsverbot des § 19 Absatz 2 AGG wird vorliegend nicht durch Absatz 5 ausgeschlossen.

Eine Einschränkung des Benachteiligungsverbots gemäß § 19 Absatz 5 AGG ergibt sich durch eine richtlinienkonforme Auslegung nur für die Bereiche von Privatsphäre und Familienleben.

#### b. Zwischenfazit

Über den Anwendungsbereich des § 19 Absatz 1 AGG hinaus sind auch nicht massengeschäftsähnliche Vertragsverbindungen vom Schutz des Absatz 2 vor rassistischer Diskriminierung und vor Benachteiligungen wegen der ethnischen Herkunft erfasst.

## 4. Beispiele

Im Folgenden werden einige Beispiele vorgestellt und rechtlich eingeordnet, die sich an der durch die Landesstelle für Gleichbehandlung – gegen Diskriminierung in Berlin übermittelten Fragestellung orientieren.

Vor allem bei dem Zugang zu einer ärztlichen Behandlung ist das Benachteiligungsverbot des § 19 Absätze 1, 2 AGG bedeutungsvoll:

---

### Beispiel 1:

*Frauen mit Kopftuch wird von Ärztinnen/Ärzten die Behandlung explizit unter Hinweis darauf verweigert, dass für Mitpatientinnen/-patienten kopftuchtragende Frauen im Wartezimmer nicht zumutbar seien.*

---

Die Ungleichbehandlung aufgrund der Tatsache, dass die Frauen (aus religiös motivierten Gründen) Kopftuch tragen, kann grundsätzlich eine unmittelbare Benachteiligung aufgrund der Religion darstellen, die von § 19 Absatz 1 AGG umfasst ist. Der Hinweis auf möglicherweise diskriminierendes Verhalten von Mitpatientinnen/-patienten stellt keinen hinreichenden Rechtfertigungsgrund dar.

Sofern es sich um ein (angestrebtes) Behandlungsverhältnis handelt, das kein Massengeschäft bzw. ein diesem ähnliches Geschäft ist, sondern eine Rechtsbeziehung mit einmaligem Charakter ist, die nicht in einer Vielzahl von Fällen unter gleichen/vergleichbaren Bedingungen abgeschlossen wird, so greift das Verbot des Absatz 1 nicht ein. Allenfalls § 19 Absatz 2 AGG könnte hier Schutz bieten. Allerdings ist Religion keine geschützte Kategorie im Sinne des § 19 Absatz 2 AGG. Eine Benachteiligung kann damit nur angenommen werden, sofern in der Ablehnung ebenfalls eine Zuschreibung der Frauen als nicht-deutsch stattgefunden hat. Dies ist bei solchen „Kopftuch-Fällen“ in Deutschland zumeist anzunehmen. Vorliegend wäre dann zudem eine mittelbare Diskriminierung<sup>43</sup> wegen der (zugeschriebenen)<sup>44</sup> ethnischen Herkunft sowie des Geschlechts und damit insgesamt eine mehrdimensionale Diskriminierung gegeben,<sup>45</sup> so dass damit eine Benachteiligung im Sinne des § 19 Absatz 2 AGG gegeben sein könnte.

---

### **Beispiel 2:**

*Einer türkischstämmigen Frau, deren Tochter einen Termin in einer Arztpraxis vereinbaren will, wird die Terminvergabe und damit die Behandlung mit dem Hinweis darauf verweigert, dass die Mutter kein Deutsch spreche und die Tochter als Übersetzerin nicht geeignet sei.*

---

Hierin kann eine (mittelbare) Benachteiligung aufgrund der ethnischen Herkunft liegen. Eine Rechtfertigung über § 20 Absatz 1 AGG mit der Begründung, dass ein sachlicher Grund vorliegt, weil mit Aufnahme der Behandlung die/der Ärztin/Arzt möglicherweise die (volle) Verantwortung auch für Übersetzungsfehler übernehmen müsse, ist damit nicht möglich. § 20 Absatz 1 AGG sieht die Rechtfertigung ausschließlich für die Kategorien Religion, Behinderung, Alter, sexuelle Identität oder Geschlecht. Ungleiche Behandlungen aufgrund der ethnischen Herkunft können durch einen sachlichen Grund nicht gerechtfertigt werden.

Zur Bedeutung des Benachteiligungsverbot des § 19 Absätze 1, 2 AGG im bereits laufenden Behandlungsverhältnis:

---

### **Beispiel 3:**

*Eine lesbische Patientin, die wegen ihrem Coming-Out in Therapie ist, bekommt vom ihrem Psychiater die Diagnose Borderline.*

---

Dies könnte eine Benachteiligung im Sinne des § 19 Absatz 1 AGG („sexuelle Identität“) darstellen.<sup>46</sup> Allerdings ist die juristische Beurteilung, ob und wann es auch während eines laufenden Behandlungsvertrags zu rechtlich relevanten Benachteiligungen kommen kann, problematisch, so auch – und insbesondere – dann, wenn es um Fälle geht, in denen (vermeintlich) diskriminierendes Verhalten im Rahmen der Diagnosestellung auftritt. In der Regel unterliegen Diagnose und Behandlungsstrategien der ärztlichen Einschätzung.<sup>47</sup> Es bedarf daher immer einer genauen Prüfung des Einzelfalls.

Dem vorliegenden Beispiel lässt sich nicht eindeutig entnehmen, ob die Diagnose des Psychiaters auf der sexuellen Orientierung der Patientin beruht oder ob die Erkrankung gleichermaßen zu-

fällig während der Behandlung erkannt wurde. Ohne weitere Informationen kann in diesem Fall deshalb keine juristische Beurteilung erfolgen.

---

**Beispiel 4:**

*Eine bisexuelle Patientin bekommt in einer klinischen Abteilung für Psychiatrie folgende Abschlussbeurteilung: „Persönlichkeitsstörung mit gestörtem Selbstbild und gestörter sexueller Präferenz mit wechselnd homo- und heterosexuellen Partnern“.*

---

Hier gilt ebenfalls, dass die Diagnose einer juristischen Beurteilung nicht vorbehaltlos zugänglich ist. Eine rechtliche Einstufung als Benachteiligung kann ohne weitergehende Angaben nicht angenommen werden.

In einem ähnlichen Beispiel kommt als weitere Problematik hinzu, dass das Behandlungsverhältnis auf weitere Personen ausgedehnt und ein ggf. diskriminierendes Verhalten gegenüber Dritten getätigt wird:

---

**Beispiel 5:**

*Eine Patientin wird von ihrer Ärztin an einen Neurologen zur weiteren Exploration der vorhandenen Muskelkrämpfe überwiesen. Im Überweisungsbrief ist zu lesen: „Neurologischer Befund: Kopftuch, Gesicht zum Teil verschleiert, lange Kleidung. Gangbild flüssig.“*

---

Grundsätzlich hat die Vertragärztin/der Vertragsarzt der/dem auf Überweisung tätig werdenden Ärztin/Arzt, soweit es für die Durchführung der Überweisung erforderlich ist, von den bisher erhobenen Befunden und/oder getroffenen Behandlungsmaßnahmen Kenntnis zu geben, § 24 Absatz 6 S. 1 BMV-Ä<sup>48</sup>. Im Umkehrschluss sollen überweisende Ärztinnen/Ärzte über erhobene Befunde und Behandlungsmaßnahmen zurück unterrichtet werden, soweit dies für die Weiterbehandlung erforderlich ist.

Auch im vorliegenden Beispiel kann nicht abschließend beurteilt werden, ob es sich um eine Diskriminierung handelt oder nicht – im Einzelfall wären weitere Informationen nötig und heranzuziehen. Denn aus der Beschreibung wird nicht ersichtlich, ob es sich möglicherweise um eine erforderliche Mitteilung zur Diagnoseerstellung (denkbar z.B. bei Muskelkrämpfen, die auf Vitamin-D-Mangel zurückgeführt werden könnten) oder um eine kontextlose Bemerkung über die Kleidung der Patientin handelt. In letzterem Fall erschiene fraglich, ob Aussagen über das Tragen eines Kopftuches bzw. die Art der Kleidung Teil der neurologischen Diagnose und daher für die Überweisung relevant sind. Insofern könnte dann in der Formulierung des Überweisungsträgers eine Diskriminierung aus rassistischen Gründen bzw. aufgrund der Religion und/oder der ethnischen Herkunft liegen, die in der Regel nicht nach § 20 AGG gerechtfertigt werden kann.

Im Übrigen sind auch Konstellationen denkbar, in denen (standardisierte Test-) Verfahren angewendet werden, die an sich nicht diskriminieren, aber im konkreten Behandlungsverhältnis eine Benachteiligung darstellen.



---

**Beispiel 6:**

*Bei der Erstellung eines psychologischen oder medizinischen Gutachtens kommen ungeeignete, weil für die betreffende Testperson nicht-normierte Testverfahren zum Einsatz. Z.B. werden die Normwerte an einer Stichprobe mit deutsch-muttersprachlichen Testpersonen erhoben, während die Testperson Deutsch als Zweitsprache spricht. Trotzdem werden auf Grundlage der Testergebnisse positive oder negative Entscheidungen, beispielsweise über Förderbedarf etc. getroffen.*

---

Hierin könnte möglicherweise eine mittelbare Benachteiligung gemäß §§ 19 Absatz 1 bzw. 2 i.V.m. § 3 Absatz 2 AGG aufgrund der ethnischen Herkunft liegen. Problematisch sind insbesondere Fälle, in denen die behandelnde Person ein standardisiertes Testverfahren, das für Personen konzipiert wurde, die deutsch-muttersprachlich aufgewachsen sind, auf Personen anwendet, die nicht deutsch-muttersprachlich aufgewachsen sind, und hierbei einen Förderbedarf feststellt, der sich nicht (ausschließlich) auf die sprachlichen Fähigkeiten bezieht, sondern pathologisierend bestimmte Werte festschreibt (z.B. pauschal „Lernbehinderung“). Denn durch die unhinterfragte Anwendung des für die Testperson ungeeigneten Verfahrens kommt es wahrscheinlich zu Verzerrungen im Diagnoseergebnis. Auch hier sind wieder die Besonderheiten jedes Einzelfalls zu berücksichtigen.

Eine Rechtfertigung über § 20 Absatz 1 AGG ist für Benachteiligungen wegen der ethnischen Herkunft grundsätzlich nicht möglich.

## II. Einschlägige Regelungen außerhalb des AGG

Im Folgenden soll ein kurzer Überblick über Regelungen gegeben werden, die außerhalb des AGG antidiskriminierungsrechtliche Vorgaben enthalten.

### 1. Behandelnde Personen

Im Rahmen von Behandlungsverhältnissen könnten insbesondere die jeweiligen Berufsordnungen sowie ein sich aus dem Sozialgesetzbuch ergebender Diskriminierungsschutz eine Rolle spielen.

#### a. Diskriminierungsschutz aus dem Sozialgesetzbuch?

Das Sozialgesetzbuch enthält im ersten Buch (SGB I) mit § 33c ein allgemeines Benachteiligungsverbot, nach dem „[b]ei der Inanspruchnahme sozialer Rechte [...] niemand aus Gründen der Rasse, wegen der ethnischen Herkunft oder einer Behinderung benachteiligt werden“ darf. Damit ist der Bereich der sozialen Leistungen betroffen. Auch § 2 Absatz 2 Satz 2 AGG verweist für den Bereich der Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch auf § 33c SGB I.<sup>49</sup> Daraus folgt ein sozialrechtliches Benachteiligungsverbot, das primär durch § 33c SGB I verwirklicht und nur ergänzend durch die Regelungen des AGG konkretisiert wird.<sup>50</sup>

Fraglich ist allerdings, ob es sich bei Behandlungsverhältnissen zwischen behandelnder Person und Patientin/Patient um solche Leistungen nach dem SBG handelt. Denn Ansprüche aus § 33c SGB I können nur geltend gemacht werden, sofern die Voraussetzungen und der Inhalt durch die Vorschriften der besonderen Teile dieses Gesetzbuchs im Einzelnen bestimmt sind (vgl. § 33c Satz 2 SGB I). Für das vorliegende Gutachten spielt insbesondere das Fünfte Sozialgesetzbuch (SGB V) eine Rolle, das Regelun-

gen für die gesetzliche Krankenversicherung enthält. Selbst enthält es keine explizite antidiskriminierungsrechtliche Regelung.

Vom SGB V sind grundsätzlich die Organisation, Versicherungspflicht und Leistungen der gesetzlichen Krankenkassen sowie im vierten Kapitel deren Rechtsbeziehungen zu weiteren Leistungserbringern (Ärzt/innen, Zahnärzt/innen, Apotheker/innen etc.) erfasst. Geregelt sind damit öffentlich-rechtliche Beziehungen, hingegen nicht die vertraglichen Beziehungen zwischen behandelnder Person und Patientin/Patient, die zivilrechtlichen Charakters sind (s.o.). Dies führt zu dem Ergebnis, dass das sozialrechtliche Benachteiligungsverbot im Rahmen dieser Behandlungsverträge keine Anwendung findet.

Allerdings finden sich dennoch Regelungen des SGB V, die Einfluss auf diese Behandlungsverhältnisse nehmen: Grundsätzlich hat jede versicherte Person das Recht, ihre/seine Ärztin/Arzt oder das Krankenhaus frei zu wählen, sofern sie zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen sind (§ 76 Abs. 1 SGB V).<sup>51</sup> Die Übernahme der Behandlung, also der Abschluss eines Behandlungsvertrags, verpflichtet die behandelnde Person der versicherten Person gegenüber „zur Sorgfalt nach den Vorschriften des bürgerlichen Vertragsrechts“, § 76 Abs. 4 SGB V. Aus § 95 Abs. 3 SGB V ergibt sich eine Pflicht der Vertragsärztin/des Vertragsarztes zur Übernahme der Behandlung.<sup>52</sup> Dieser Kontrahierungszwang, also die Verpflichtung zum Vertragsschluss, besteht allerdings nur im Verhältnis zur Krankenversicherung und entfaltet keine Außenwirkung. Die Patientin/der Patient kann daher aus § 95 Abs. 3 SGB V nicht auf Eingehung eines Behandlungsvertrags klagen.<sup>53</sup>

Vertragsärztinnen/-ärzte sind unter gewissen Umständen berechtigt, eine Behandlung zu verweigern. Das kann der Fall sein, wenn die elektronische Gesundheitskarte nicht vorgelegt wird, also der Nachweis des Bestehens einer Versicherung, oder die Zuzahlung der 10,00 € „Praxisgebühr“ verweigert wird und kein akuter Notfall besteht.<sup>54</sup> Im Übrigen darf eine Behandlung nur in „begründeten Fällen“ abgelehnt werden (§ 13 Abs. 7 S. 3 BMV-Ä). Ein solch begründeter Fall kann vorliegen, „wenn das notwendige Vertrauensverhältnis zwischen Ärztin/Arzt und Patientin/Patient nicht besteht und auch keine Aussicht besteht, dass dieses begründet werden könnte.“<sup>55</sup> Dies kann u.a. angenommen werden bei fehlendem Vertrauensverhältnis, bei querulatorischem Verhalten der Patientin/des Patienten oder bei Überlastung der Praxis, i.d.R. aber nicht bei Verstößen gegen die Berufsordnung.

## b. Berufsordnungen

Berufsordnungen legen Pflichten fest, die bei der Ausübung des jeweiligen Berufs einzuhalten sind. Es handelt sich dabei nicht um Regelungen von Gesetzesrang. Berufsordnungen werden von den Kammern im Rahmen ihrer Selbstverwaltung als Satzung erlassen. Verletzen Kammer- und Berufsangehörige ihre Berufspflichten, so findet gegen sie ein berufsgerichtliches Verfahren statt (§ 16 Berliner Kammergesetz).<sup>56</sup>

Den Berufsordnungen lassen sich hinsichtlich antidiskriminierungsrechtlicher Vorgaben folgende Pflichten entnehmen. Laut der Berufsordnung der Berliner Ärztekammer<sup>57</sup> gilt für jede Ärztin/jeden Arzt folgendes Gelöbnis<sup>58</sup>:

„Bei meiner Aufnahme in den ärztlichen Berufsstand gelobe ich, mein Leben in den Dienst der Menschlichkeit zu stellen. Ich werde meinen Beruf mit Gewissenhaftigkeit und Würde ausüben. Die Erhaltung und Wiederherstellung der Gesundheit meiner

Patienten soll oberstes Gebot meiner Handlungen sein. Ich werde alle mir anvertrauten Geheimnisse auch über den Tod des Patienten hinaus wahren. Ich werde mit allen meinen Kräften die Ehre und die edle Überlieferung des ärztlichen Berufes aufrechterhalten und *bei der Ausübung meiner ärztlichen Pflichten keinen Unterschied machen, weder nach Religion, Nationalität, Rasse noch nach Parteizugehörigkeit oder sozialer Stellung [Hervorhebung durch Bearbeiterinnen]*. Ich werde jedem Menschenleben von der Empfängnis an Ehrfurcht entgegenbringen und selbst unter Bedrohung meine ärztliche Kunst nicht in Widerspruch zu den Geboten der Menschlichkeit anwenden. [...]"

§ 2 legt die allgemeinen ärztlichen Berufspflichten fest:

(1) Der Arzt übt seinen Beruf nach seinem Gewissen, den Geboten der ärztlichen Ethik und der Menschlichkeit aus. Er darf keine Grundsätze anerkennen und keine Vorschriften oder Anweisungen beachten, die mit seiner Aufgabe nicht vereinbar sind oder deren Befolgung er nicht verantworten kann.

(2) Der Arzt hat seinen Beruf gewissenhaft auszuüben und dem ihm bei seiner Berufsausübung entgegengebrachten Vertrauen zu entsprechen.

Verweigert eine Ärztin/ein Arzt wegen eines der genannten Merkmale die Behandlung oder kommt es während des Behandlungsverhältnisses zu einer Benachteiligung wegen eines dieser Merkmale, verstößt sie/er gegen die ärztlichen Berufspflichten.

Ähnliches gilt für die Berufsordnung der Kammer für Psychologische Psychotherapeuten und Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten,<sup>59</sup> die als Allgemeine Berufspflicht in § 3 Abs. 3 umfasst:

„Psychotherapeuten haben die Würde ihrer Patienten zu achten, unabhängig insbesondere von Geschlecht, Alter, sexueller Orientierung, sozialer Stellung, Nationalität, ethnischer Herkunft, Religion oder politischer Überzeugung.“

## 2. Krankenhäuser

Zu prüfen ist weiterhin, ob für das Behandlungsverhältnis zwischen Patientin/Patient und Krankenhaus Regelungen außerhalb des AGG bestehen, die Schutz vor Diskriminierung gewährleisten. Insbesondere stellt sich die Frage, ob sich für ein Krankenhaus als behandelnde Institution andere Regelungen als einschlägig erweisen,<sup>60</sup> als es im Verhältnis zwischen Patientin/Patient und behandelnder Person der Fall ist.

### a. Grundrechtsbindung

So könnten Krankenhäuser an die Grundrechte und damit auch an die besonderen Gleichheitsrechte des Art. 3 Absätze 2 und 3 Grundgesetz (GG) gebunden sein.

Gemäß Art. 1 Absatz 3 GG binden die Grundrechte die öffentliche Gewalt. Fraglich ist, daher, ob Krankenhäuser einen Teil der öffentlichen Gewalt in Form der vollziehenden Gewalt darstellen. Aus dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 I GG) leitet sich im Rahmen der Daseinsfürsorge eine Pflicht des Staates zur Sicherstellung einer allgemeinen stationären Versorgung der Bevölkerung ab.<sup>61</sup> Der Staat hat sicherzustellen, dass quantitativ und qualitativ ausreichend stationäre medizinische Versorgungseinrichtungen für alle Bürgerinnen/Bürger zur Verfügung stehen.<sup>62</sup> Die Aufgabe des jeweiligen Bundeslandes ist es, diese Versorgung zu gewährleisten. Das Bundesland muss die Leistung allerdings nicht selbst erbringen, sondern kann sich vielmehr Dritter bedienen. Die Dritten

müssen dann aber (vertraglich) zur Erbringung der Leistungen verpflichtet werden.<sup>63</sup>

Die Verpflichtung wird sichergestellt durch die Teilnahme der Krankenhäuser an einem Finanzierungssystem, das auf Grundlage der sog. Bedarfsplanung erfolgt. Der Staat finanziert die Krankenhäuser bzw. unterstützt sie bei ihrer Finanzierung. Im Gegenzug dafür übernehmen die Krankenhäuser für den Staat Leistungen der öffentlichen Daseinsfürsorge.<sup>64</sup> Damit sind Krankenhäuser Teil der Leistungsverwaltung des Staates, die die Bereitstellung notwendiger Güter und Dienstleistungen wahrnimmt.<sup>65</sup> Als solche sind sie Teil der vollziehenden Gewalt und damit an die Verfassung und damit an die Einhaltung der Grundrechte (insbesondere Art. 3 GG) gebunden.<sup>66</sup>

Darüber hinaus unterliegt ein zur Teilnahme an der Bedarfsplanung zugelassenes Krankenhaus grundsätzlich einem Kontrahierungszwang. Es ist damit verpflichtet, mit jeder/jedem Behandlungssuchenden Patientin/Patienten einen Vertrag abzuschließen.<sup>67</sup> Nur ausnahmsweise kann eine Ablehnung erfolgen, und zwar nur, wenn eine sofortige Behandlung nicht indiziert ist.<sup>68</sup>

Auch für Krankenhäuser in kirchlicher Trägerschaft gilt diesbezüglich nichts anderes: Zunächst kommt ihnen in Fragen der Ordnung und Verwaltung ihres Krankenhauses ein umfassender, verfassungsrechtlich abgesicherter Selbstbestimmungsfreiraum zu.<sup>69</sup> Dieser gilt auch, sofern sie an der Bedarfsplanung teilnehmen. Allerdings hat dies nur Auswirkungen auf die inneren Verhältnisse, nicht auf die Verpflichtung zur Übernahme der Behandlung.

Verletzt ein Krankenhaus die Übernahmeverpflichtung, hat das jeweilige Bundesland auf die Einhaltung des Grundgesetzes hinzuwirken. Es kann die Förderungen einstellen und bereits gezahlte Förderungen zurückfordern (in Berlin gemäß §§ 15 f. LKG Berlin).

### b. Diskriminierungsschutz aus dem Sozialgesetzbuch?

Ebenso wie im Behandlungsverhältnis zwischen Patientin/Patient und behandelnder

Person handelt es sich hier um zivilrechtliche Behandlungsverträge, auf die das sozialrechtliche Benachteiligungsverbot nicht anwendbar ist (s.o.).

### c. Landesrecht Berlin: Das Berliner Neutralitätsgesetz

Zudem könnte sich hinsichtlich der Kategorien „Religion und Weltanschauung“ Schutz

aus dem Berliner Neutralitätsgesetz (BlnNeutrG) ergeben. Dieses verpflichtet Angestellte des Landes Berlin in Bereichen, in denen sie den Bürgerinnen und Bürgern hoheitlich gegenüber treten, sich in ihrem religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnis zurück zu halten. Gleichzeitig verbietet es die Diskriminierung von Beschäftigten aufgrund ihrer Religion oder Weltanschauung (vgl. Präambel).

Für Benachteiligungen im Kontext von Behandlungen in Krankenhäusern ist daneben § 6 Satz 2 BlnNeutrG von Bedeutung. Hiernach hat „das Land Berlin darauf hinzuwirken, dass auch juristische Personen des privaten Rechts, an denen das Land Berlin unmittelbar oder mittelbar mehrheitlich beteiligt ist, das Diskriminierungsverbot beachten.“ Sofern das Land Berlin also mehrheitlich an einem Krankenhaus beteiligt ist, können sich Verpflichtungen aus dem Berliner Neutralitätsgesetz ergeben: Das Land Berlin muss tätig werden, um diskriminierende Praxen zu unterbinden. Dies gilt zum einen im Verhältnis zu den in den Krankenhäusern Beschäftigten,<sup>70</sup> zum anderen aber auch im Verhältnis zu Patientinnen/Patienten.<sup>71</sup>



---

### **Beispiel 7:**

*An einer rollstuhlmobilen Frau kann eine bestimmte Untersuchung der Atemwege nicht durchgeführt werden, weil in Berlin kein entsprechendes rollstuhlgerechtes Untersuchungsgerät vorhanden ist.*

---

Hier könnte ein Kollisionsfall mit einem sich aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ergebenden Grundrecht der Frau auf einen diskriminierungsfreien Zugang zu angemessener medizinischer Versorgung vorliegen. Die in Berlin nicht vorhandenen Untersuchungsgeräte machen der Patientin den Zugang zu einer erforderlichen Untersuchung unmöglich – indem sie durch die mangelnde Ausstattung daran behindert wird.

Das Land Berlin hat grundrechtliche Gewährleistungen zu achten und darauf hinzuwirken, dass eine solche (wohl strukturelle) Benachteiligung aufgrund einer Behinderung verhindert bzw. beseitigt wird.

Benachteiligungen können auch während der Behandlung auftreten:

---

### **Beispiel 8:**

*Das Pflegepersonal in einem öffentlichen Krankenhaus äußert sich diskriminierend gegenüber einem Patienten wegen dessen religiösen Glaubens.*

---

Das Pflegepersonal tritt hier der Patientin/dem Patienten in Ausübung einer öffentlichen Aufgabe gegenüber; das Krankenhaus ist dabei verantwortlich für solches Fehlverhalten des bei ihm beschäftigten Pflegepersonals. Sofern das Land Berlin unmittelbar oder mittelbar mehrheitlich beteiligt ist, ergibt sich aus § 6 Satz 2 BlnNeutrG die Verpflichtung darauf hinzuwirken, dass das Diskriminierungsverbot beachtet wird.

### C. Diskriminierungen außerhalb des direkten Behandlungsverhältnisses: zur Rolle von Berufskammern

Neben Benachteiligungen beim Zugang zu medizinischer Versorgung oder während der ärztlichen Behandlung durch die behandelnden Personen können auch Benachteiligungen auftreten, die auf strukturellen und/oder organisatorischen Begebenheiten gründen. Im Bemühen um die Vermeidung bzw. den Abbau von Diskriminierung nehmen dabei Institutionen, die solche Strukturen beeinflussen können, eine wichtige Rolle ein. Solche Institutionen im Gesundheitswesen sind u.a. die jeweiligen Berufskammern. Im Folgenden soll kurz erörtert werden, welche Rolle den Berufskammern bei der Bekämpfung von Diskriminierungen im Gesundheitswesen zukommt und welche Handlungsmöglichkeiten ihnen eröffnet sind.

#### 1. Rechtsform und Aufgabe der Berufskammern

Das Berliner Kammergesetz<sup>72</sup> regelt die Einrichtung von Berufskammern. Dazu gehören u.a. die Ärztekammer, die Zahnärztekammer und die Kammer für Psychologische Psychotherapeuten und Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten.

Die Berufskammern kommen nicht direkt mit Patientinnen und Patienten in Kontakt, sondern sind zunächst Selbstverwaltungseinrichtungen der Berufsstände. Ihnen gehören alle Ärztinnen/Ärzte, Zahnärztinnen/-ärzte, Psychologische Psychotherapeutinnen/-therapeuten sowie Kinder- und Jugendlichentherapeutinnen/-therapeuten an, die im Land Berlin ihren Beruf ausüben oder, ohne bereits Kammerangehörige in einem anderen Land der Bundesrepublik Deutschland zu sein, in Berlin ihren Wohnsitz haben (§ 2 Berliner Kammergesetz).

Die Kammern sind als Körperschaften des öffentlichen Rechts organisiert. Sie übernehmen u.a. die Aufgabe, die Berufspflichten der Kammerangehörigen zu überwachen, für die Qualität der Berufsausübung zu sorgen und aus dem Berufsverhältnis entstehende Streitigkeiten zu schlichten, soweit nicht andere Zuständigkeiten bestehen.<sup>73</sup> Zudem sind sie ermächtigt, die Berufsausübung in Berufsordnungen zu regeln (§ 4a Berliner Kammergesetz).

Indem Berufskammern die Berufspflichten der Kammerangehörigen festlegen, über deren Einhaltung wachen und für die Qualität der Berufsausübung sorgen, übernehmen sie einen Teil der staatlichen Daseinsfürsorge. Sie üben damit hoheitliche Aufgaben aus, sind bei der Wahrnehmung dieser Aufgaben also „vollziehende Gewalt“, und somit an das Grundgesetz und die darin festgelegten Diskriminierungsverbote (insbesondere aus Art. 3 Abs. 3 GG) gebunden.<sup>74</sup>

## **2. Handlungsmöglichkeiten und -pflichten (am Beispiel der Ärztekammer)**

Liegt ein Verstoß gegen die in den Berufsordnungen genannten Pflichten vor,<sup>75</sup> kann jede Patientin/jeder Patient eine

schriftliche Beschwerde an die Ärztekammer richten.

Ergeben sich hinreichende Anhaltspunkte für einen Verstoß, kann die Folge sein, dass ein berufsgerichtliches Verfahren eingeleitet wird. Gemäß § 16 Absatz 1 Berliner Kammergesetz müssen die Kammern ein berufsgerichtliches Verfahren einleiten, wenn eine Kammerangehörige/ein Kammerangehöriger bzw. Berufsangehörige/-angehöriger die sich aus den Berufsordnungen ergebenden Pflichten verletzt.<sup>76</sup> Das berufsgerichtliche Verfahren findet vor dem Verwaltungsgericht Berlin statt. Den Antrag auf Einleitung eines berufsgerichtlichen Verfahrens stellt der Vorstand der Kammer (§ 29 Abs. 1 Berliner Kammergesetz). Die Ärztekammer Berlin geht laut Selbstauskunft<sup>77</sup> „allen schriftlich eingereichten Hinweisen und Beschwerden nach, macht sie aktenkundig und versendet hierzu auch entsprechende Eingangsbestätigungen.“ Über den weiteren Vorgang des Verfahrens wird jedoch aus datenschutzrechtlichen Gründen nicht berichtet.

Zu den möglichen Sanktionen eines berufsgerichtlichen Verfahrens gehören gem. § 17 Berliner Kammergesetz die Warnung, Verweise, Geldbußen bis zu 50.000,-€, Entziehung des aktiven und passiven Wahlrechts sowie die Feststellung, dass die/der Beschuldigte unwürdig ist, den Beruf weiter auszuüben. In besonders schwerwiegenden Fällen kann ein berufsgerichtliches Verfahren somit mit dem (zeitweiligen) Ende der beruflichen Tätigkeit verbunden sein.<sup>78</sup> Die verschiedenen Sanktionen können gegebenenfalls nebeneinander ausgesprochen werden.

Liegt ein Verstoß von nur geringer Schwere vor, der die Einleitung eines berufsgerichtlichen Verfahrens nicht erfordert, kann der Kammervorstand eine Rüge aussprechen (§ 29a Berliner Kammergesetz).

Ein Anspruch auf Einleitung des berufsgerichtlichen Verfahrens für Patientinnen und Patienten ergibt sich aus dem Berliner Kammergesetz nicht. Jedoch besteht für alle Patientinnen/Patienten die Möglichkeit, ein (kostenloses) außergerichtliches Schlichtungsverfahren anzustrengen. Dieses Verfahren wird vor der Schlichtungsstelle für Arzthaftpflichtfragen in Hannover geführt. Voraussetzung für die Durchführung dieses Verfahrens ist allerdings, dass sowohl die Ärztin/der Arzt, als auch ihre/seine Haftpflichtversicherung zustimmt.

Neben den Handlungserfordernissen der Ärztekammer aus dem Berliner Kammergesetz stellt vorrangig das Grundgesetz den Rechtsrahmen dar, um die Handlungsmöglichkeiten und v.a. auch -verpflichtungen der Berufskammern zu fassen.

Da die Ärztekammer an das Grundgesetz und an die darin festgelegten Gleichheitssätze (hier ist insbesondere das Diskriminierungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 GG von Bedeutung) gebunden ist (s.o.), ergibt sich zunächst die Notwendigkeit für die Berufskammern, selbst nicht diskriminierend zu agieren. Da ein direkter Kontakt mit den Patientinnen/Patienten nur in seltenen Fällen zustande kommt, ist hier v.a. zu überlegen, ob und inwiefern die Kammer bei Vorliegen einer Benachteiligung verpflichtet sein könnte, geeignete Maßnahmen zu ergreifen. Schließlich kann sich aus dem Grundgesetz auch der Rahmen zur Festlegung der Berufspflichten der Kammer- und Berufsangehörigen ergeben.

## D. Fazit

Insgesamt bietet das AGG einen umfassenden Schutz vor diskriminierendem Verhalten sowie benachteiligenden Strukturen<sup>79</sup> beim Zugang zu Behandlungsverhältnissen im Gesundheitswesen sowie im Rahmen ihrer Durchführung. Es stellt einen geeigneten Rahmen dar, um einen Großteil von Diskriminierungen bekämpfen zu können, die beim Zugang oder bei der Durchführung von Behandlungsverhältnissen auftreten. Bei einer Vielzahl von direkten Behandlungsverhältnissen dürfte es sich um Massengeschäfte bzw. diesen ähnliche Geschäfte im Sinne des § 19 Absatz 1 AGG handeln. Darüber hinaus erweitert § 19 Absatz 2 AGG in Bezug auf rassistische Diskriminierungen und Benachteiligungen aufgrund der ethnischen Herkunft das Diskriminierungsverbot auf alle Formen von Behandlungsverhältnissen.

Bei Diskriminierungen im Verhältnis behandelnde Person – Patientin/Patient bieten zudem die Berufsordnungen Anknüpfungspunkte, um diese anzugehen. Nicht zuletzt hier kommt den Berufskammern große Bedeutung zu.

Krankenhäuser übernehmen für den Staat Leistungen der öffentlichen Daseinsfürsorge und sind somit an die Grundrechte gebunden. Hinsichtlich eines diskriminierungsfreien Zugangs zum Gesundheitswesen kann sich für ein zugelassenes Krankenhaus über die Teilnahme an der Bedarfsplanung ein Kontrahierungszwang ergeben. Zudem kann sich ein Schutz vor Benachteiligung hinsichtlich der Kategorien „Religion und Weltanschauung“ aus dem Berliner Neutralitätsgesetz (BlnNeutrG) ergeben.

- 1 Vgl. BSGE 15, 190; 18, 231.
- 2 Oppermann, in: Rust/Falke, AGG, § 19 Rn. 65.
- 3 Die Festlegung des Untersuchungsgegenstands wurde mit Blick auf die von der Fragestellung der LADS umfassten Beispiele vorgenommen.
- 4 Zur Einordnung der hier auftretenden vertraglichen Beziehungen siehe unten A. II.
- 5 Diese Frage kann von großer Relevanz sein, da es hier um den Zugang zum System der erstattungsfähigen Behandlungen geht.
- 6 An dieser Stelle wird auf die Facheinschätzung „Assistenzärztin mit Kopftuch“ verwiesen, die sich einer Facette dieser Fragestellung widmet, siehe Facheinschätzung „Kopftuchverbot für Assistenzärztin in ev. Krankenhaus- Religionszugehörigkeit als berufliche Anforderung, Juli 2009.
- 7 Vgl. u.a. Oppermann, in: Rust/Falke, AGG, § 19 Rn. 66 ff.; Thüsing, in: MüKo BGB-AGG, § 2 Rn. 30.
- 8 BGH NJW 1980, 1452 (1453).
- 9 Zur Diskussion, ob derartige Verträge mehrheitlich öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur sind, vgl. u.a. Bittner/Oppermann, in: Rust/Falke, AGG, § 19 Rn. 65 ff.
- 10 Franke, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 2 Rn. 46.
- 11 Spickhoff, in: Spickhoff, Medizinrecht, 70, 611 Rn. 11, m.w.N. Siehe auch Oppermann, in: Rust/Falke, AGG, § 19 Rn. 68.
- 12 Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 13, Rn. 6 ff.
- 13 Siehe u.a. Palandt § 145 Rn. 7 ff.; Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 13, Rn. 16.
- 14 Dies gilt insbesondere für Menschen mit HIV-Infektion; Vgl. Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 13 Rn. 16 m.w.N.
- 15 Der Begriff der Gesundheitsdienste steht dabei im Kontext der Ausgestaltung der jeweiligen nationalen Systeme der Gesundheitsversorgung, siehe Oppermann, in: Rust/Falke, AGG, § 2 Rn. 85.
- 16 Franke/Schlichtmann/Ambrosius, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 19 Rn. 39, S. 554.
- 17 Oppermann, in: Rust/Falke, AGG, § 2 Rn. 65 ff. Siehe hierzu auch Franke, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 2 Rn. 46.
- 18 BT-Drs. 16/1780, S. 32.
- 19 So u.a. Franke, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 2 Rn. 44 ff.; Bittner/Oppermann, in: Rust/Falke, AGG, § 19 Rn. 60 ff.; Schiek, AGG, § 2 Rn. 2, 6; Lipp, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, S. 72, Rn. 23.; ebenfalls Janda, Medizinrecht, S. 123, die § 19 Abs. 2 als Grundlage nennt, dann aber alle Merkmale erwähnt. A.A. Jörk/Kobes, allerdings ohne dabei auf unmittelbar auf die Anwendungsreichweite des § 2 Absatz 1 Nr. 5 AGG einzugehen, Benachteiligungen im zivilen Rechtsverkehr nach den Regelungen des AGG von Menschen mit Behinderung, für die nach § 1896 BGB eine Betreuerin/ein Betreuer gestellt ist, Gutachten für die Antidiskriminierungsstelle des Bundes, S. 57 ff. Siehe zu ihrem Ansatz auch weiter unten.

- 20 Dabei ist die Nennung von § 2 Absatz 1 Nr. 5–8 AGG scheinbar obsolet, da sie alle im Rahmen des zivilrechtlichen Bereichs möglichen Anwendungsbereiche des AGG benennt und somit nur deklaratorischen Charakter hat.
- 21 § 19 Absatz 2 AGG: „Eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft ist darüber hinaus auch bei der Begründung, Durchführung und Beendigung sonstiger zivilrechtlicher Schuldverhältnisse *im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 5 bis 8 unzulässig.*“ [Hervorhebung durch Bearbeiterinnen]
- 22 So auch die Formulierung des § 19 Absatz 2 AGG.
- 23 Ebenso im Ergebnis Armbrüster, in: Rudolf/Mahlmann (Hg.), Gleichbehandlungsrecht, S. 270 ff., 273.
- 24 Mit Ausnahme des Merkmals „Weltanschauung“. Zu den Gründen der Herausnahme des Merkmals aus dem Anwendungsbereich des § 19 Absatz 1 AGG siehe u.a. Franke/Schlichtmann, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 19 Rn. 16 f. m.w.N.
- 25 BT-Drs. 16/1780, S. 41.
- 26 Schieck/Kocher, AGG, § 19 Rn. 11; Bittner, in: Rust/Falke, AGG, § 19 Rn. 11.
- 27 Lipp, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 6. Aufl. 2009, S. 72, Rn. 23.
- 28 Franke/Schlichtmann, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 19 Rn. 29.
- 29 Ebda.
- 30 Aus dem Gelöbnis ergibt sich allerdings keine rechtliche Verpflichtung.
- 31 Siehe z.B. die Genfer Deklaration des Weltärztebundes. Zum selben Argument auch Jörk/Kobes, Benachteiligungen im zivilen Rechtsverkehr nach den Regelungen des AGG von Menschen mit Behinderung, für die nach § 1896 BGB eine Betreuerin/ein Betreuer gestellt ist, Gutachten für die Antidiskriminierungsstelle des Bundes, S. 59 f.
- 32 Allgemein hierzu Franke/Schlichtmann, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 19 Rn. 25.
- 33 Detailliert zu dieser Überlegung siehe Jörk/Kobes, Benachteiligungen im zivilen Rechtsverkehr nach den Regelungen des AGG von Menschen mit Behinderung, für die nach § 1896 BGB eine Betreuerin/ein Betreuer gestellt ist, Gutachten für die Antidiskriminierungsstelle des Bundes, S. 58 ff.
- 34 Thüsing, in: MüKo BGB AGG, § 19 Rn. 41; Franke/Schlichtmann, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 19 Rn. 35.
- 35 Vgl. auch Thüsing, in: MüKo BGB AGG, § 19 Rn. 42.
- 36 BT-Drs. 16/1780, S. 42.
- 37 BT-Drs. 16/1780, S. 42.
- 38 So auch Ambrosius, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 19 Rn. 58.
- 39 Vgl. auch BT-Drs. 16/1780, S. 41.
- 40 Ambrosius, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 19 Rn. 59.
- 41 Siehe Erwägungsgrund 4.
- 42 Ambrosius, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 19 Rn. 59.
- 43 Eine mittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 genannten



- Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich (§ 3 Absatz 2 GG).
- 44 Es ist ausreichend, wenn die benachteiligende Person das Vorliegen des Merkmals nur annimmt; vgl. Schrader/Schubert, in: Däubler/Bertzbach, § 3 Rn. 35.
- 45 Siehe hierzu Baer/Bittner/Göttsche; vgl. auch Frings, Diskriminierung aufgrund der islamischen Religionszugehörigkeit im Kontext Arbeitsleben – Erkenntnisse, Fragen und Handlungsempfehlungen, Gutachten für die Antidiskriminierungsstelle des Bundes, S. 26 ff., insbes. 28; Sacksofsky, Mittelbare Diskriminierung und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, Gutachten für die Antidiskriminierungsstelle des Bundes, S. 9.
- 46 Von § 19 Absatz 2 AGG wird das Beispiel hingegen nicht umfasst, da es sich nicht um rassistische Diskriminierung bzw. Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft handelt
- 47 Vgl. zur Notwendigkeit eines Beurteilungs- und Entscheidungsraumes: Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 6. Aufl. 2009, S. 340 Rn. 60 ff.
- 48 Bundesmantelvertrag – Ärzte (BMV-Ä), Stand 01.01.2011.  
zu finden unter: <http://www.kbv.de/rechtsquellen/2310.html>; Stand 20.10.2011.
- 49 Der Regelungsgehalt des Benachteiligungsverbots nach § 19a SGB IV, das ebenfalls von § 2 Abs. 2 Satz 1 AGG benannt ist, spielt für das vorliegende Gutachten keine Rolle.
- 50 Siehe zum sozialrechtlichen Benachteiligungsverbot sowie zum Verhältnis von § 33c SGB I und AGG Eichenhofer, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 2 Rn. 61 ff.
- 51 Die Übernahme der Kosten der Behandlung durch die Krankenversicherung erfolgt, wenn die Ärztin/der Arzt zugelassen ist.
- 52 BVerfGE 11, 30.
- 53 Janda, Medizinrecht, S. 176 f.
- 54 Vgl. § 13 Abs. 7 S. 1 f. BMV-Ä.
- 55 Janda, Medizinrecht, S. 177.
- 56 Zu den möglichen Folgen hiervon s.u., C.2.
- 57 Berufsordnung der Ärztekammer Berlin vom 30. Mai 2005, zuletzt geändert durch den 4. Nachtrag zur Berufsordnung der Ärztekammer Berlin vom 23.09.2009 (ABl. 2010 S. 317).
- 58 Das Gelöbnis entspricht fast wörtlich dem vom Weltärztebund (World Medical Association/WMA) 1948 verabschiedeten „Genfer Gelöbnis“, welches mittlerweile Bestandteil der meisten deutschen ärztlichen Berufsordnungen ist. Es ist zu finden unter: <http://www.bundesaerztekammer.de/page.asp?his=1.109.8911.8912>, Stand: 13.09.2011.
- 59 Berufsordnung der Kammer für Psychologische Psychotherapeuten und Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten im Land Berlin vom 30.11.2006, zuletzt geändert am 03.09.2009, mit aufsichtsrechtlicher Genehmigung vom 12.10.2009.

- 60 Krankenhäuser in Deutschland werden üblicherweise unterschieden nach ihrer Trägerschaft; danach gibt es öffentlich-rechtliche und private Trägerschaften. Für die Beziehung zwischen dem Krankenhaus und der Patientin/dem Patienten ist die Trägerschaft regelmäßig nicht von Bedeutung. Es entsteht, wie auch bei der hausärztlichen Versorgung, ein Behandlungsvertrag, der sich nach dem Zivilrecht richtet (s.o.).
- 61 Vgl. BVerfGE 40, 121 (133).
- 62 Quaas/Zuck, Medizinrecht, S. 499 Rn. 23.
- 63 Quaas/Zuck, Medizinrecht, S. 500 Rn. 25.
- 64 Die Teilnahme an der Bedarfsplanung bzw. dem Finanzierungssystem richtet sich nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG).
- 65 S.a. Janda, Medizinrecht, S. 204.
- 66 Ähnliches ergibt sich auch für die Verfassung von Berlin (VvB) sowie für die unmittelbar als Bundesrecht geltenden europäischen Grundrechte und die entsprechenden Rechte der internationalen Verträge über Menschenrechte.
- 67 In Berlin ergibt sich dies aus § 23 Abs. I Landeskrankenhausgesetz (LKG): „Patienten, die nach ärztlichem Urteil unabweisbar einer Krankenhausversorgung bedürfen, sind zu jeder Zeit in einem Krankenhaus ihrer Wahl nach Maßgabe der stationären Behandlungsmöglichkeiten aufzunehmen.“
- 68 Janda, Medizinrecht, S. 223.
- 69 Quaas/Zuck, S. 523 Rn. 68.
- 70 Vgl. hierzu auch die Facheinschätzung „Assistenzärztin im Krankenhaus“, Juli 2009.
- 71 Dies ergibt sich aus § 6 S. 2 i.V.m. Präambel BlnNeutrG.
- 72 Gesetz über die Kammern und die Berufsgerichtsbarkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Apotheker, Psychologischen Psychotherapeuten und Kinder- und Jugendlichen-psychotherapeuten in der Fassung vom 4. September 1978 (GVBl. S. 1937, 1980), zuletzt durch das Elfte Gesetz zur Änderung des Berliner Kammergesetzes vom 17.03.2010 (GVBl. S. 135) geändert.
- 73 Vgl. § 4 Berliner Kammergesetz.
- 74 Vgl. zur Grundrechtsbindung von Berufskammern die Facheinschätzung Handwerkskammer, April 2011.
- 75 Zu den Gehalten der Berufsordnungen s.o.
- 76 Auch Kammerangehörige können die Eröffnung eines Verfahrens gegen sich selbst beantragen, um sich von dem Verdacht eines Berufsvergehens zu reinigen (§ 29 Abs. 3 S. 1 Berliner Kammergesetz).
- 77 Vgl. die Angaben unter: [http://www.aerztekammer-berlin.de/30buerger/10\\_Aerztliche\\_Behandlung\\_gutes\\_Recht/index.html](http://www.aerztekammer-berlin.de/30buerger/10_Aerztliche_Behandlung_gutes_Recht/index.html); Stand: 12.09.2011.
- 78 Ruffert, in: Kluth (Hrsg.), Handbuch des Kammerrechts, 2. Aufl. 2011, S. 301 f.
- 79 So über die im AGG explizit anerkannte Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung, § 3 Absatz 2 AGG.

**Rechtswissenschaftliches Fachgutachten**

# **Höchstaltersgrenzen und Erfordernisse an die Staatsangehörigkeit bei Einstellungen im öffentlichen Dienst**

**Ausgearbeitet von**

**Dr. Sarah Elsuni**

**unter Mitarbeit von**

**Katharina Bager**

**Jennifer Meißner**



Bei dem vorliegenden Gutachten handelt es sich um eine Hintergrundinformation für Beratungseinrichtungen mit einer Einschätzung der rechtlichen Situation in ausgewählten, häufigen Fällen aus der Beratungsarbeit. Es ist keine Rechtsauskunft im Einzelfall und keine Prognose zum Erfolg juristischer Schritte. Die Rechtslage kann sich ändern; Details spielen immer eine Rolle.

## Sachverhalt

Das Kammergericht Berlin sucht Auszubildende für den Beruf der Justizfachangestellten sowie Rechtspflegeranwärter\_innen. In der in einer Tageszeitung veröffentlichten Ausschreibung wird als Höchstalter 31 Jahre angegeben, wobei klargestellt wird, dass sich dieses Höchstalter auf den Einstellungstag bezieht und die Ausbildung, bzw. der Vorbereitungsdienst jeweils drei Jahre dauern. Zudem wird für eine Ausbildung zur\_m Justizfachangestellten die deutsche Staatsangehörigkeit i.S.d. Art. 116 GG oder die Unionsbürgerschaft der EU gefordert. Für den Vorbereitungsdienst zur Rechtspfleger\_in ist ausschließlich die deutsche Staatsangehörigkeit i.S. d. Art. 116 GG als Anforderung benannt.

## Fragestellungen

- Gibt es einen rechtlichen Rahmen, der den Bereich der Anforderungen an ein Höchstalter und an die Staatsangehörigkeit im Rahmen von Stellenausschreibungen im Anstellungsverhältnis im öffentlichen Dienst und im (Landes) Beamt\_innenverhältnis betrifft?
- Stehen insbesondere antidiskriminierungsrechtliche Regelungen solchen Anforderungen in Ausschreibungen entgegen?
- Welche Spielräume bestehen für das Land Berlin, um Ausschreibungen im öffentlichen Dienst (Anstellungs- und Beamten\_innenverhältnisse betreffend) möglichst diskriminierungsfrei zu gestalten?

## A. Einleitung

Einstellungen im öffentlichen Dienst sowie die damit verbundenen Ausschreibungen betreffen den Bereich des Arbeitslebens. Höchstaltersgrenzen und das Erfordernis des Innehabens einer bestimmten Staatsangehörigkeit können als Beschränkungen des Zugangs zu den betroffenen Berufsfeldern verstanden werden.

Die Facheinschätzung prüft im Wesentlichen

- den rechtlichen Rahmen der für Fragen der Einstellungen im öffentlichen Dienst hinsichtlich Höchstaltersgrenzen und Staatsangehörigkeit besteht (Bundes- und Berliner Landesrecht, dabei Verfassungs- und einfachgesetzliche Ebene),
- ob antidiskriminierungsrechtliche Regelungen grundsätzlich Anwendung auf die Frage der Ausschreibungen und Einstellungen im öffentlichen Dienst finden sowie,
- welchen landesrechtlichen Spielraum die rechtlichen Regelungen zur Ausgestaltung ermöglichen (D.).

Die Untersuchung unterscheidet zwischen Angestellten im öffentlichen Dienst (B.) und (Landes-)Beamt\_innen (C.). Für beide Gruppen wird geprüft, welchen Rahmen das Recht hinsichtlich einer Beschränkung des Höchstalters (I.) sowie in Bezug auf die Staatsangehörigkeit (II.) vorgibt. Dabei spielen vor allem antidiskriminierungsrechtliche Normen eine entscheidende Rolle.

## B. Einstellung von Justizfachangestellten zur Ausbildung (Angestellte im öffentlichen Dienst)

Justizfachangestellte erledigen selbständig und eigenverantwortlich Verwaltungs- und Bürotätigkeiten bei Gerichten und Staatsanwaltschaften. Sie sind überwiegend in Service-Einheiten eingesetzt, in denen Mitarbeitende eines Sachgebiets als Team

zusammenarbeiten. Am Arbeitsplatz der Justizfachangestellten werden Informations- und Kommunikationstechniken (z.B. Computer) aufgabenorientiert eingesetzt.<sup>1</sup> Sie sind sowohl während der Ausbildungszeit als auch nach Übernahme in ein Arbeitsverhältnis als Angestellte im öffentlichen Dienst beschäftigt<sup>2</sup> und damit im Dienst des Landes Berlin als juristische Person des öffentlichen Rechts tätig.<sup>3</sup>

Die Anstellungsverhältnisse von Angestellten im öffentlichen Dienst und ihren öffentlichen Arbeitgeber\_innen sind – ob nun im Ausbildungsverhältnis oder nach Festanstellung – zivilrechtlicher Natur, es handelt sich i.d.R. um privatrechtliche Dienstverträge, deren Ausgestaltung zunächst im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) geregelt ist.<sup>4</sup> Weiterhin findet das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) gem. § 6 i.V.m. § 2 Abs. 1 AGG ebenfalls Anwendung. Das AGG funktioniert hier gewissermaßen als antidiskriminierungsrechtliches Korrektiv und beschränkt die grundsätzliche Autonomie der Vertragsparteien hinsichtlich der Vertragsausgestaltung mit der Maßgabe, nicht aufgrund der in § 1 AGG genannten Kategorien zu diskriminieren. Insofern beziehen sich die folgenden Überlegungen zur Rechtmäßigkeit von Höchstaltersgrenzen sowie Anforderungen an die Staatsangehörigkeit im Rahmen von Einstellungen von Angestellten im öffentlichen Dienst primär auf eine Auseinandersetzung mit den Regelungen des AGG.<sup>5</sup>

## I. Höchstaltersgrenzen

### 1. Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG

Verstößt die Ausschreibung für ein Ausbildungsverhältnis zur\_m Justizfachangestellten,

die eine Höchstaltersgrenze für Bewerbungen vorsieht, gegen Art. 33 Abs. 2 GG?

Art. 33 Abs. 2 GG der den gleichen Zugang jeder\_s Deutschen nach Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung zu jedem öffentlichen Amt regelt, enthält ein grundrechtsgleiches Recht. Die Regelung verfolgt das Ziel, möglichst qualifizierte Bewerbende in die öffentlichen Ämter zu berufen.<sup>6</sup> Er verbietet somit jede ungerechtfertigte Ungleichbehandlung beim Zugang zu einem öffentlichen Amt. Der Begriff des öffentlichen Amtes ist dabei weit zu verstehen. Er umfasst neben dem Beamt\_innentum auch Angestellte im öffentlichen Dienst. Ebenfalls erfasst sind Ausbildungsverhältnisse, sofern – wie im vorliegenden Beispiel – ein Dienstverhältnis begründet wird bzw. ausschließlich für ein öffentliches Amt ausgebildet wird.<sup>7</sup>

Durch die Begrenzung der Ausschreibung auf Personen unterhalb einer bestimmte Altersgrenze wird der Zugang zu dem konkreten Ausbildungsverhältnis geregelt, genauer: für all jene jenseits der Altersgrenze beschränkt.

Eine solche Beschränkung stellt jedoch nur einen Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG dar, wenn sie nicht gerechtfertigt ist. Eine Rechtfertigung ist durch kollidierendes Verfassungsrecht möglich. Voraussetzung dabei ist, dass die Beschränkung auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, die ausreichend bestimmt auf die Abweichung bezogen ist.<sup>8</sup> Eine solche gesetzliche Grundlage, die Altersgrenzen für die Einstellung im öffentlichen Dienst und kon-

kreter für Ausbildungsverhältnisse zum\_r Justizfachangestellten vorsieht (und damit auch für Bewerbungen), sieht weder das Bundesrecht noch das das Berliner Landesrecht vor. Vielmehr erfolgt die Ausschreibung hinsichtlich der Einstellungsvoraussetzungen auf Grundlage eines Rundschreibens der Senatsverwaltung für Inneres und Sport vom 02.08.1993, wonach bei Justizfachangestellten die gleichen Voraussetzungen zu verlangen sind, die bei zukünftigen Beamt\_innen gem. § 5 VLVO<sup>9</sup> vorliegen müssen. Eine solche verwaltungsinterne Anweisung kann mangels Gesetzeseigenschaft keine gesetzliche Grundlage darstellen, die für eine Grundrechtseinschränkung ausreichend wäre.

Insofern verstößt die Ausschreibung gegen Art. 33 Abs. 2 GG, da keine (landes-)rechtliche Grundlage für die Beschränkung besteht.

## **2. Verstoß gegen das AGG**

Verstößt eine Ausschreibung für Angestellte im öffentlichen Dienst (in diesem Fall für Auszubildende für den Beruf der\_des Justizfachangestellten), die eine Höchstaltersgrenze (im Fallbeispiel von 31 Jahren) vorsieht, gegen das AGG?

Die Anwendbarkeit des AGG ergibt sich aus den §§ 2 und 6: Während der sachliche Anwendungsbereich des AGG gem. § 2 Abs. 1 AGG die Bedingungen (einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen) für den Zugang zu unselbständiger Erwerbstätigkeit (Nr. 1) sowie den Zugang zu allen Formen und Ebenen der Berufsbildung einschließlich der Berufsausbildung (Nr. 3) umfasst, regelt das AGG gemäß § 6 Abs. 1 AGG in persönlicher Hinsicht in Abschnitt 2 den Schutz von Beschäftigten vor Benachteiligungen. Von letzterem sind auch Angestellte des öffentlichen Dienstes erfasst.<sup>10</sup> § 6 Abs. 1 Nr. 2 AGG schließt zudem auch die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten ein.



a. Benachteiligung (Ungleichbehandlung) beim Zugang zum öffentlichen Dienst, § 7 Abs. 1 i.V.m. § 11 und 3 Abs. 1 AGG

§§ 7 Abs. 1 i.V.m. §§ 11 und 3 Abs. 1 AGG benennen die Voraussetzungen, die für die Feststellung einer Diskriminierung bestehen.

Gem. § 7 AGG sind Diskriminierungen aufgrund des Alters (vgl. § 1 AGG) im Bereich Beschäftigung verboten. § 11 AGG bezweckt zudem das Unterbleiben einer Diskriminierung schon bei der Ausschreibung einer Stelle. § 11 unterstützt und ergänzt insofern das Diskriminierungsverbot des § 7 AGG.<sup>11</sup> Zudem stellt § 11 AGG Anforderungen an die Ausgestaltung von Ausschreibungen – hier nach ist zwingend verboten, eine Ausschreibung in (unmittelbar oder mittelbar) diskriminierender Art und Weise vorzunehmen.<sup>12</sup> Auch für die Formulierungen von Ausschreibungen für den öffentlichen Dienst gilt § 11 AGG uneingeschränkt.<sup>13</sup> Gem. § 3 Abs. 1 AGG liegt eine unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Alters vor, wenn eine Person auf Grund ihres Alters eine weniger günstigere Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Die in § 1 AGG aufgezählte Kategorie Alter umfasst dabei das Lebensalter,<sup>14</sup> also die seit der Geburt eines Menschen verstrichene Zeit.<sup>15</sup>

Ein Ausschreibungstext, der (wie im vorliegenden Fall) ein Höchstalter von 31 Jahren festsetzt, schließt Personen über dieser Altergrenze aus. Da er bekundet, dass diesen die Bewerbungsmöglichkeit für eine (Ausbildungs-)Stelle im öffentlichen Dienst verwehrt wird, erfahren diese Personen in direkter Anknüpfung an ihr Lebensalter eine wesentlich ungünstigere Behandlung hinsichtlich der Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen als Personen, die das vorgegebene Höchstalter noch nicht erreicht haben. Die Kategorie „Alter“ im Sinne des AGG ist damit betroffen.

Ein solcher Ausschreibungstext verstößt gegen die Vorgabe des § 11 AGG. § 11 AGG wirkt sich als Begründung einer Diskriminierungsvermutung gem. § 7 Abs. 1 AGG aus. Die Vermutung einer Diskriminierung reicht prozessual aus, um eine Rechtfertigungspflicht entstehen zu lassen.<sup>16</sup> Daher ist auch unerheblich, wenn weitere Nachforschungen zu dem konkreten Fallbeispiel ergeben, dass die Zugangsvoraussetzungen des Kammergerichts Berlin die Altersgrenze als Soll-Bestimmung formulieren.<sup>17</sup> Denn das Vorliegen eines Ausschreibungstextes, der die Höchstaltersgrenze als zwingend beschreibt, begründet nach § 11 AGG die Vermutung einer Diskriminierung gem. § 7 Abs. 1 AGG, unterschiedliche Formulierungen an die Bewerbungsanforderungen durch ein anderes Medium (hier Internetpräsenz) spielen damit keine Rolle mehr.<sup>18</sup>

Die im Ausschreibungstext enthaltene Höchstaltersgrenze stellt eine unmittelbare Ungleichbehandlung i.S.d. § 7 Abs. 1 i.V.m. § 11 und § 3 Abs. 1 AGG dar.

### **b. Rechtfertigung der Benachteiligung**

Die Ungleichbehandlung wird jedoch nur dann zur Diskriminierung und verstößt nur dann gegen das AGG, sofern sie nicht gerechtfertigt ist. Das AGG regelt in den §§ 8 ff. unter welchen Voraussetzungen unterschiedliche Behandlungen gerechtfertigt sind. Zu prüfen ist daher, ob die Höchstaltersgrenze eine berufliche Anforderung i.S.d. § 8 AGG (1) darstellt bzw. gem. § 10 AGG (2) zulässig ist.

### *(1) Berufliche Anforderung, § 8 Abs. 1 AGG*

Eine Höchstaltersgrenze ist dann eine berufliche Anforderung, wenn sie sich aus der Art der Tätigkeit oder aus den Bedingungen der Ausübung der Tätigkeit ergibt. Es muss sich also um spezifische Anforderungen des jeweiligen Arbeitsplatzes handeln,<sup>19</sup> die wesentliche und entscheidende Voraussetzung der Tätigkeit sind.<sup>20</sup> Es geht um die konkreten Inhalte der geschuldeten Leistungen und um die genauen Umstände der Leistungserbringung.

Das Tätigkeitsfeld von Justizfachangestellten sowie von Auszubildenden für diesen Bereich enthält keine speziellen Anforderungen an das Alter der Beschäftigten. Insofern stellt eine Höchstaltersgrenze keine berufliche Anforderung dar und kann nicht nach § 8 Abs. 1 AGG gerechtfertigt werden.

### *(2) Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen des Alters, § 10 AGG*

Die Höchstaltersgrenze könnte jedoch gem. § 10 AGG gerechtfertigt sein. Ungleichbehandlungen auf Grund des Alters können in § 10 AGG eine eigene Rechtfertigungsgrundlage finden. Hiernach ist eine unterschiedliche Behandlung zulässig, wenn sie objektiv und angemessen ist und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt wird (§ 10 S. 1, 2 AGG). Die Höchstaltersgrenze muss also verhältnismäßig sein; erste Voraussetzung ist, dass sie einen legitimen Zweck verfolgt.

§ 10 Satz 3 enthält einen Beispielkatalog von möglichen zulässigen Ungleichbehandlungen aufgrund des Alters; das AGG benennt hier Ziele und Mittel, die eine Altersdiskriminierung einschließen kann, die jedoch noch weiteren Anforderungen (nämlich denen der Verhältnismäßigkeit gem. Satz 1 und 2) unterworfen ist.<sup>21</sup> Einschlägig ist § 10 Satz 3 Nr. 3 AGG, der die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellungen vorsieht. Bezugspunkt

sind hierfür spezifische Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes oder die Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand. Das AGG definiert hierdurch mögliche Ziele, die mit Höchstaltersgrenzen bei Einstellungen verfolgt werden können<sup>22</sup> und beschränkt die möglichen Ziele auf die beiden genannten Aspekte.<sup>23</sup>

Für den Beruf der\_des Justizfachangestellten ergeben sich keine spezifischen Ausbildungsanforderungen, so dass diese einen legitimen Zweck nicht begründen können.

Der Bezug auf angemessene Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand verdeutlicht, dass bei einer aufwendigeren Einarbeitung von Menschen, die bereits nahe am Rentenalter sind, auch eine betriebswirtschaftlich sinnvolle Mindestdauer einer produktiven Arbeitsleistung gegenüberstehen muss.<sup>24</sup> Die Regelung zielt somit auch darauf, dem Dienstherrn unverhältnismäßige Aufwendungen zu ersparen, die sich entweder aus den zunächst vorfinanzierten Ausbildungskosten ergeben oder aus der Verpflichtung des\_der Arbeitgebenden, unabhängig von der konkreten Dauer einer ggf. spät begonnenen Beschäftigung, ein verhältnismäßig hohes Maß an Leistungen für die Zeit des Ruhestands zu erbringen.<sup>25</sup> Es bestehen zum einen jedoch keine Hinweise darauf, dass die Ausbildung zur\_m Justizfachangestellten mit hohen Kosten für das Land als Dienstherrn verbunden ist. Zum anderen ist nicht ersichtlich, dass sich für das Land als Dienstherrn im Rahmen eines Anstellungsverhältnisses Verpflichtungen für Leistungen in der Zeit des Ruhestands ergeben, die außer Verhältnis zur Dauer des Beschäftigungsverhältnisses stehen. Somit ist auch dieses legitime Ziel vorliegend nicht gegeben.<sup>26</sup>

### 3. Zwischenfazit

Aufgrund mangelnder Rechtsgrundlage verstößt die Höchstaltersgrenze gegen Art. 33 Abs. 2 GG, der für alle Deutschen den gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern gewährt.

Zudem handelt es sich bei der Festsetzung der Höchstaltersgrenze auf 31 Jahre für ein Ausbildungsverhältnis zur\_m Justizfachangestellten um eine Ungleichbehandlung im Sinne des AGG, die nicht gerechtfertigt ist. Sie stellt damit einen Verstoß gegen § 7 Abs. 1 i.V.m. § 11 und § 3 Abs. 1 AGG dar.

Ausschreibungen für Ausbildungsverhältnisse zur\_m Justizfachangestellten, die diese Anforderungen enthalten, verstoßen somit gegen geltendes Recht.

## II. Staatsangehörigkeit

Setzen Ausschreibungen für Beschäftigungsverhältnisse im öffentlichen Dienst als Anforderungen voraus, dass Bewerbende deutsche Staatsangehörige und/oder Unionsbürger\_innen sind, so stellt sich hier die Frage, ob dieses Erfordernis rechtlich geboten ist (1.) oder gar in Widerspruch mit geltendem (Antidiskriminierungs-)Recht steht (2.).

### 1. Gesetzliche Anforderung

Für Angestellte im öffentlichen Dienst gibt es keine gesetzliche Regelung, die besondere Anforderungen an die Staatsangehörigkeit der Beschäftigten stellt.<sup>27</sup> Das Land als Dienstherr ist rechtlich nicht daran gebunden, Bewerbungen und später auch Anstellungsverhältnisse von dem Innehaben einer (bzw. einiger) bestimmter Staatsangehörigkeiten abhängig zu machen.

## 2. Verstoß gegen antidiskriminierungsrechtliche Regelungen

Es stellt sich daher weiter die Frage, ob es ggf. gegen geltendes Recht verstößt, wenn Ausschreibungen für Ausbildungsverhältnisse zur\_m Justizfachangestellten explizit die deutsche Staatsangehörigkeit oder Unionsbürger\_innenschaft voraussetzen.

Als entgegenstehendes Recht kommen dabei Art. 3 I GG (a), das AGG (b) sowie das Berliner Personalvertretungsgesetz (c) in Betracht.

### a. Art. 3 Abs. 1 GG

Verstößt die Ausschreibung gegen den in der Verfassung verankerten allgemeinen Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG), indem die Ausschreibung Drittstaatsangehörige (= Personen ohne deutsche Staatsbürgerschaft oder Unionsbürgerschaft) und Staatenlose im Vergleich zu Deutschen oder Unionsbürger\_innen ungleich behandelt?<sup>28</sup>

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG garantiert allen Menschen Gleichheit vor dem Gesetz. Wie das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) mit Beschluss vom 07.02.2012 zur Frage des Ausschlusses von Personen aus Gründen der Staatsangehörigkeit vom Landeserziehungsgeld entschieden hat, steht dieses Grundrecht auch Drittstaatsangehörigen zu.<sup>29</sup> Es bindet die gesamte öffentliche Gewalt (also Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung) an die Verpflichtung zur Gleichbehandlung in diesem Sinne (vgl. Art. 3 Abs. 1, Art. 1 Abs. 3 GG). Das bedeutet allerdings nicht, dass der öffentlichen Gewalt damit generell untersagt sei, nach der Staatsangehörigkeit zu differenzieren. Jedoch bedarf es in Fällen, in denen an die Staatsangehörigkeit als Unterscheidungsmerkmal angeknüpft wird, eines hinreichenden Sachgrundes zur Rechtfertigung, denn nicht jede

grundlose Ungleichbehandlung von Drittstaatsangehörigen und Deutschen/Unionsbürger\_innen hat vor Art. 3 Abs. 1 GG Bestand.<sup>30</sup>

Im vorliegenden Fall wird der Zugang zu einer Beschäftigung (genauer zu einem Ausbildungsverhältnis zur Justizfachangestellten) unter Berufung auf die fehlende deutsche Staatsangehörigkeit bzw. Unionsbürger\_innenschaft beschnitten. In Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG gewährt Art. 3 Abs. 1 GG grundsätzlich auch Drittstaatsangehörigen (gleichen) Zugang zum Beruf,<sup>31</sup> so dass eine Ungleichbehandlung vorliegt.

Allerdings könnte sie gerechtfertigt sein und somit nicht gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen. Im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen an den eine Ungleichbehandlung rechtfertigenden Sachgrund ergeben sich aus Art. 3 Abs. 1 GG je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen, die von gelockerten auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können. In dem konkret zu prüfenden Fall sind strengere Anforderungen – im Sinne einer Verhältnismäßigkeitsprüfung – an die Rechtfertigung zu stellen. Die verfassungsrechtlichen Anforderungen verschärfen sich, je weniger die Merkmale, an die die Differenzierung anknüpft, für den Einzelnen verfügbar sind.<sup>32</sup> Dies ist der Fall bei dem Merkmal „Staatsangehörigkeit“, über das einzelne Personen schwer verfügen können.<sup>33</sup> Bei solch personenbezogenen Differenzierungen ist regelmäßig von einer strengen Bindung des Gesetzgebers und der Verwaltung auszugehen.<sup>34</sup>

Das bedeutet:

Zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung ist ein legitimer Zweck erforderlich, der die Benachteiligung von Drittstaatsangehörigen tragen kann und der durch die ungleiche Behandlung im Rahmen der Ausschreibung geeignet umgesetzt werden kann.<sup>35</sup> Damit ist zunächst zu überlegen, ob die Ausschreibung mit der beschriebenen Zugangsbeschränkung auf Grund der Staatsangehörigkeit zur Ausbildung als Justizfachangestellte\_r einen legitimen Zweck verfolgt. Ein solcher lässt sich jedenfalls nicht direkt dem Ausschreibungstext oder der einschlägigen Ausbildungsverordnung<sup>36</sup> entnehmen. Daher werden im Folgenden die Punkte staatsnahe Tätigkeit, Einwanderungs- sowie Arbeitsmarktpolitik als mögliche legitime Ziele erörtert.

In beamtenrechtlichen Argumentationen werden oft die staatsnahe Tätigkeit und die Ausübung hoheitlicher Befugnisse angeführt, die von Beamt\_innen ausgeübt werden. Gemäß § 7 Abs. 2 des Beamtenstatusgesetz (BeamtStG) dürfen „wenn die Aufgaben es erfordern“ nur deutsche Staatsangehörige<sup>37</sup> zu Beamt\_innen ernannt werden. Diese Einschränkung nur auf die deutsche Staatsangehörigkeit zeigt den Bezug auf die Staatsnähe der Tätigkeiten. Für die Bejahung der Staatsnähe braucht es allerdings eine dringende Notwendigkeit, die die nationale Bindung rechtfertigt und die es verbietet, andere Personen als Deutsche mit der Wahrnehmung dieser Aufgaben zu betrauen.<sup>38</sup> Unter diese Art „staatsnaher Tätigkeiten“ fallen z.B. Ämter im Bereich des Verfassungsschutzes, der Rechtspflege, des Justizvollzugsdiensts und der Gefahrenabwehr.<sup>39</sup> Im vorliegenden Fall geht es allerdings um Justizfachangestellte – nicht um Beamt\_innen, so dass das BeamStG nicht direkt anwendbar ist.



Kann jedoch ein Vergleich gezogen werden, so dass eine staatsnahe Tätigkeit auch hier das legitime Ziel ausmachen kann? Wie bereits dargelegt, erledigen Justizfachangestellte Verwaltungs- und Bürotätigkeiten bei Gerichten und Staatsanwaltschaften. Sie sind überwiegend in Service-Einheiten eingesetzt, in denen Mitarbeiter\_innen eines Sachgebiets als Team zusammenarbeiten. Am Arbeitsplatz der Justizfachangestellten werden Informations- und Kommunikationstechniken (z.B. Computer) aufgabenorientiert eingesetzt. Das Tätigkeitsprofil umfasst die Bearbeitung der Post, das Anlegen von Akten, das Veranlassen von Zustellungen, Kostenberechnungen, Fristenberechnungen sowie das Anfertigen von gerichtlichen Entscheidungen und Verfügungen nach Anweisung am PC.<sup>40</sup>

Es handelt sich vorwiegend um Sachbearbeitungstätigkeiten, die das Erfordernis bestimmter Staatszugehörigkeit(en) nicht erkennen lassen. Eine besondere Staatsnähe ist bei diesem Tätigkeitsbereich der Justizfachangestellten auszuschließen.<sup>41</sup>

Als zweite Überlegung könnte die (folgend noch genauer zu beschreibende<sup>42</sup>) Ausrichtung der Antirassismus-Richtlinie, unterschiedliche Behandlungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit zur Regelung der Einwanderungspolitik zuzulassen, als legitimer Zweck angeführt werden.

Dieses Ziel wird jedoch mit aufenthaltsrechtlichen Regelungen erreicht. Davon abgesehen wäre die erfolgte Ausschreibung als Maßnahme zur Erreichung dieses Zwecks nicht geeignet. Dies wäre sie nur, wenn die Ausschreibung im Sinne einer Kausalität dazu beitragen könnte, den Zweck zu erreichen. Einwanderungspolitische Zielsetzungen sind jedoch nicht über die Ausschreibung und Einstellungspolitik landesrechtlicher Anstellungsverhältnisse wie Ausbildungen zur\_m Justizfachangestellten zu steuern und zu erreichen.

Schließlich könnte die Sicherung von Arbeitsplätzen für deutsche Staats- und Unionsbürger\_innen und damit Arbeitsmarktpolitik einen legitimen Zweck darstellen, den Zugang zur Justizfachangestelltenausbildung zu beschränken. Allerdings ist nicht erkennbar, dass hier überhaupt ein Handlungsbedürfnis besteht. Es ist kein zu lösendes Problem in der Art ersichtlich, dass Deutsche und Unionsbürger\_innen gefährdet sind, in Deutschland keine Arbeitsplätze mehr zu finden und deshalb gerade im Bereich der Justizfachangestellten gegenüber Nicht-Unionsangehörigen bevorzugt werden müssten.

Ein legitimer Zweck kann somit aus diesem Aspekt nicht abgeleitet werden. Selbst bei Bejahung eines legitimen Zwecks, würde eine mögliche Rechtfertigung im Rahmen der Prüfung der Erforderlichkeit bzw. Angemessenheit scheitern, zumal an die Rechtfertigung hohe Anforderungen zu stellen sind (s.o.).

Weitere legitime Zwecke, anhand derer die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen wäre, sind hier nicht ersichtlich. Insofern stellt die Ausschreibung zur\_m Justizfachangestellten mit dem Erfordernis der deutschen Staatsangehörigkeit bzw. der Unionsbürger\_innenschaft einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG dar.

## b. AGG

Daneben könnte auch das AGG entgegenstehen. Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG (wie er für die Höchstaltersgrenze bejaht wurde) kann sich grundsätzlich nur ergeben, sofern eine in § 1 AGG genannte Kategorie betroffen ist. Staatsangehörigkeit ist in § 1 AGG als Kategorie nicht aufgezählt.

## *(1) Unmittelbare Diskriminierung*

Kann das Anknüpfen an Staatsangehörigkeit dennoch eine unmittelbare Benachteiligung i.S.d. § 3 Abs. 1 AGG darstellen?

Als Bezugspunkt des AGG kommt die Kategorie „ethnische Herkunft“ sowie rassistische Diskriminierung in Betracht. Eine unmittelbare Benachteiligung könnte dann vorliegen, wenn eine Person auch bei direktem Abstellen auf die Staatsangehörigkeit wegen ihrer ethnischen Herkunft oder rassistisch benachteiligt wird.

Eine ähnliche Konstruktion für die Kategorie „Geschlecht“ sieht das AGG in § 3 Abs. 1 Satz 2 vor: eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts liegt auch bei Anknüpfen an Schwangerschaft oder Mutterschaft vor. Die Logik dahinter ist, dass eine unmittelbare Diskriminierung auch bei Anknüpfen an andere Bezugspunkte zu bejahen ist, wenn ausschließlich Personen wegen einer in § 1 AGG genannten Kategorie betroffen sind.

Zunächst ist zu klären, was unter den Rechtsbegriffen „Rasse“ und „ethnische Herkunft“ zu verstehen ist. Beide in § 1 AGG genannten Kategorien sind bisher nicht eindeutig in ihrem Umfang und Wirkungsgehalt geklärt. In Literatur und Rechtsprechung scheint Einigkeit lediglich darüber zu herrschen, dass sie weit und unter Berücksichtigung von internationalen Menschenrechtsabkommen, insbesondere der Antirassismuskonvention (CERD) auszulegen sind.<sup>43</sup> Ziel ist dadurch einen lückenlosen Schutz vor rassistischen und ethnisch motivierten Benachteiligungen zu gewährleisten.<sup>44</sup>

Die in CERD genannten Kriterien „Benachteiligungen auf Grund der Rasse der Hautfarbe, der Abstammung, des nationalen Ursprungs oder des Volkstums“ können dann als Indiz dafür dienen, eine „Ethnie“ zu bestimmen. Dabei ist zu beachten, dass Benach-

teiligungen in der Regel aufgrund vorurteilsgeprägter Zuschreibungen von Eigenschaften stattfinden und nicht aufgrund der einer „Ethnie“ tatsächlich anhaftenden Eigenschaften (deren Existenz als gesellschaftliche Konstruktion ohnehin zweifelhaft ist).

Im Ergebnis ist der Begriff „ethnische Herkunft“ (ebenso wie der Begriff „Rasse“) im Antidiskriminierungsrecht daher so zu verstehen, dass er Gruppierungen von Menschen umfasst, die als fremd wahrgenommen werden, weil sie von der regionalen Mehrheit als nicht zugehörig angesehen werden.<sup>45</sup> Ob die „Fremdheit“ und das „Andersein“ der Realität entspricht oder nur „zuschrieben“ ist, spielt dabei keine Rolle.<sup>46</sup>

Die Frage, ob Staatsangehörigkeit als solche unmittelbar unter die Kategorie der ethnischen Herkunft subsumiert werden kann, wird in der Fachliteratur durchaus kontrovers diskutiert.

Ein Blick in die Antirassismus-Richtlinie<sup>47</sup>, die gem. Art. 3 Abs. 2 „nicht unterschiedliche Behandlungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit [betrifft] und nicht die Vorschriften und Bedingungen für die Einreise von Staatsangehörigen dritter Staaten oder staatenlosen Personen in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten oder deren Aufenthalt in diesem Hoheitsgebiet [...]“ berührt, klärt die Frage auch nicht auf den ersten Blick.

Denn es herrscht Uneinigkeit bezüglich der Auslegung dieser Richtlinienregelung. So wird teilweise vertreten, dass sie nur auf hoheitliche Handlungen der Nationalstaaten anwendbar sei.<sup>48</sup> Im zivilrechtlichen Rechtsverkehr, wie bei Arbeitsverträgen, soll eine Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit hingegen verboten sein. Folgt man dieser Ansicht, so wäre eine unmittelbare Benachteiligung zu bejahen.<sup>49</sup>

Allerdings differenziert der Gesetzeswortlaut des Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie ausdrücklich nicht zwischen privatem oder hoheitli-

chem Handeln. Vielmehr wird in Art. 3 Abs. 1, mit dem Abs. 2 systematisch im Zusammenhang gelesen werden muss, gerade erklärt, dass die Richtlinie sowohl für den öffentlichen als auch privaten Bereich einschließlich öffentlicher Stellen gilt. Art. 3 Abs. 2 1. Halbsatz („Diese Richtlinie betrifft nicht unterschiedliche Behandlungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit...“) ist somit als Klarstellung des Abs. 1 zu verstehen, Staatsangehörigkeit hiervon auszunehmen. Wird daher in Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie eine Differenzierung zwischen öffentlichen (=hoheitlichen) und privaten Handlungen angenommen, verstößt das gegen Wortlaut und Systematik der Norm.<sup>50</sup>

Allein aufgrund der Auslegung der Antirassismusrichtlinie kann also keine unmittelbare Benachteiligung angenommen werden.

Das schließt jedoch nicht aus, dass sich der Schutz des AGG unmittelbar auf Staatsangehörigkeit beziehen kann, da dieser über den in den Richtlinien gesetzten (Mindest-) Standard hinausgehen kann. Werden also durch die Ausschreibung, die direkt die Staatsangehörigkeit adressiert, Personen unmittelbar aufgrund ihrer ethnischen Herkunft oder rassistisch benachteiligt?

Es ist offensichtlich, dass zur Bejahung eine enge Verknüpfung bestehen muss, somit Staatsangehörigkeit dem Begriff der ethnischen Herkunft immanent bzw. eng mit ihm verknüpft sein müsste. Dies wird zum Teil grundsätzlich verneint. Die Staatsangehörigkeit kennzeichne „eine rein staatsrechtliche Beziehung zum jeweiligen Staat, ohne damit etwas über die ethnische Herkunft der Staatsangehörigen auszusagen“,<sup>51</sup> zudem können Angehörige einer „Ethnie“ durchaus unterschiedliche Staatsangehörigkeiten besitzen. Insbesondere seien hier Bestimmungen gemeint, die den Zugang zu Beschäftigung und Beruf regeln. Sinn dieser Regelung sei, das souveräne Recht der Mitgliedstaaten die Einwanderungspolitik ihren Vorgaben entsprechend zu regeln, nicht zu durchkreuzen.<sup>52</sup>

Für die Frage, ob es sich bei Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit in Stellenausschreibungen um eine unmittelbare Benachteiligung i.S.d. § 3 Abs. 1 i.V.m. § 1 AGG handelt, scheint allerdings eine differenzierte Betrachtung von Nöten: Handelt es sich um eine Ausschreibung im privaten Arbeitssektor oder im öffentlichen Dienst? Denn hier ist ein wesentlicher Unterschied anzunehmen.

Eine Ausschreibung von privaten Arbeitgebenden, die eine Einstellung „nur von Deutschen“ vorsehen (und damit erst einmal an die Staatsangehörigkeit anknüpfen), scheint durchaus als unmittelbare rassistische Diskriminierung bzw. unmittelbare Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft qualifiziert werden zu können.<sup>53</sup> Denn privaten Arbeitgebenden dürfte es in der Regel nicht um die Staatsangehörigkeit „auf dem Papier“ gehen, vielmehr dürfte die Bedienung von rassistischen Vorurteilen zu solchen Einschränkungen im Rahmen von Ausschreibungen führen.

Die tatsächliche Nationalität ist im privaten Sektor in den meisten Fällen belanglos, vielmehr sind „private“ Stellenangebote „nur für Deutsche“ als rassistisch motivierte Ausschließungsversuche zu sehen. Es geht um die Abweisung von als „fremd“ wahrgenommenen und markierten Menschen. So ist davon auszugehen, dass z.B. Schwarze Deutsche trotz vorliegender deutscher Staatsangehörigkeit ebenfalls ausgeschlossen würden. Als Differenzierungsmaßstab wird die Frage vorgeschlagen, ob die Vorlage eines deutschen Passes von Menschen mit nicht als typisch deutsch zugeschriebenem Aussehen das Verhalten ändern würde.<sup>54</sup>

Bei Bewerbungsverfahren im öffentlichen Dienst dürfte das Aussehen von Menschen (und damit die Hautfarbe, zugeschriebener Migrationshintergrund etc.) in einem ersten Schritt unerheblich sein, dem Staat als Arbeitgebendem wird hier ein „formales“ An-

knüpfen an Staatsangehörigkeit zu unterstellen sein.<sup>55</sup> (Sichtbarer) Migrationshintergrund, Hautfarbe etc. sind dabei erst einmal unerheblich,<sup>56</sup> so dass nicht ausschließlich hierdurch als „fremd“ markierte Personen betroffen sind.

Im Ergebnis handelt es sich bei der Ausschreibung einer Stelle im öffentlichen Dienst, die auf bestimmte Staatsangehörigkeiten beschränkt ist, nicht um eine unmittelbare Diskriminierung gem. § 3 Abs. 1 AGG.<sup>57</sup>

## *(2) Mittelbare Diskriminierung*

Ein Verstoß gegen das AGG liegt jedoch auch vor, wenn die Benachteiligung mittelbar ist. Insofern ist zu prüfen, ob es sich bei einer Ausschreibung, die den Zugang zu einem Ausbildungsberuf im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses im öffentlichen Dienst auf wenige Nationalitäten begrenzt, um eine mittelbare Diskriminierung gem. § 3 Abs. 2 AGG handelt. Eine mittelbare Diskriminierung liegt danach vor, wenn eine scheinbar neutrale Vorschrift wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes (hier: ethnische Herkunft) gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen kann.

Die Anknüpfung an eine bestimmte Staatsangehörigkeit stellt dann eine mittelbare Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft dar, wenn Angehörige einer oder bestimmter „Ethnien“ von der Maßnahme nachteiliger betroffen sein können als andere.

Damit geht es gerade nicht um Intentionen von Diskriminierungshandlungen – wie zum Teil im Falle der unmittelbaren Diskriminierung. Es kommt vielmehr darauf an, ob sich eine Maßnahme auf eine Gruppe nachteiliger auswirkt als auf eine andere. Die Frage

ist, ob eine Ausschreibung und Einstellungspolitik, die ausschließlich Drittstaatsangehörige bzw. Staatenlose ausschließt, den Effekt haben, dass Personen aufgrund ihrer ethnischen Herkunft gegenüber anderen nachteilig betroffen sind.

Zunächst macht sich die nachteilige Behandlung (wiederum) an der Staatsangehörigkeit fest: Drittstaatsangehörige bzw. Staatenlose sind im Vergleich zu deutschen Staatsangehörigen und Unionsbürger\_innen nachteilig betroffen. Die Staatsangehörigkeit kann hier jedoch nicht als Kriterium herangezogen werden, um eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft zu begründen.

Es muss vielmehr festgestellt werden, dass Menschen wegen ihrer ethnischen Herkunft benachteiligt werden. Erfordert wie im vorliegenden Beispiel eine Stellenausschreibung die deutsche Staatsangehörigkeit und/oder die Unionsbürger\_innenschaft, so sind potentiell Bewerbende nachteilig betroffen, die keine dieser Staatsangehörigkeiten haben.

Zu fragen ist daher, ob das Merkmal der Staatsangehörigkeit in der Art an die ethnische Herkunft anknüpft, dass eine Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit eine Benachteiligung aller „nicht EU-Ethnien“ gegenüber den „EU-Ethnien“ mit Unionsbürger\_innenschaft darstellt. Kann also von dem Innehaben einer Staatsangehörigkeit auf eine bestimmte ethnische Herkunft geschlossen werden? Die Rechtslage hierzu ist bislang nicht geklärt.

Im Folgenden werden das Für (also Gründe für die Bejahung einer mittelbaren Diskriminierung) und das Wider (im Sinne einer restriktiven Auslegung des AGG) dargelegt.



Für die Zuordnung der deutschen Staatsangehörigkeit liegt der Gedanke des Rückschlusses der Staatsangehörigkeit auf eine bestimmte ethnische Herkunft nicht allzu fern. Bis zur Reform des Staatsangehörigkeitsrechts im Jahr 1999<sup>58</sup> galt für den Geburtserwerb der Staatsangehörigkeit das Abstammungsprinzip, wonach ein Elternteil Deutsch sein musste.<sup>59</sup>

Dieses Prinzip gilt primär noch immer, wurde aber in Teilen aufgegeben durch die teilweise Einführung des Territorialprinzips erweitert, wonach bei ausländischen Eltern die Geburt im Bundesgebiet ausreicht, wenn ein Elternteil seit acht Jahren seinen Aufenthalt dort hat und Unionsbürger\_in ist.<sup>60</sup>

Unionsbürger\_in ist, wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt (Art. 20 Abs. 1 Satz 2 AEUV<sup>61</sup>). Da die Unionsbürger\_innenschaft an die Mitgliedsstaatsangehörigkeiten gekoppelt ist, variieren die Erwerbstatbestände, um Unionsbürger\_in zu werden zum Teil stark. In den einzelnen EU-Mitgliedsstaaten werden unterschiedliche Bedingungen gestellt, so dass je nach Regelung die Möglichkeit besteht, unabhängig von der Abstammung z.B. durch Geburt im Staatsgebiet<sup>62</sup>, mehrjährigen Aufenthalt in einem Mitgliedsstaat<sup>63</sup> oder durch Eheschließung mit einer\_m Unionsbürger\_in<sup>64</sup> die Unionsbürger\_innenschaft zu erlangen. Damit ist der Erwerb der Unionsbürger\_innenschaft im Vergleich zur deutschen Staatsangehörigkeit weniger direkt mit der (vermeintlich ethnischen) Abstammung verknüpft.

Da der Ausschreibungstext zur Ausbildung zur\_m Justizfachangestellten sowohl die deutsche Staatsangehörigkeit als auch die Unionsbürger\_innenschaft voraussetzt, bedeutet es also nicht, dass mit Drittstaatsangehörigen (bzw. Staatenlosen) automatisch und ausschließlich Personen von „nicht-EU-ethnischer Herkunft“ betroffen sind.

Im Sinne einer restriktiven Auslegung wird daher darauf verwiesen, dass damit auch nicht von einer mittelbaren Benachteiligung i.S.d. § 3 Abs. 2 AGG aufgrund des Merkmals der „ethnischen Herkunft“ gesprochen werden könne. So macht der Bayerische Verwaltungsgerichtshof München in seiner Entscheidung vom 14.08.2008 deutlich, dass in einer an die Staatsangehörigkeit anknüpfenden Differenzierung „keine verbotene Ungleichbehandlung aufgrund der ‚ethnischen Herkunft‘ gesehen werden“ könne.<sup>65</sup>

Dies wird mit dem Auseinanderfallen von Staatsangehörigkeit und ethnischer Herkunft begründet, da auch Personen „nicht-deutscher Ethnie“ deutsche Staatsangehörige sein können sowie Personen „deutscher Herkunft oder Volkszugehörigkeit“ eben keine deutschen Staatsbürger\_innen. Ein weiteres gegen die Annahme mittelbarer Diskriminierung angebrachtes Argument ist, dass eine wegen der Staatsangehörigkeit differenzierende Maßnahme sich nicht auf eine bestimmte „Ethnie“ nachteilig auswirke, sondern alle nicht positiv erfassten ethnischen Zugehörigkeiten nachteilig erfasse.<sup>66</sup>

Dem folgend wäre durch die Ausschreibung bzgl. des Erfordernisses der Staatsangehörigkeit kein Verstoß gegen das AGG gegeben.

Dagegen – und damit für das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung – lässt sich anführen, dass die letztere Argumentation nicht stringent und damit nicht schlüssig angebracht wird. Denn gleichzeitig wird das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung bejaht, wenn an Sprache (und nicht an Staatsangehörigkeit) angeknüpft wird.<sup>67</sup> Doch auch hier wirkt sich – so wie oben als Gegenargument angeführt – die Maßnahme nicht auf eine bestimmte „Ethnie“, sondern auf viele (nicht positiv erfassten) nachteilig aus.

Die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung zielt vielmehr darauf ab, Verfahren zu sanktionieren, die Personen in besonderer Weise benachteiligen können. Dabei muss es unerheblich sein, ob die benachteiligte Personengruppe größer oder kleiner ist. In der Literatur gibt es durchaus Ansätze, das Kriterium der Staatsangehörigkeit als eines anzusehen, das (maßgeblich) zu einer mittelbaren Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft führen kann.<sup>68</sup>

### c. Personalvertretungsgesetz (PersVG) Berlin

Zuletzt stellt sich die Frage, ob die Stellenausschreibung gegen das Neutralitätsgebot des § 71 Abs. 1 PersVG Berlin verstößt. Hiernach obliegt es sämtlichen Dienststellen, Dienstbehörden und obersten Dienstbehörden (also dem ganzen hierarchischen Verwaltungsaufbau<sup>69</sup>) zu überwachen, dass alle Dienstkräfte nach Recht und Billigkeit behandelt werden, wobei insbesondere eine Ungleichbehandlung u.a. aufgrund der Nationalität zu unterbleiben hat. Der hier verwendete Rechtsbegriff der Nationalität ist – anders als „ethnische Herkunft“ – gleichbedeutend mit Staatsangehörigkeit,<sup>70</sup> sodass eine ungleiche Behandlung im Sinne der Norm aufgrund der Begrifflichkeiten nicht sofort ausgeschlossen werden kann.

Zudem fallen auch zur Ausbildung bei einer Dienstbehörde Beschäftigte in den Schutzbereich des PersVG Berlin,<sup>71</sup> dies aber erst, nachdem sie bereits in irgendeinem Zusammenhang für die jeweilige Behörde tätig geworden sind (d.h. wenn sie als Dienstkräfte i.S.d. §§ 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 PersVG Berlin tätig geworden sind).<sup>72</sup> Auf Bewerbende ist das Gesetz, anders als das AGG, nicht anwendbar, sodass die Stellenausschreibung im öffentlichen Dienst, die eine unterschiedliche Behandlung an die Staatsangehörigkeit knüpft, nicht gegen § 71 PersVG verstößt.

### 3. Zwischenfazit

Festgestellt wurde, dass es zum einen keine Rechtspflicht des Landes zur Beschränkung der Ausbildungsverhältnisse zur\_m Justizfachangestellten auf bestimmte Staatsangehörigkeiten gibt.

Zum anderen legt die Entscheidung des BVerfG zur Frage der Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG nahe, dass eine Ausschreibung, die Bewerbungen an die deutsche Staatsangehörigkeit bzw. die Unionsbürger\_innenschaft knüpft, gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt. Auch ein Verstoß gegen das AGG im Sinne einer mittelbaren Diskriminierung kann nicht vollständig ausgeschlossen werden. Selbst wenn die derzeitige Rechtssituation in der konkreten Frage bislang nicht vollständig geklärt ist und vieles darauf hindeutet, dass eine Stellenausschreibung für den öffentlichen Dienst, die die deutsche Staatsangehörigkeit oder die Unionsbürger\_innenschaft voraussetzt, weder eine unmittelbare noch eine mittelbare Benachteiligung im Sinne der §§ 3, 7 und 11 AGG darstellt, so kann für das Land Berlin als Arbeitgebendem jedenfalls das Risiko bestehen, dass im Falle einer so formulierten Ausschreibung Bewerbende den Rechtsweg beschreiten und die Unvereinbarkeit mit Art. 3 I GG bzw. mit dem AGG aufgrund (mittelbarer) Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft festgestellt wird.

Hierdurch reduziert sich ein möglicher Gestaltungsspielraum des Lands als Arbeitgebendem bei der Ausgestaltung von Beschäftigungsverhältnissen sowie deren Ausschreibung.

Vor allem jedoch aus der Sicht antidiskriminierungssensibler Arbeitgebender mit dem Ziel, möglichst diskriminierungsfrei auszuschreiben bzw. Stellen zu besetzen, kann und sollte das Land Berlin von der an die Staatsangehörigkeit anknüpfende Beschränkung einer Ausschreibung eines Angestelltenverhält-

nisses im öffentlichen Dienst, das keine staatsnahe Tätigkeiten umfasst (so wie vorliegend zur Ausbildung zur\_m Justizfachangestellten), absehen. Dies wäre auch zur Stärkung von Diversität in Verwaltungen wünschenswert.

### **III. Besonderheit: Mögliche Übernahme vom Angestellten in ein Beamt\_innenverhältnis**

An dieser Stelle soll kurz darauf verwiesen werden, dass die Bewertung sich auf den vorgestellten Sachverhalt bezieht und keine allgemeinen Aussagen zu Ausschreibungen im öffentlichen Dienst enthält. Konkret werden Justizfachangestellte in Berlin ausschließlich als Angestellte und nicht als Beamt\_innen beschäftigt. Es mag jedoch Angestelltenverhältnisse geben, die die Möglichkeit vorsehen, in ein Beamt\_innenverhältnis überzuführen. Hier wären sicherlich weitere Fragen zu stellen, inwiefern mit Blick auf einen mögliche spätere Verbeamtung Beschränkungen bereits bei der Einstellung von Angestellten in Bezug auf Alter und Staatsangehörigkeit zu rechtfertigen sein können.

### **C. Einstellung in den Vorbereitungsdienst bei Rechtspflegeranwärter\_innen (Beamt\_innen auf Widerruf)**

Rechtspfleger\_innen stehen als selbständiges Organ der Rechtspflege neben Richter\_innen und Staatsanwält\_innen. Sie sind in ihren Entscheidungen unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen. Ihre Aufgaben sind im Rechtspflegergesetz geregelt.<sup>73</sup> Rechtspfleger\_innen sowie Rechtspflegeranwärter\_innen sind (Landes-)Beamt\_innen<sup>74</sup>. Während des Vorbereitungsdienstes besteht bei den Rechtspflegeranwärter\_innen in Berlin das Beamtenverhältnis auf Widerruf<sup>75</sup>.

Die Ausgestaltung eines Beamt\_innenverhältnis weicht in wesentlichen Punkten von der eines Anstellungsverhältnisses ab. Insgesamt erfahren Beamt\_innen eine besondere Rechtsstellung, die allgemein aus dem verfassungsrechtlichen Institut des Art. 33 GG abgeleitet wird. Näheres wird bundesrechtlich im Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern (Beamtenstatusgesetz – BeamtStG) geregelt.<sup>76</sup> Weitere Konkretisierungen der Landesbeamt\_innen ergeben sich aus den jeweiligen landesrechtlichen Regelungen.

Die Dienstverhältnisse von Beamt\_innen sind öffentlich-rechtlicher Natur.<sup>77</sup> Gem. § 3 Abs. 1 BeamtStG stehen Beamt\_innen zu ihrem Dienstherrn in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis, so dass – anders als bei Angestellten des öffentlichen Dienstes – zivilrechtliche Normen bei der Ausgestaltung des Dienstverhältnisses keine vorrangige Rolle spielen.

Ausgehend vom einleitenden Beispiel der Stellenausschreibung zur Ausbildung zur\_m Rechtspflegeanwärter\_in soll im Folgenden erläutert werden, welche rechtlichen Voraussetzungen und Grenzen bezüglich der Einstellungsbedingungen Höchstaltersgrenze und Staatsangehörigkeit bestehen.

## I. Höchstaltersgrenze

### 1. Rechtsgrundlage

Auf Bundesebene gibt es keine beamtenrechtlichen Regelungen über Altersgrenzen und so ist die gesetzliche Ausgestaltung den Ländern überlassen.<sup>78</sup> Das Landesrecht Berlins sieht eine rechtliche Regelung von Altersgrenzen für die Einstellung in den Vorbereitungsdienst vor. § 5 der Berliner Verwaltungs-Laufbahnver-

ordnung (VLVO)<sup>79</sup> legt Höchstaltersgrenzen von 32 Jahren, 35 Jahren für den gehobenen und technischen Verwaltungsdienst und 40 Jahre für Schwerbehinderte fest. Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 der Verordnung über die Ausbildung und Prüfung von Rechtspflegern (APORPfl)<sup>80</sup> gilt § 5 VLVO als Voraussetzung für Rechtspflegeranwärter\_innen.

## 2. Verstoß gegen (antidiskriminierungsrechtliche) Regelungen

Es stellt sich die Frage, ob die Berliner Regelung des § 5 VLVO gegen höherrangiges Recht verstößt. Als solches kommen zum einen Art. 33 Abs. 2 GG<sup>81</sup> (a) und zum anderen das AGG in Betracht (b).

### a. Art. 33 Abs. 2 GG

Im Folgenden soll auf die obigen Ausführungen zu Art. 33 Abs. 2 GG verwiesen (B. I. 1.) und lediglich auf die das konkrete Beispiel der Rechtspflegeanwärter\_innen betreffenden Besonderheiten eingegangen werden.

Altersgrenzen für die Einstellung in eine Beamtenlaufbahn stellen eine Ungleichbehandlung beim Zugang zu öffentlichen Ämtern dar. Aufgrund des Leistungsprinzips dürfen Bewerbende nur aus Gründen zurückgewiesen werden, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung betreffen. Das Alter hingegen kann nur dann ein Eignungsmerkmal sein, wenn davon ausgegangen werden kann, dass die Bewerbenden typischerweise den Anforderungen des Amtes nicht mehr entsprechen, was bei Ämtern wie Militär-, Feuerwehr-, oder Polizeivollzugsdienst nahe liegen kann.<sup>82</sup> Bei der Ausbildung zum\_r Rechtspflegeranwärter\_in kann davon jedoch nicht die Rede sein. Dem Tätigkeitsprofil die-

ses Berufsbildes, das insbesondere die Klärung von Rechtsfragen beinhaltet, lassen sich keine erhöhten (v.a. körperlichen) Anforderungen entnehmen.<sup>83</sup>

Eine Einschränkung des Leistungsgrundsatzes, dessen Geltung durch Art. 33 Abs. 2 GG für den Zugang zu jedem öffentlichen Amt unbeschränkt und vorbehaltlos gewährleistet wird, ist durch kollidierendes Verfassungsrecht möglich. So kann der Leistungsgrundsatz z.B. durch Altersgrenzen für die Einstellung in eine Beamten\_innenverhältnis eingeschränkt werden, weil sie im Lebenszeitprinzip, als einem durch Art. 33 Abs. 5 GG gewährleisteten hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums mit Verfassungsrang,<sup>84</sup> angelegt sind.<sup>85</sup> Die Gewichtung der beiden gegenläufigen Verfassungsgrundsätze, wie sie in der Festsetzung von Altersgrenzen zum Ausdruck kommt, erfordert dabei jedoch eine normative Regelung.<sup>86</sup>

§ 5 VLVO stellt eine solche normative Regelung dar. Die Regelung durch Verordnung ist auch ausreichend zur Einschränkung des in Art. 33 Abs. 2 normierten Grundsatzes. Denn die Ermächtigung des Ordnungsgebers zur Regelung von laufbahnrechtlichen Altersgrenzen ergibt sich aus § 2 Abs. 5 Berliner Laufbahngesetz (LfbG Bln).<sup>87</sup> Damit ist § 5 VLVO in formeller Hinsicht rechtmäßig. Darüber hinaus muss § 5 VLVO materiell-rechtlich unbedenklich sein. Bedenken ergeben sich insbesondere, wenn die Regelung gegen höherrangiges Recht verstößt. Als möglicherweise kollidierendes höherrangiges Recht kommt das AGG in Betracht.



### c. AGG

Die Ausschreibung steht in Einklang mit § 5 VLVO und kann sich somit auf diese Rechtsgrundlage berufen. Es stellt sich somit die Frage, ob die vorgesehenen Höchstaltersgrenzen gegen das AGG verstoßen.

Gem. § 24 Nr. 1 AGG findet das AGG auf Beamt\_innen ihrer besonderen Rechtstellung entsprechend Anwendung. Gem. § 2 Nr. 1 ist das AGG auf Einstellungen anwendbar (s.o.). Für die Ausschreibung von Stellen, die mit Beamt\_innen besetzt werden, gelten §§ 7 und 11 AGG gem. § 24 Nr. 1 entsprechend.<sup>88</sup>

#### *(1) Ungleichbehandlung*

Die enthaltene Höchstaltersgrenze bedeutet eine unmittelbare Ungleichbehandlung aufgrund des Alters im Sinne der §§ 7 Abs. 1, 11 und 3 Abs. 1 Satz 1 AGG).

#### *(2) Rechtfertigung, § 10 Satz 1 AGG*

Die Ungleichbehandlung kann jedoch nach § 10 Satz 1 AGG gerechtfertigt (und damit keine Diskriminierung) sein, wenn der unterschiedlichen Behandlung einerseits ein legitimer Zweck zugrunde liegt und andererseits die Mittel zur Erreichung dieses Zwecks angemessen und erforderlich sind.

Rechtfertigungsgründe können sich insbesondere aus der besonderen Rechtstellung der Beamten ergeben. So hat das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) 2009 entschieden, dass Altersgrenzen für die Einstellung und Übernahme in eine Beamtenlaufbahn nicht grundsätzlich durch das AGG ausgeschlossen werden.<sup>89</sup> Der Staat dürfe anders als private Arbeitgebende bei der Festsetzung einer Einstellungsaltersgrenze sozialpolitische Ziele verfolgen, die im Allgemeininteresse stehen, so dass er sich auf das öffentliche Inter-

esse berufen kann.<sup>90</sup> Die unterschiedliche Behandlung der Laufbahnbewerbenden aufgrund ihres Alters verfolge das Ziel, die Dienstzeit des Beamten mit dem Anspruch auf Versorgung während des Ruhestandes in ein angemessenes Verhältnis zu bringen. Durch die Ungleichbehandlung wird das sog. Lebenszeitprinzip als Kern des Berufsbeamtentums gestärkt, was im Gemeinwohlinteresse liegt.

Das hiermit verfolgte Ziel einer sparsamen Haushaltsführung ist daher legitim im Sinne des § 10 AGG.<sup>91</sup> Daneben kann das auch Interesse an ausgewogenen Altersstrukturen als legitimer Zweck berücksichtigt werden.<sup>92</sup>

Die Maßnahme, die zur Erreichung des legitimen Ziels ergriffen wurde, muss zudem verhältnismäßig sein. Das heißt, die Bestimmung einer Höchstaltersgrenze von 32 Jahren in § 5 VLVO muss erforderlich und angemessen sein (§ 10 S. 2 AGG).

Das BVerwG führte dazu aus, dass eine Bestimmung einer Altersgrenze zur Erreichung der Ziele erforderlich und angemessen im Sinne des § 10 Satz 2 AGG sein kann. Dem Normgeber (also im zu prüfenden Fall dem Land Berlin als Normgeber der VLVO) ist auch bei der Wahl der Mittel, mit denen die gesetzten Ziele erreichen werden sollen, ein Gestaltungsspielraum eingeräumt.

Der Gestaltungsspielraum gibt dem Normgeber die Möglichkeit, für einen gerechten Ausgleich der widerstreitenden Interessen zu sorgen. Dabei können politische, wirtschaftliche, soziale, demografische und auch haushaltsbezogene Erwägungen Berücksichtigung finden.<sup>93</sup> Dabei habe die Vermeidung einer Ungleichbehandlung wegen des Alters – so das BVerwG – keinen absoluten Vorrang, vielmehr geht es um einen gerechten Ausgleich der widerstreitenden Interessen. Der Normgeber habe im Rahmen der Angemessenheit vor allem die Bedeutung der Altersgrenze für das Lebenszeitprinzip, insbesondere das Interesse an möglichst

langen aktiven Dienstzeiten zu gewichten. Da die Versorgungslasten von Tarifbeschäftigten sich aus einem umlagefinanzierten Rentenversicherungssystem finanzieren, bei Beamt\_innen die Finanzierung in vollem Umfang aus dem Haushalt der Anstellungskörperschaft erfolgt, sei das angemessene Verhältnis zwischen aktiver Dienstzeit und den Versorgungslasten für das Einstellungsalter bei Beamt\_innen anders zu gewichten als bei Tarifbeschäftigten.<sup>94</sup>

Das heißt: Dem Land Berlin obliegt es, durch Verordnung Altersgrenzen für die Laufbahnen festzusetzen (wie in § 5 VLVO geschehen). Dabei müssen die verschiedenen Interessen berücksichtigt und in Ausgleich gebracht werden. Vor allem muss im Rahmen der Überlegungen berücksichtigt werden, dass Altersgrenzen eine Beeinträchtigung des durch Art. 33 Abs. 2 GG gewährleisteten Leistungsgrundsatzes sind.<sup>95</sup>

Fraglich ist, ob die Abwägung aller Interessen in der VLVO ausreichend vorgenommen und ein möglichst gerechter Ausgleich aller gegenläufigen Interessen gefunden wurden. Die Bedeutung der Altersgrenze für das Lebenszeitprinzip, sowie ausgewogene Altersstrukturen im jeweiligen Ausbildungslehrgang sind in Einklang zu bringen mit dem an sich strengen Grundsatz des Leistungsprinzips. Dieses wird durch eine starre Altersgrenze erheblich beeinträchtigt, ohne dass für das Tätigkeitsprofil von Rechtspflegeranwärter\_innen zum Beispiel besondere körperliche Anforderungen nötig wären.<sup>96</sup>

Zudem können Zweifel aufkommen, ob eine starre Festlegung von Altershöchstgrenzen, wie sie in § 5 VLVO vorgesehen ist, ohne weitere Regelungen von Ausnahmen und Härtefällen (die durch den Ordnungsgeber vorzugeben sind und nicht unangemessene Spielräume für die Verwaltung zulassen) angemessen ist.

Findet also der Gestaltungsspielraum des Normgebers seine Grenzen in der Angemessenheit, wenn es starre Grenzen ohne Ausnahme- bzw. Härtefallregelungen gibt? Denn die Frage, ob und in welchem Ausmaß Ausnahmen gewährt werden, ist für die Angemessenheit einer Altersgrenze ein ebenfalls wichtiges Kriterium.<sup>97</sup> Zwar sieht § 5 VLVO in Nr. 3 bei schwerbehinderten Personen eine höhere Altersgrenze von 40 Jahren vor. Darüber hinaus findet sich aber kein Ausnahmetatbestand bzw. keine Härtefallregelung. Als solche könnten Regelungen für die Einstellung von Menschen in Betracht kommen, bei denen mehrere oder länger andauernde Verzögerungsgründe vorliegen, sodass etwa Erziehungszeiten für Kinder oder Zeiten für die Pflege von Angehörigen sowie längere Krankheit Berücksichtigung finden.

Die VLVO lässt solche Regelungen missen, was vor allem vor dem Hintergrund wenig nachvollziehbar ist, dass das Berliner Landesrecht z.B. in der Schutzpolizei-Laufbahnverordnung ähnliche Härtefallregeln und Ausnahmetatbestände für die Einstellung in den mittleren Polizeidienst durchaus vorsieht.<sup>98</sup>

Doch obwohl ein dichteres Netz an Ausnahmen bzw. Härtefallregeln und ein größerer Zeitkorridor v.a. aus antidiskriminierungsrechtlicher Sicht wünschenswert wären, muss dennoch aufgrund des dem Gesetzgeber zugebilligten Gestaltungsspielraums nicht zwingend ein Verstoß gegen das AGG (bzw. Art. 33 Abs. 2 GG) angenommen werden.<sup>99</sup>

Grundsätzlich spricht für einen weiteren Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, dass bei der Einstellung in den Vorbereitungs-

dienst anders als später bei der Übernahme vom Vorbereitungsdienst in ein dauerhaftes Beamtenverhältnis noch kaum andere messbare Leistungs- und Befähigungsnachweise der potentiellen Anwärter\_innen vorliegen, sodass für gewisse Berufsbilder das Alter als ein Auswahlkriterium dienen kann, um dem Leistungsprinzip gerecht zu werden.<sup>100</sup>

Allerdings erlaubt eine Höchstaltersgrenze von 31 Jahren auch noch einzelne Verzögerungsgründe, wie die Erlangung der für die Einstellung erforderlichen Hochschul- bzw. Fachhochschulreife auf dem zweiten Bildungsweg.

Hinsichtlich des in der Fragestellung zugrunde gelegten Ausschreibungstextes ist allerdings beachtlich, dass er eine strengere Höchstaltersgrenze vorsieht als die Rechtsgrundlage des § 5 Nr. 2 VLVO. Während in letzterer eine Höchstaltersgrenze für Einstellungen von 32 Jahren festgesetzt ist, sieht die Ausschreibung die Grenze von 31 Jahren vor, ist somit strenger als die rechtliche Grundlage. Dies ist durchaus problematisch. Denn sowohl im Fall, dass § 5 VLVO rechtmäßig ist, als auch im Fall der Unvereinbarkeit von § 5 VLVO mit höherrangigem Recht verstößt die Ausschreibung hier gegen geltendes Recht, da sie die gegebenen Grenzen (32 Jahre) unterschreitet.

### **3. Zwischenfazit**

Festgestellt wurde zweierlei. Zum einen, dass Höchstaltersgrenzen für Einstellungen für Landesbeamt\_innen nicht zwingend gegen antidiskriminierungsrechtliche Vorgaben verstoßen. Dem Normgeber von Laufbahnverordnungen wird vielmehr ein Gestaltungsspielraum eingeräumt, den er in den genannten Grenzen (insbes. Berücksichtigung und gerechter Ausgleich aller gegenläufigen Interessen, vgl. § 10 AGG) aus-

schöpfen kann. Dabei wäre es aus antidiskriminierungsrechtlicher Perspektive wünschenswert, wenn die Verordnung neben der Festsetzung der Höchstaltersgrenzen Ausnahme- und Härtefallregelungen vorsieht.

Zum anderen wurde festgestellt, dass die Ausschreibung für Rechtspflegeranwärter\_innen die eine Höchstaltersgrenze von 31 Jahren vorsieht, gegen geltendes Recht verstößt. Die Beschränkung im Rahmen der Ausschreibung muss auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage basieren, denn nur durch solche können laufbahnrechtliche Altersgrenzen geregelt werden, ohne gegen Art. 33 Abs. 2 GG zu verstoßen. § 5 Nr. 2 VLVO als einschlägige Rechtsgrundlage sieht allerdings eine Höchstaltersgrenze von 32 Jahren vor. Die Ausschreibung unterschreitet somit den durch den Normgeber festgesetzten Rahmen.

## **II. Staatsangehörigkeit**

Die Ausschreibung für den Vorbereitungsdienst zur\_m Rechtspfleger\_in setzt als Erfordernis ausschließlich das Vorliegen der deutschen Staatsangehörigkeit fest. Was ist der rechtliche Rahmen für dieses Vorgehen (I.) bzw. verstößt es gegen (Antidiskriminierungs)Recht (II.)?

### **1. Rechtlicher Rahmen (Rechtsgrundlage)**

Aus dem Wortlaut des § 2 des Rechtspflegergesetzes (RPfIG) ergibt sich, dass das Berufsbild der Rechtspfleger den Beamtenstatus voraussetzt.<sup>101</sup> Die Frage der Staatsangehörigkeit von Beamten\_innen wiederum ist bundesrechtlich im Beamtenstatusge-

setz (BeamtStG) geregelt, das das Statusrecht der Beamtinnen und Beamten der Länder regelt. Die Bundesländer haben keine weitere Regelungskompetenz,<sup>102</sup> sondern sind an die Vorgaben des BeamStG gebunden.<sup>103</sup>

Gem. § 7 Abs. 1 Nr. 1 BeamStG darf in das Beamtenverhältnis nur berufen werden, wer „Deutsche oder Deutscher im Sinne des Artikels 116 des Grundgesetzes ist oder die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union [...]“<sup>104</sup> besitzt. Die Aufzählung in § 7 Abs. 1 Nr. 1 BeamStG ist abschließend.

§ 7 Abs. 2 BeamStG verschärft die Regelung des Abs. 1 dahingehend, dass in ein Beamtenverhältnis ausschließlich Deutsche i.S.d. Art. 116 GG berufen werden dürfen, wenn es die Aufgaben erfordern. Die Frage, ob die Aufgaben von Rechtspfleger\_innen es erfordern, dass lediglich Deutsche diese Aufgaben wahrnehmen können, wird weder in der Fachliteratur noch in der Rechtsprechung diskutiert und begründet. Vielmehr wird das Berufsbild immer als eines der Beispiele angeführt, um § 7 Abs. 2 BeamStG zu erläutern. Nach derzeitiger Rechtsauffassung scheint den Ländern damit unbestritten kein Spielraum zuzukommen, sie sind gem. § 7 Abs. 2 BeamStG daran gebunden, ausschließlich Deutsche mit den Aufgaben von Rechtspfleger\_innen zu beauftragen.

Es soll an dieser Stelle noch darauf hingewiesen werden, dass den Bundesländern grundsätzlich über § 7 Abs. 3 Nr. 1 BeamStG ein Spielraum zukommt. Hiernach können sie über Ausnahmen der Regelungen in Abs. 1 und 2 befinden, wenn ein dringendes dienstliches Bedürfnis besteht. Damit steht den Ländern zu, auch Personen mit anderen Staatsangehörigkeiten als Beamt\_innen zu berufen, sofern dringende dienstliche Interessen bestehen. Dabei handelt es sich um besonders wichtige Interessen, die über die Interessen der jeweiligen Verwaltung, in die die Beamtin oder der Beamte eingestellt werden soll, hinausgehen.<sup>105</sup>

An das Vorliegen eines dringenden, dienstlichen Interesses sind hohe Anforderungen zu stellen.<sup>106</sup> Es ist letztlich nur anzuerkennen, wenn die für die Aufgabenerfüllung in Betracht gezogenen Ausländer\_innen über derartige Fertigkeiten oder Qualitäten verfügen, die es geboten erscheinen lassen, gerade sie mit der Aufgabenwahrnehmung zu betrauen.<sup>107</sup> Ein dringliches Bedürfnis dieser Art ist für die Einstellung von Rechtspflegeranwärter\_innen nicht grundsätzlich gegeben; vor allem in sicherheitsrelevanten Aufgabenbereichen könnte ein solcher Fall anzunehmen sein.<sup>108</sup> In der Praxis wird dies, wenn überhaupt, wohl eher selten zu bejahen sein.

Wie dargelegt, regelt das Bundesrecht, dass Rechtspfleger\_innen als Beamt\_innen zu berufen sind (woran sodann die weiteren Regelungen wie die des § 7 BeamtStG anknüpfen). Berlin hat dies zudem für den Vorbereitungsdienst vorgesehen, indem in § 2 Abs. 2 Satz 2 Verordnung über die Ausbildung und Prüfung von Rechtspflegern (APORPfl) geregelt wird, dass die Berufung in ein Beamtenverhältnis auf Widerruf erfolgt. Bezüglich der Zulassungsvoraussetzungen für Rechtspflegeranwärter\_innen in Berlin verweist § 2 Abs. 1 Nr. 1 auf die Regelung des BeamtStG. Allerdings kommt den Bundesländern hinsichtlich der Ausgestaltung des Vorbereitungsdienstes ein Spielraum zu; dieser muss nicht zwingend an ein Beamt\_innenverhältnis gekoppelt werden.<sup>109</sup>



## 2. Verstoß des § 7 Abs. 2 BeamStG gegen (Antidiskriminierungs-)Recht

Da die Länder in der Ausgestaltung von Ausschreibungen für Einstellungen für den Dienst der Rechtspfleger\_innen (im Beamtenverhältnis) an § 7 Abs. 2 BeamStG gebunden sind, stellt sich die Frage, ob und inwiefern diese Regelung mit höherrangigem Recht vereinbar ist, die hier nur in Kürze beantwortet werden kann.

### a. Unionsrecht (AEUV)

Grundsätzlich ist eine mitgliedstaatliche Regelung, wie § 7 Abs. 2 BeamStG sie vorsieht, durch Art. 45 Abs. 4 des Vertrags über die Arbeitsweise der europäischen Union (AEUV) europarechtlich eingeräumt.<sup>110</sup> Insbesondere für den Ausschluss von Unionsbürger\_innen von Tätigkeitsbereichen muss es sich um eine staatsnahe Aufgabe handeln, deren Wahrnehmung zur Wahrung der allgemeinen Belange des betreffenden Mitgliedsstaates unbedingt erforderlich ist.<sup>111</sup> Hierfür reicht nicht jede öffentliche Tätigkeit aus. Vielmehr muss es sich um eine Stelle handeln, die eine unmittelbare oder mittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und an der Wahrnehmung von Aufgaben mit sich bringt, die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften gerichtet ist. Die Tätigkeit muss ein Verhältnis besonderer Verbundenheit des jeweiligen Stelleninhabers zum Staat sowie die Gegenseitigkeit der Rechte und Pflichten voraussetzen, die einer Bindung durch Staatsangehörigkeit zugesprochen wird.<sup>112</sup>

Hierunter werden Ämter im Bereich der Rechtspflege in der gängigen Literatur gefasst.<sup>113</sup> Rechtspfleger\_innen üben nach der Beschreibung ihres Berufsbildes hoheitliche Befugnisse auch tatsächlich aus und haben dabei auch eigene Entscheidungsspiel-

räume. Die Ausübung der hoheitlichen Befugnisse stellt zudem nicht nur einen kleinen Teil der Tätigkeit dar, sondern ist Kern des Berufsbildes.<sup>114</sup> Grundsätzlich handelt es sich bei der Rechtspflege um ein unbedingt erforderliches öffentliches Anliegen. Die vom EuGH aufgestellten Kriterien für eine Stelle, die auch andere EU-Bürger ausschließt, sind damit erfüllt.

## b. Grundgesetz

### *(1) Art. 33 Abs. 2 GG*

Ein Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG kommt nicht in Betracht, weil es ein sog. Deutschengrundrecht und damit in seinem persönlichen Anwendungsbereich auf Deutsche i.S.d. Art. 116 Abs. 1 GG beschränkt ist.<sup>115</sup> Gleiches gilt für Art. 12 GG, der die Berufsfreiheit schützt; insofern kann das BeamtStG durch den (un-)gleich gewährten Zugang zur Berufung in den Beamt\_innenstatus nicht gegen Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 GG verstoßen.

### *(2) Art. 3 GG*

Auch ein Verstoß gegen den in Art. 3 Abs. 1 GG gewährten allgemeinen Gleichheitssatz ist (auf den ersten Blick) nicht festzustellen. Bei der in der Norm vorausgesetzten „Erforderlichkeit“ der deutschen Staatsbürger\_innenschaft durch die von der jeweiligen Tätigkeit abhängenden Aufgaben handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der zunächst einer Ausfüllung bedarf. Aufgrund dieser Offenheit des Wortlauts kann nur im Einzelfall und mit Bezug auf die konkrete Tätigkeit, die unter den Staatsangehörigkeitsvorbehalt fallen soll, darüber geurteilt werden, ob ein Verfassungsverstoß vorliegt. Bzgl. der Rechtspflegertätigkeit wird auf die Ausführungen an anderer Stelle in diesem Gutachten verwiesen.

Auch ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG ist nicht gegeben. Art. 3 Abs. 3 GG sieht die geschützten Merkmale „Abstammung, Heimat, oder Herkunft“ vor. Gemäß der Rechtsprechung des BVerfG und einhelliger Meinung in der Fachliteratur ist die Staatsangehörigkeit von keinem der Merkmale in Art. 3 Abs. 3 umfasst.<sup>116</sup>

### c. AGG

Wie oben gezeigt, ist das AGG (sowie die EU RL 2000/78) auf das Merkmal Staatsangehörigkeit nach aktueller Rechtslage wohl nicht anwendbar.<sup>117</sup>

### 3. Zwischenfazit

Dem Land Berlin kommt bei der Frage der Anforderungen an die Staatsangehörigkeit bei der Berufung zu Beamt\_innen grundsätzlich kein Regelungsspielraum zu, die Regelung erfolgt durch das bundesrechtliche BeamtStG. Die Einstellung von Rechtspfleger\_innen muss sich gem. § 7 Abs. 2 BeamtStG auf deutsche Staatsangehörige reduzieren.

Lediglich bei Vorliegen eines dringenden dienstlichen Interesses bestünde gem. § 7 Abs. 3 Nr. 1 BeamtStG die Möglichkeit für Bundesländer, über Ausnahmen der Regelungen in Abs. 1 und 2 und damit über die Frage, Personen mit anderen als den dort genannten Staatsangehörigkeiten als Beamt\_innen zu berufen, zu befinden. Dies ist bei der Tätigkeit von Rechtspfleger\_innen jedoch grundsätzlich nicht zu bejahen.

#### **4. Exkurs: Überlegungen zur Rechtmäßigkeit der Erfordernisse der deutschen Staatsangehörigkeit bzw. Unionsbürger\_innenschaft für den Beamtenstatus (§ 7 Abs. 1, 2 BeamtStG)**

Jenseits der konkreten Fragestellung ist aus antidiskriminierungsrechtlicher Perspektive die grundsätzliche Klärung der Frage interessant, inwiefern die Begrenzung der Berufung von Beamt\_innen auf deutsche Staatsangehörigkeit oder Unionsbürger\_innen gem. § 7 Abs. 1 (sowie die Begrenzung durch Abs. 2) BeamtStG mit höherrangigem Recht in Einklang steht.

Das Kriterium der Staatsangehörigkeit ist dasjenige, das nach herrschender Meinung und nahezu unbestritten einen weiten Spielraum der einzelnen Staaten zu Differenzierungen in diversen Hinsichten eröffnet. Eine vollständige Erörterung der Frage kann im Rahmen dieses Gutachtens allerdings nicht stattfinden. Im Folgenden sollen aber einige Denkanstöße hierzu gegeben werden.

Insbesondere der allgemeine Gleichheitssatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG könnte den Ansatzpunkt für eine Prüfung bieten, denn möglicherweise werden deutsche Staatsangehörige sowie Unionsbürger\_innen ungerechtfertigt anders behandelt als Personen ohne diese Staatsangehörigkeiten. Darauf kann zumindest die Richtung der Entscheidung des BVerfG vom 07.02.2012 hinweisen, die zur Frage des Ausschlusses von Personen aus Gründen der Staatsangehörigkeit vom Landeserziehungsgeld entschieden hat, dass dieses Grundrecht auch Drittstaatsangehörigen zusteht.<sup>118</sup>

Hiernach sind an die Rechtfertigung einer auf der Staatsangehörigkeit beruhenden Ungleichbehandlung hohe Anforderungen zu stellen und im Sinne einer Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen. Damit sind zunächst ein legitimer Zweck der Ungleich-

behandlung, sowie die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Maßnahmen, mit der das Ziel erreicht werden soll, zu bejahen.

Als legitimes Ziel der Differenzierung aufgrund der Staatsangehörigkeit bei der Berufung von Beamt\_innen kommen die staatsnahe Tätigkeit und die Ausübung hoheitlicher Befugnisse, die von Beamt\_innen ausgeübt werden, sowie das Funktionieren der Rechtspflege und die Schaffung und Aufrechterhaltung von Vertrauen in das Amt und die Personen der Rechtspflege in Betracht.

Ob die Beschränkung der Berufs- und Anwärter\_innenzulassung auf Deutsche bzw. Unionsbürger\_innen für diesen Zweck ein geeignetes und erforderliches Mittel darstellt, könnte jedoch in Zweifel gezogen werden. Denn in der bisherigen Rechtspraxis wird fingiert, dass eine loyale und auf Vertrauen basierende Arbeit vom Innehaben bestimmter Staatsangehörigkeiten abhängt, die Loyalität nicht zu hinterfragen sondern vielmehr – je nach Nationalität – automatisch anzunehmen oder zu verneinen ist.<sup>119</sup>

Doch ist die Loyalität zum Amte (und zum deutschen Staat) bei deutschen Staatsangehörigen (und Unionsbürger\_innen) tatsächlich automatisch gegeben und bei Drittstaatsangehörigen automatisch ausgeschlossen (bzw. bestenfalls in Frage zu stellen) – vor allem vor dem Hintergrund, dass sich Staatsangehörigkeiten im Laufe eines Lebens ja auch ändern können? Kann diese rechtlich nicht normierte, sondern nur in der Regelung des BeamtStG zugrunde liegende Fiktion gegen antidiskriminierungsrechtliche Bedenken bestehen? Und kann das Funktionieren und Ansehen des Amtes nicht bereits ausreichend durch das Erfordernis der Verfassungstreue (§ 7 Abs. 1 Nr. 2 BeamtStG) geschützt werden, das an jede\_n Anwärter\_in gestellt und vermutlich auch überprüft wird?

Die Rechtslage scheint dabei klar – die Differenzierung aufgrund der Staatsangehörigkeit bei der Berufung von Beamt\_innen wird bislang rechtlich nicht ernsthaft angegriffen. Trotz aller Zweifel – eine über die aufgeworfenen Fragen als Denkanstöße hinausgehende eindeutige und abschließende Einschätzung kann im Rahmen dieses Gutachtens nicht gegeben werden.

## D. Landesrechtlicher Spielraum: Zusammenfassung und Ausblick

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das Recht bei Ausschreibungen für Tätigkeiten von Landesangestellten (hier: Auszubildende zu Justizfachangestellten) weder hinsichtlich dem Erfordernis einer bestimmten Staatsangehörigkeit noch einer bestimmten Höchstaltersgrenze Vorgaben enthält. Das Land Berlin als Arbeitgebender ist damit rechtlich nicht an bestimmte Beschränkungen des Bewerbendenkreises im Rahmen einer Ausschreibung gebunden. Eine Verpflichtung, den Zugang zum Angestelltenverhältnis hinsichtlich der Staatsangehörigkeit und des Alters zu regeln oder gar zu beschränken, besteht nicht.

Vielmehr scheint sich durch Recht und Rechtsprechung abzuzeichnen, dass das Erfordernis bestimmter Staatsangehörigkeiten bzw. eines bestimmten Höchstalters von potentiell Bewerbenden im Konflikt mit Antidiskriminierungsrecht steht. So deutet die Entscheidung des BVerfG zur Differenzierung aufgrund der Staatsangehörigkeit durch das Bayerische Landeserziehungsgeldgesetz darauf hin, dass die Beschränkung auf bestimmte Staatsangehörigkeiten bei Ausschreibungen von Anstellungsverhältnissen gegen das Grundgesetz verstoßen kann.

Auch die Möglichkeit, gegen eine solche Ausschreibung als mittelbare Diskriminierung und damit als Verstoß gegen das

AGG vorzugehen, ist (trotz bisher uneindeutiger Rechtslage) nicht ausgeschlossen. Ebenso verstößt die Höchstaltersgrenze gegen Grundgesetz und AGG. Damit wäre der Handlungsspielraum des Landes begrenzt.

Vor allem aber im Streben nach einer diskriminierungsfreien und auf Diversität abzielenden Einstellungspolitik sollte das Land als Arbeitgeber in Ausschreibungen auf die genannten Beschränkungen verzichten.

Auf telefonische Nachfrage bei der Präsidentin des Kammergerichts Berlin, Referat für Aus- und Fortbildung, hat sich ergeben, dass sich die Einstellung zur\_m Auszubildenden zu Justizfachangestellten an dem Rundschreiben der Senatsverwaltung für Inneres und Sport vom 02.03.1993 orientiert. Hiernach haben sich diese Einstellungen nach den Vorgaben der VLVO zu richten, so dass bei Justizfachangestellten die gleichen Voraussetzungen zu verlangen seien, die bei zukünftigen Beamt\_innen vorliegen müssen. Dies beziehe sich sowohl auf die Voraussetzungen der Staatsbürgerschaft, als auch auf die Höchstaltersgrenze. Da das Rundschreiben nur noch bis zum 31.12.2012 gültig ist, besteht hier die Möglichkeit zur Neuregelung.

Bei Ausschreibungen für Einstellungen im Rahmen eines Beamt\_innenverhältnisses (hier: Rechtspflegeranwärter\_innen) bestehen hingegen Rechtsvorschriften, die die Beschränkung auf bestimmte Staatsangehörigkeiten sowie eine bestimmte Höchstaltersgrenze vorgeben. Dabei handelt es sich zum einen um die bundesrechtliche Vorgabe des Beamtenstatusgesetzes (BeamtStG), die eine Begrenzung auf bestimmte Staatsangehörigkeiten bei der Berufung von (Landes)Beamt\_innen festlegt.

Zwar kann durchaus in Zweifel gezogen werden, ob die einschlägige Regelung des § 7 (Abs. 1 und) 2 BeamStG mit antidiskriminierungsrechtlichen Überlegungen und insbesondere Art. 3 Abs. 1 GG in Einklang steht.

Diese Tatsache ändert aber nichts für die Beantwortung der Fragestellung dieses Gutachtens, da § 7 BeamStG der Regelungszuständigkeit der Länder entzogen ist, bzw. die Länder rechtlich an daran gebunden sind. Lediglich bei Bestehen eines dringenden dienstlichen Interesses besteht für Bundesländer die Möglichkeit, über Ausnahmen von der Regelung und damit über die Frage, Personen mit anderen als den dort genannten Staatsangehörigkeiten als Beamt\_innen zu berufen, zu befinden.

Zum anderen setzt (u.a.) die Berliner Verwaltungs-Laufbahnverordnung (VLVO) Höchstalters-grenzen für die Berufung von Landesbeamt\_innen fest. Das Vorsehen von Altersgrenzen als solches verstößt erst einmal nicht zwingend gegen antidiskriminierungsrechtliche Vorgaben. Der Landesnormgeber hat vielmehr die Befugnis, durch Höchstaltersgrenzen bei der Berufung von Beamt\_innen einen gerechten Ausgleich aller gegenläufigen Interessen vorzusehen. Er muss dies jedoch nicht tun. Jedenfalls aus antidiskriminierungsrechtlicher Perspektive wäre es wünschenswert, wenn die Verordnung neben der Festsetzung der Höchstaltersgrenzen auch Ausnahme- und Härtefallregelungen vorsieht.

Den Bundesländern kommt allerdings durchaus ein Spielraum hinsichtlich der Ausgestaltung des Vorbereitungsdienstes zu; dieser muss nicht zwingend an ein Beamt\_innenverhältnis gekoppelt werden. So sieht bspw. die Freie und Hansestadt Hamburg in § 4 Abs. 2 HmbBG vor, dass die Ableistung des Vorbereitungsdienstes auch in einem öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis außerhalb des Beamtenverhältnisses (auf Widerruf) abgeleis-



tet werden kann. Dabei wird die entsprechende Anwendung von Regelungen, die für Beamt\_innen auf Widerruf gelten, vorgesehen, so dass die deutsche Staatsangehörigkeit bzw. eine andere EU-Staatsangehörigkeit erforderlich ist.

Das Land Berlin gestaltet hingegen in § 2 Abs. 2 APORPfl die Ausbildung im Beamt\_innenverhältnis auf Widerruf.<sup>120</sup> Ihm kommt aber die Zuständigkeit zur eigenständigen Regelung zu. Die Absolvierung der Ausbildung außerhalb des Beamt\_innenverhältnisses auf Widerruf würde zwar dem Landesgesetzgeber ermöglichen, dieses Verhältnis auch ohne entsprechende Anwendung der Regelungen für Beamt\_innen im Vorbereitungsdienst auszugestalten.

Damit könnte bspw. vom Erfordernis der deutschen Staatsangehörigkeit (bzw. Unionsbürger\_innenschaft wie in Hamburg) für die Ausbildung abgesehen werden. Dabei bleibt allerdings – aus antidiskriminierungsrechtlicher Perspektive – fraglich, inwiefern es sinnvoll ist, den recht kurzen Vorbereitungsdienst für eine Tätigkeit, deren Aufgabenerfüllung gem. § 2 des (bundesrechtlichen) Rechtspflegergesetzes durch ein\_e Beamt\_in erfolgt, von diesen Erfordernissen zu befreien. Denn wenn die Ausbildung zur\_m Rechtspflegeranwärter\_in die Auszubildenden allein für diesen Beruf qualifiziert, könnte die Gefahr bestehen, Menschen für einen Beruf auszubilden, die diesen nicht ausüben können, weil sie die Kriterien für die Beamt\_innenlaufbahn nicht erfüllen. Dies ist der Fall, solange die Tätigkeit der\_s Rechtspfleger\_in weiterhin nur im Beamt\_innenverhältnis vorgesehen ist.

- 1 <http://www.berlin.de/sen/justiz/gerichte/kg/ausbildung/n-r-ausbildung/justizfachangestellte/index.html>.
- 2 Justizfachangestellte arbeiten in Amts-, Land-, und Oberlandesgerichten, sowie Staatsanwaltschaften, sowie an Spezial- und Bundesgerichten. (<http://www.berlin.de/verwaltungsakademie/zs/berufe/jfa.html>) Damit sind sie als Tarifangestellte des Öffentlichen Dienstes tätig. Dies belegt auch die Tatsache, dass die Justizfachangestellten nach Einstellung eine Vergütung nach dem Angleichungs-Tarifvertrag Land Berlin erhalten (ebda.).
- 3 Zum Begriff des öffentlichen Dienstes siehe Battis, Bundesbeamtengesetz Kommentar (2009), § 4, Ziff. 3 a; BVerfG, Beschl. vom 20.2.1957, Az.: 1 BvR 441/53; Pfennig, Der Begriff des öffentlichen Dienstes und seiner Angehörigen, 1960, 40.
- 4 Palandt/Weidenhaff, BGB Kommentar (2012), § 611, Rn 54.
- 5 Daneben stellen sich für das Staatsangehörigkeitserfordernis gleichheitsrechtliche Fragen aufgrund der Vorgaben des Grundgesetzes, s.u. B. II. 1. b).
- 6 Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar (2002), Art. 33, Rn. 7.
- 7 Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar (2002), Art. 33, Rn. 9; Pieper, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofman/Hopfauf, GG Kommentar (2008), Art. 33, Rn. 33.
- 8 Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG Kommentar (2002), Art. 33, Rn. 16.
- 9 Vom 14.05.2009 (GVBl. S. 260), BRV 2030-2-31.
- 10 Mahlmann, in: Däubler/Bertzbach, AGG Kommentar (2008), § 24 Rn 21; VG Hannover vom 18.6.2010, 10 A 4230/08, Rn. 25.
- 11 V. Roetteken, AGG Kommentar (2012), § 11 Rn. 1, 5.
- 12 Vgl. a.a.O., Rn. 25.
- 13 Vgl. a.a.O., Rn. 13.
- 14 V. Roetteken, AGG Kommentar (2012), § 1 Rn. 172.
- 15 Schiek, AGG Kommentar (2007), § 1, Rn. 44.
- 16 Buschmann, in: Däubler/Bertzbach, AGG Kommentar (2008), § 11 Rn 13; Adomeit/Mohr, AGG Kommentar (2007), § 7, Rn. 11.
- 17 Sie sollten „zum Einstellungszeitpunkt nicht älter als 31 Jahre sein“, siehe: <http://www.berlin.de/sen/justiz/gerichte/kg/ausbildung/n-r-ausbildung/justizfachangestellte/index.html> (zuletzt aufgerufen am 23.8.2012).
- 18 Insofern ist an dieser Stelle auch nicht weiter darauf einzugehen, ob Höchstaltersgrenzen im Sinne einer Soll-Bestimmung – wie auf der Internetseite formuliert – im Lichte des AGG grundsätzlich unterschiedlich einzuschätzen sind.
- 19 V. Roetteken, AGG Kommentar (2012), § 8 Rn. 17.
- 20 Brors, in: Däubler/Bertzbach, AGG Kommentar (2008), § 8 Rn. 3.
- 21 V. Roetteken, AGG Kommentar (2012), § 10 Rn. 229.
- 22 BAG Beschl. v. 08.12.2010, 7 ABR 98/09 (juris: Rn. 62).
- 23 V. Roetteken, AGG Kommentar (2012), § 10 Rn. 348.
- 24 Siehe v. Roetteken, AGG Kommentar (2012), § 10 Rn. 348, m.w.N.
- 25 V. Roetteken, AGG Kommentar (2012), § 10 Rn. 349.

- 26 Sollte für diesen Punkt angenommen werden, es handle sich doch um ein legitimes Ziel, so wäre die Festsetzung einer Höchstaltersgrenze auf 31 Jahre jedoch nicht erforderlich bzw. nicht angemessen und damit nicht verhältnismäßig.
- 27 Die rechtliche Situation für Beamt\_innen ist hier eine andere, zu den Anforderungen für das Beamtenverhältnis siehe unten (C.II.1.).
- 28 Obwohl die Arbeitsverträge der Angestellten zivilrechtlich ausgestaltet sind, handelt die Verwaltung hier zur Erfüllung hoheitlicher Aufgaben. Für diese Handlungsform unterliegt die Verwaltung der Grundrechtsbindung gem. Art. 1 Abs. 3 GG (vgl. BGHZ 52, 325, 327 ff.; DVBl. 2003, 942), sodass ein möglicher Verstoß gegen den grundrechtlichen Gleichheitssatz an dieser Stelle zu prüfen ist.
- 29 BVerfG, Urt. v. 7.2.2012, 1 BvL 14/07, Rn. 41 (=EuGRZ 2012, S. 251).
- 30 BVerfG, Urt. v. 7.2.2012, 1 BvL 14/07, Rn. 41 m. w. N. (=EuGRZ 2012, S. 251).
- 31 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.5.1988, BVerfGE 78, 179, 196 ff.
- 32 BVerfG, Urt. v. 7.2.2012, 1 BvL 14/07, Rn. 42 (=EuGRZ 2012, S. 252).
- 33 Siehe hierzu BVerfG, Urt. v. 7.2.2012, 1 BvL 14/07, Rn. 45.
- 34 Kannengießler, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, GG Kommentar (2008), Art. 3 Rn. 17; BVerfG, Beschl. v. 6.7.2004, 1 BvL 4/97 BVerfGE 111, 160 (176); Beschluss vom 6. 7. 2004, BvR 2515/95, BVerfGE 111, 176 (184).
- 35 Vgl. BVerfG, Urt. v. 7.2.2012, 1 BvL 14/07, Rn. 47.
- 36 JFAngAusv vom 26.01.1998, BGBl. I S. 195.
- 37 Ansonsten können gem. § 7 Abs. 1 auch weitere Staatsangehörige Beamt\_innen werden.
- 38 Zentgraf, in: Metzler-Müller, BeamtStG Kommentar (2010), § 7 S. 85. Siehe ausführlicher hierzu auch unten C. II. 1.
- 39 Zentgraf, in: Metzler-Müller, BeamtStG Kommentar (2010), § 7 S. 86.
- 40 <http://www.berlin.de/sen/justiz/gerichte/kg/ausbildung/n-r-ausbildung/justizfachangestellte/index.html> (Zuletzt aufgerufen am 23.08.2012).
- 41 Darauf weist bereits auch die Öffnung der Ausschreibung für Unionsbürger\_innen hin, die bei staatsnaher Tätigkeit ebenfalls auszuschließen wären.
- 42 S.u., S. 13 f.
- 43 Vgl. Bertzbach, jurisPR-ArbR 24/2010 Anm. 1 zu ArbG Stuttgart, Urteil vom 15.04.2010 – 17 Ca 8907/09.
- 44 Vgl. BT-Drs. 16/1780, S. 30; BAG, Urteil vom 22.6.2011, 8 AZR 48/10, Rn. 29; ArbG Stuttgart, Urteil v. 15.4.2010. 17 Ca 8907/09 Rn 12 mit Verweis auf Däubler, in: Däubler/Bertzbach, AGG Kommentar (2008), § 1 Rn. 27 u.a.
- 45 Vgl. Schiek, AuR 2003, 44 (46).
- 46 Däubler, in: Däubler/Bertzbach, AGG Kommentar (2008), § 1 Rn. 30.
- 47 RL 2000/43/EG.
- 48 Nickel, NJW 2001, 2670 mit der Begründung, das die Norm alleine der Sicherung nationalstaatlicher Souveränität im Umgang mit Drittstaatsangehörigen dient; Hey, in: ders., AGG Kommentar (2009), § 1 Rn. 16, der noch weiter geht und die Ausnahme nur auf nationale Regelungen im Bereich des Asyl- und Ausländerrechts anwenden will; Däubler, in: Däubler/Bertzbach, AGG Kommentar

- (2008), § 1 Rn. 32; Schiek, NZA 2004, 873, 882.
- 49 Daran anknüpfend würde sich dann die Frage stellen, ob diese hinreichend gerechtfertigt ist.
- 50 Zudem wäre im Fall der Beschränkung auf Einreisebestimmungen bzw. Einwanderungspolitik der erste Halbsatz des Abs. 2 überflüssig, denn dass die Ausnahme die Einreisebestimmungen nicht betrifft ergibt sich bereits aus dem zweiten Halbsatz des Art. 3 Abs. 2; vgl. auch Falke, in: Rust/Falke, AGG Kommentar (2007), § 1 Rn. 22 mit Verweis auf Röttgen, Der zivilrechtliche Schutz vor Diskriminierung und seine verfassungsrechtliche Gewährleistung, 2004, S. 95, der anführt, dass die Richtlinie auf Art 19 AEUV (ex Art. 13 EGV) gestützt ist, der die Staatsangehörigkeit gerade nicht als Kategorie aufführt.
- 51 v. Roetteken, AGG Kommentar (2012), § 1 Rn. 125.
- 52 Däubler, in: Däubler/Bertzbach, AGG Kommentar (2008), § 1 Rn 32. An dieser Stelle könnte weiter zu überlegen sein, ob Einstellungsbeschränkungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, die nicht in Bezug zur Einstellungspolitik stehen, weil z.B. der entsprechende Aufenthaltstitel vorhanden ist, dann doch nicht in Widerspruch zur Richtlinie stehen. Diese Erörterung kann jedoch nicht im Rahmen dieses Gutachtens erfolgen. S.a. Schiek, NZA 2004, 873, 882, im Zusammenhang mit dem Zugang zu selbständiger Tätigkeit.
- 53 Im Sinne einer „versteckten“, aber unmittelbaren Diskriminierung.
- 54 Vgl. Stork, Das Antidiskriminierungsrecht der Europäischen Union und seine Umsetzung in das deutsche Zivilrecht, 2006, S. 91.
- 55 Dies kann sich natürlich spätestens dann ändern, wenn es um die Auswahl durch die Personalverantwortlichen der staatlichen Verwaltung und damit um die Beurteilung und Auswahl durch Menschen geht; hierbei besteht immer die Gefahr, dass der Prozess der Auswahl durch Vorurteile und Stereotype gestaltet und exklusiv durchgeführt wird.
- 56 Dennoch soll an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, dass die Voraussetzungen zum Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit durchaus kritisch hinterfragt werden. So argumentiert Dagmar Schiek in Bezug auf öffentlich-rechtliche Vorschriften, die den Zugang von selbständigen Berufen regeln, dass Zugangsbeschränkungen auf Grund von Staatsangehörigkeit besonders verdächtig erscheinen, da die deutsche Staatsangehörigkeit immer noch überwiegend am ethischen Deutschtum anknüpft, vgl. Schiek, NZA 2004, 873, 882.
- 57 Laut Däubler, in: Däubler/Bertzbach, AGG Kommentar (2008), § 1, Rn. 34 kann es sich anders verhalten, würde eine Ausschreibung in negativer Weise an eine ausländische Staatsangehörigkeit anknüpfen; als Beispiel wird „Ich will keine Algerier“ anführt und dies als unmittelbare Diskriminierung wegen ethnischer Herkunft qualifiziert, sofern der betroffene ausländische Staat durch ein „Staatsvolk“ charakterisiert wird, das die Voraussetzungen einer „Ethnie“ erfüllt. S.a. v. Roetteken, AGG Kommentar (2012), § 1 Rn. 126 a.E.
- 58 Staatsangehörigkeitsreformgesetz vom 15.7.1999 BGBl. I S. 1618.
- 59 Hofmann, in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, GG Kommentar (2008),

- Art. 16 Rn. 14.
- 60 § 4 Abs. 3 StAG, vom 22. Juli 1913 (RGBl. I S. 583). Hier wird die Staatsangehörigkeit allerdings erst auf Antrag und nicht automatisch wie im Falle der Geburt übertragen, vgl. § 4 Abs. 4 Satz 2 StAG.
- 61 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 1.12.2009.
- 62 So in Frankreich unabhängig von der Nationalität der Eltern, vgl. <http://vosdroits.service-public.fr/N111.xhtml> (zuletzt aufgerufen am 23.08.2012).
- 63 Beispielsweise in Großbritannien nach fünfjährigem Aufenthalt, vgl. <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/britishcitizenship/eligibility/>; in Dänemark nach siebenjährigem Aufenthalt, vgl. [http://www.nyidanmark.dk/en-us/authorities/the\\_danish\\_immigration\\_service/](http://www.nyidanmark.dk/en-us/authorities/the_danish_immigration_service/) (zuletzt aufgerufen am 23.08.2012).
- 64 Für Großbritannien, Dänemark und Frankreich ebda.
- 65 Bay VGH, Beschl. v. 14.08.2008, Az.: 7 CE 08:10592 (juris, Rn. 29), NVwZ-RR 2009, 110.
- 66 v. Roetteken, AGG Kommentar (2012), § 1 Rn. 126.
- 67 Ebda, Rn. 126, 128.
- 68 So Sacksofsky, Mittelbare Diskriminierung, Expertise im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes (2010), S. 7. Einzusehen über: [http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/mittelbare\\_diskriminierung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/mittelbare_diskriminierung.pdf?__blob=publicationFile). Ähnlich Schiek, in: NZA 2004, 873, 882.
- 69 Germelman/Binkert/Germelmann, PersVG Berlin Kommentar (2010), § 71 Rn. 6.
- 70 Ebda., Rn. 26.
- 71 Vgl. § 3 Abs. 1 Satz 1 PersVG Bln.
- 72 Daniels, PersVG Bln, Basiskommentar (2010), § 4 Rn. 1, 2 und § 3, Rn. 2.
- 73 <http://www.berlin.de/sen/justiz/gerichte/kg/ausbildung/n-r-ausbildung/rechtspfleger/index.html#aufg> (zuletzt aufgerufen am 23.08.2012).
- 74 dies ergibt sich aus § 2 Abs. 1 Rechtspflegergesetz.
- 75 Vgl. § 2 Abs. 2 APORPfl.
- 76 Seit dem Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28.8.2006 hat der Bund gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für die Regelung des Beamtenstatus. Somit verlieren die Länder die Regelungskompetenz für solche Bereiche, die der Bund regelt. Dies hat er mit dem Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern (vom 5.2.2009) für einige Bereiche getan.
- 77 Bauschke, AGG im öffentlichen Dienst, Kommentar (2007), § 24 Rn 1.
- 78 Vgl. auch Baßlsperger, Altersdiskriminierung durch Beamtenrecht, ZBR 10/2008, S. 340.
- 79 Vom 14.5.2009, GVBl. S. 260.
- 80 Vom 14.6.2006, GVBl. S. 618.
- 81 Ob auch ein Verstoß gegen Art. 12 GG vorliegt, muss hier nicht geprüft werden. Art 12 wird von Art. 33 Abs. 2 verdrängt, da es die Aufgabe des Haushaltsgebers ist, eine für erforderlich gehaltene Anzahl von Ausbildungsstellen mit Beamtenstatus bereitzustellen, die dann nach den Kriterien des Art. 33 Abs. 2 zu

- vergeben sind (BVerwG, Urt. v. 24.9.2009, Az: 2 C 31.08, Rn. 19; NVwZ 2010, 251). Art. 12 Abs. 1 wäre nur dann einschlägig, wenn der erlernte Beruf auch außerhalb des Staatsdienstes ausgeübt werden könnte. Dies ist in Deutschland aber nicht der Fall, da das Berufsbild der Rechtspflegenden zwingend den Beamtenstatus voraussetzt, vgl. § 2 Abs. 1 RPflG.
- 82 BVerwG, Urt. v. 24.9.2009, Az.: 2 C 31.08, NVwZ 2010, 251.
- 83 vgl. die Beschreibung des Tätigkeitsprofils auf: <http://www.berlin.de/sen/justiz/gerichte/kg/ausbildung/n-r-ausbildung/rechtspfleger/index.html> (zuletzt aufgerufen am 23.08.2012).
- 84 BVerwG, Urt. v. 24.9.2009, Az.: 2 C 31.08, NVwZ 2010, 251.
- 85 BVerwG, Urt. vom 28.10.2004, 2 C 23.03, BVerwGE 122, 147, 153.
- 86 Vgl. BVerwG, Urt. v. 19.02.2009, Az.: 2 C 18/07 (juris, Rn. 10), NVwZ 2009, 840.
- 87 Das BVerwG erachtet es als unschädlich, dass die Ermächtigungsgrundlage die Bestimmung von Altersgrenzen nicht ausdrücklich erwähnt: BVerwG, Urt. v. 19.02.2009, Az.: 2 C 18/07 (juris: Rn 11), NVwZ 2009, 840.
- 88 Vgl. v. Roetteken, AGG Kommentar (2012), § 11 Rn. 13.
- 89 Vgl. BVerwG, Urt. v. 19.02.2009, Az.: 2 C 18/07 (juris: Rn. 16), NVwZ 2009, 840.
- 90 Vgl. BVerwG, Urt. v. 24.02.2009, Az.: 2 C 31/08 (juris: Rn. 32), NVwZ 2010, 251. So auch der EuGH, Urt. v. 05.03.2009, RS. C-388/07, Rn. 46; NZA 2009, 305.
- 91 BVerwG, Urt. v. 19.02.2009, Az.: 2 C 18/07 (juris: Rn. 16), NVwZ 2009, 840, mit Verweis auf den EuGH.
- 92 BVerwG, Urt. vom 28.10.2004, Az.: 2 C 23.03, BVerwGE 122, 147, 153.
- 93 BVerwG, Urt. v. 19.02.2009, Az.: 2 C 18/07, NVwZ 2009, 840 (basiert auf EuGH Urteil vom 16.10.2007, Rn. 68 ff.) Wichtig sei nur, dass der Normgeber (hier durch die Verordnung) die Voraussetzungen für ein Festhalten an der Altersgrenze selbst regelt und es nicht Verwaltung überlässt, die Grenzen festzulegen.
- 94 BVerwG, Urt. v. 19.02.2009, Az.: 2 C 18/07 (juris: Rn. 19), NVwZ 2009, 840.
- 95 So auch BVerwG, Urt. v. 19.02.2009, Az.: 2 C 18/07 (juris: Rn. 19), NVwZ 2009, 840.
- 96 So können Altersgrenzen bei Einstellungen im Feuerwehr-, Polizeivollzugsdienst etc. aus diesem Grund rechtmäßig sein, vgl. z.B. BVerwG, Urt. v. 24.02.2009, Az.: 2 C 31/08, NVwZ 2010, 251. Siehe auch die Entscheidung des EuGH v. 12.01.2010, C-229/08, in der der Gerichtshof die Altersgrenze von 30 Jahren für die Einstellung in den Feuerwehrdienst alleine aufgrund der besonderen körperlichen Anforderungen an diese Tätigkeit für gerechtfertigt erachtet.
- 97 BVerwG, Urt. v. 24. 9. 2009, 2 C 31/08, NVwZ 2010, 251.
- 98 Berliner Schutzpolizei-Laufbahnverordnung vom 30.07.2010.
- 99 aufgrund der Nichtexistenz jeglicher Härtefallregelung ist es nicht ausgeschlossen, hier zu einem anderen Ergebnis zu gelangen.
- 100 Für den vorliegenden Fall überzeugt dieses Argument aber nicht, da mangels tätigkeitsbezogener körperlicher Anforderungen an Rechtspfleger\_innen nicht in der Art vom Alter der bewerbenden Person auf die Befähigung geschlossen werden kann, wie z.B. bei Polizist\_innen oder Feuerwehrleuten.

- 101 Arnold/Meyer-Stolte/Herrmann/Rellermeier/Hintzen, Rechtspflegergesetz, Kommentar (2009), § 1 Rn. 3.
- 102 Vgl. auch Metzler-Müller, BeamtStG Kommentar (2010), S. 79.
- 103 Seit der Förderalismusreform I 2006 ist die Rahmenrechtskompetenz des Beamtenrahmenrechts weggefallen. Der Bund hat stattdessen eine konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit erhalten zur Regelung der Statusrechte und -pflichten der Beamten der Länder, Gemeinden und anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts, siehe: Auerbach/Pietsch (Hrsg.), Beamtenstatusgesetz, Kurzkomentar für die Praxis (2002), S. 5.
- 104 Ausreichend ist ebenfalls die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedsstaates der Europäischen Union innehat, bzw. die eines anderen Vertragsstaates im Rahmen des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, also Lichtenstein, Island, Norwegen sowie die Zugehörigkeit zu einem Drittstaat, dem Deutschland und die Europäische Union vertraglich einen entsprechenden Anspruch auf Anerkennung von Berufsqualifikationen eingeräumt haben.
- 105 BT-Ds. 16/4027, S. 23.
- 106 Reich, Beamtenstatusgesetz Kommentar (2009), § 7 Rn. 11.
- 107 Tegethoff in: Kugele, BeamtStG Kommentar (2010), § 7 Rn. 18.
- 108 Siehe auch Zentgraf, in: Metzler-Müller, BeamtStG Kommentar (2010), § 7 S. 86.
- 109 Siehe hierzu die Ausführungen unten, S. 29 f.
- 110 Tegethoff, in: Kugele, BeamtStG Kommentar (2010), § 7 Rn. 15.
- 111 EuGH 30.09.2003, Rs. C-47/02, DVBl. 2004, 182.
- 112 Tegethoff in: Kugele BeamtStG Kommentar (2010), § 7 Rn. 15.
- 113 Vgl. z.B. Zentgraf, in: Metzler-Müller, BeamtStG Kommentar (2010), § 7 S. 86.
- 114 Anders als in EuGH 30.09.2003, Rs. C-47/02, der die Ausübung hoheitlicher Befugnisse alleine durch die Tätigkeit der Flaggenvertretung eines Kapitäns auf einem Fischereischiff als nicht ausreichend erachtet, um die Freizügigkeit einzuschränken.
- 115 Pieper, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopf auf, GG Kommentar (2008), Art. 33 Rn 6.
- 116 Münch/Kunig, GG Kommentar (2012), Art. 3, Rn. 182, Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG Kommentar (2002), Art. 3, Rn. 113. Vgl. zur Problematik die Argumentation oben unter B II 2 a.
- 117 Zu den Ausführungen zum Kriterium der Staatsangehörigkeit im Rahmen des AGG s.o. unter B II 2 b.
- 118 BVerfG, Urt. v. 7.2.2012, 1 BvL 14/07, Rn. 41, EuGRZ 2012, S. 251; siehe hierzu auch oben S. 9 f.
- 119 Wobei durch die Ausnahmemöglichkeit des § 7 Abs. 3 BeamtStG die Unwiderlegbarkeit einer Fiktion durchaus in Frage gestellt wird.
- 120 Berlin hat die Möglichkeit, den Vorbereitungsdienst in einem öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis außerhalb des Beamtenverhältnisses erfolgen zu lassen, z.B. bereits für Rechtsreferendar\_innen vorgesehen (vgl. § 10 Abs. 1 Satz 2 JAG Berlin).

Rechtswissenschaftliches Fachgutachten

# Selbstbestimmungsrecht von minderjährigen Trans\*Personen

Ausgearbeitet von

**Dr. Sarah Elsuni**

unter Mitarbeit von

**Katharina Bager**



Bei dem vorliegenden Gutachten handelt es sich um eine Hintergrundinformation für Beratungseinrichtungen mit einer Einschätzung der rechtlichen Situation in ausgewählten, häufigen Fällen aus der Beratungsarbeit. Es ist keine Rechtsauskunft im Einzelfall und keine Prognose zum Erfolg juristischer Schritte. Die Rechtslage kann sich ändern; Details spielen immer eine Rolle.



## **Fragestellung:**

Wie ist das Selbstbestimmungsrecht von Minderjährigen auszulegen, für die Trans\*Geschlechtlichkeit ein Thema ist?

Für die Klärung dieser Fragestellung bedarf es zunächst einer Begriffsbestimmung der verschiedenen Trans\*Begriffe und einer Festlegung des Untersuchungsgegenstands (I.). Hieran anknüpfend werden die derzeit bestehenden rechtlichen Regelungen, die für Kinder und Jugendliche im Zusammenhang mit Trans\*Sachverhalten relevant sein können, kurz dargestellt und schließlich die rechtliche Situation bestimmter Lebenssachverhalte anhand konkreter Fragen, bzw. mittels aktueller Beispiele aus der Rechtsprechung untersucht (II).

## **I. Einleitung: Trans\* im Rechtssystem**

### **1. Trans\* als Rechtsbegriff? Begriffsklärung**

In gesellschaftlichem Sprachgebrauch und wissenschaftlicher Literatur finden sich verschiedene Begrifflichkeiten im Zusammenhang mit Trans\*Sachverhalten. Diese variieren teilweise je nach Trans\*Identität, aber auch danach, welche Disziplin sich aus welcher Perspektive der Thematik widmet.

Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft arbeiten mit Kategorisierungen und Definitionen, um Sachverhalte rechtlich erfassen und einordnen zu können. Dabei kennt der Rechtsdiskurs „Trans\*“ nicht als Rechtsbegriff. Zumeist taucht hier ein eindeutig besetzter Begriff der „Transsexualität“ auf. Die juristische Auseinandersetzung wird im Folgenden (I. 2. „Verortungen im Recht“) näher beleuchtet.

Die Facheinschätzung verwendet in Anlehnung an Franzen und Sauer den Begriff Trans\* als inklusiven Oberbegriff, um ein breites Spektrum von Identitäten und Lebensweisen zu benennen<sup>1</sup> und damit grundsätzlich diverse Lebenssachverhalte in die rechtliche Analyse einbeziehen zu können. An vielen Stellen wird sich die Facheinschätzung nur auf die rechtliche Situation von minderjährigen Menschen beziehen, bei denen ein temporärer oder dauerhafter Veränderungswunsch zum bevorzugten Geschlecht vorhanden ist und dem mittels therapeutischer, hormoneller und/oder chirurgischer Behandlungen entsprochen werden soll. Die Einschränkung ist zum einen der Struktur des Rechts (s.u.), zum anderen vor allem aber dem Umfang der Facheinschätzung geschuldet.

## 2. Verortungen im Recht

### a) „Transsexualität“

Seit Einführung des Gesetzes über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (sog. Transsexuellengesetz – im Folgenden: TSG)<sup>2</sup> setzt sich die deutsche Rechtsordnung in Form von gesetzlichen Regelungen explizit mit Trans\*Sachverhalten auseinander. Dieses 1980 im Anschluss an eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG)<sup>3</sup> eingeführte TSG sieht die Änderung des Vornamens bzw. der rechtlichen Erfassung der Geschlechtszugehörigkeit auf Antrag vor für Menschen, die sich nicht „in ihrem Geburtseintrag angegebenen Geschlecht, sondern dem anderen Geschlecht als zugehörig empfinden[...]“.<sup>4</sup> Es zielt damit auf die rechtliche, im Geburtenregister eingetragene Anerkennung des „gefühlten“ Geschlechts einer Trans\*Person und verbleibt klar in einer binären Geschlechterordnung. Die rechtliche Anerkennung

soll der dauerhaften Harmonisierung von Seele und Körper dienen sowie einer konfliktfreien Einordnung in die Gesellschaft ermöglichen.<sup>5</sup>

Hierfür sah das TSG in seiner ursprünglichen Fassung eine deutlich zweistufige Herangehensweise vor. Es regelte zunächst Voraussetzung, Verfahren und Rechtsfolgen einer Vornamensänderung (§§ 1-7 TSG). Diese sog. Kleine Lösung sollte Trans\*Personen ermöglichen, mit geändertem Vornamen ein Leben in der Rolle des bevorzugten Geschlechts erproben zu können, bevor sie nach operativer Angleichung – nach Vorstellungen des Gesetzes die Folge „Lösung“ – die rechtliche Änderung des Personenstands beantragen konnten (§§ 8-12 TSG, sog. Große Lösung).<sup>6</sup>

Die Voraussetzungen, die das TSG für die beiden Verfahren zunächst vorgesehen hat, sind im Laufe der Jahre wesentlich geändert worden, größtenteils durch Verfassungsbeschwerden, die von betroffenen Personen vor das BVerfG gebracht wurden und jedes Mal positiv beschieden wurden.<sup>7</sup>

Für die Fragestellung der Facheinschätzung von Bedeutung sind die Entscheidungen des BVerfG zur Frage der Mindestaltersgrenze. Rechtliche Voraussetzung für eine Vornamensänderung waren zunächst neben dem Zwang seit mindestens drei Jahren im anderen Geschlecht leben zu wollen und der Eigenschaft als Deutsche\_r im Sinne des Grundgesetzes<sup>8</sup> auch ein Mindestalter von 25 Jahren<sup>9</sup>. Durch diese und weitere durchaus restriktivere Anforderungen<sup>10</sup> sollte ein „Schutz des/der Betroffenen vor sich selbst“ bezweckt werden.<sup>11</sup>

Die für beide Verfahren geforderte Mindestaltersgrenze von 25 Jahren wurde durch das BVerfG für verfassungswidrig erklärt. In der Altersgrenze für die sog. Große Lösung sah das BVerfG 1982<sup>12</sup> einen Verstoß gegen das allgemein Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 1 GG. Die gesetzliche Ungleichbehandlung von unter 25-jährigen Trans\*Personen, die trotz bereits erfolgter geschlechtsangleichender Eingriffe keine Personenstandsänderung beantragen konnten, gegenüber älteren Trans\*Personen, denen dies bei Vorliegen der gleichen Voraussetzungen unproblematisch möglich war, sah das BVerfG als nicht gerechtfertigt an. Zwar habe der Gesetzgeber die Altersgrenze für die große Lösung zum Schutz junger Menschen vor irreversiblen und nicht ausreichend durchdachten Entscheidungen vorgesehen, er habe aber dennoch gerade nicht den Zeitpunkt für geschlechtsangleichende Operationen geregelt, sondern lediglich die personenstandsrechtliche Feststellung. Die Verantwortung über den „richtigen“ Zeitpunkt medizinischer Maßnahmen sei somit auf den behandelnden Arzt übertragen worden. Die Benachteiligung jüngerer Personen, die angleichende Maßnahmen schon hinter sich hatten, unterliefe diesem Schutzzweck nicht und stelle daher einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG dar.

Auch die Ungleichbehandlung durch Setzen einer Altersgrenze für das Verfahren der Vornamensänderung (sog. Kleine Lösung) wurde durch das BVerfG für nichtig erklärt, dies insbesondere, da es sich nicht um eine irreversible Maßnahme handele.<sup>13</sup> Zudem liefe eine Altersgrenze als Voraussetzung für die Vornamensänderung gerade dem zugrunde gelegten zweistufigen Konzept zuwider, weil sie – seit der Entscheidung des BVerfG zur großen Lösung – unter 25-jährige Betroffene dazu zwingt, angleichende Eingriffe vornehmen zu lassen, um eine Vornamensänderung zu ermöglichen. Laut BVerfG sollten insbesondere jüngere Trans\*Personen, die sich oft in der Phase beruflicher und priva-

ter Weichenstellungen befänden, vor Schwierigkeiten im Alltag bewahrt werden. Die Möglichkeit, ihren Vornamen dem bevorzugten Geschlecht anzugleichen, sollte ihnen daher nicht komplett verschlossen werden.

Sowohl die Vornamensänderung als auch der rechtliche Geschlechterwechsel können nun also ohne operative Anpassung erfolgen und sind nicht mehr an eine Altersgrenze gebunden.<sup>14</sup>

Ausblick:

Die Bundestagsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen hat 2010 einen Entwurf für ein reformiertes TSG vorgelegt (BT-Drs. 17/2211), der derzeit in den Ausschüssen behandelt wird. Dieses rechtspolitische Vorhaben strebt eine Vereinfachung des Verfahrens sowie eine Anpassung der rechtlichen Lage an aktuelle wissenschaftliche Erkenntnisse an. Die Vornamensänderung soll vereinfacht und nur vom Geschlechtsempfinden des Antragstellers abhängig gemacht werden und nicht mehr im gerichtlichen Verfahren, sondern im Standesamt beantragt werden können.<sup>15</sup> Für eine Personenstandsänderung sollen die gleichen Voraussetzungen gelten. Einzige Bedingung sollen demnach „das subjektive mit den bisherigen Angaben“ übereinstimmende Geschlechtsempfinden des Antragstellers sowie die Erfüllung der statusrechtlichen Vorgaben sein.<sup>16</sup>

Weiterhin sollen beide Verfahren für Minderjährige durch die gesetzlichen Vertreter geführt werden müssen. Bei geschäftsunfähigen Personen ist – entsprechend der bisherigen Regelungen des TSG – eine familiengerichtliche Genehmigung erforderlich.<sup>17</sup> Des Weiteren sollen familienrechtliche Institute des Zusammenlebens weiter geführt werden können mit der Möglichkeit, Ehen in Lebenspartnerschaften bzw. umgekehrt zu überführen.<sup>18</sup>

Im Grunde passt der Entwurf die Gesetzeslage der rechtlichen Lage nach der derzeitigen BVerfG-Rechtsprechung an und stellt klar, dass die Rechtsfolgen an das Geschlechtsempfinden der betroffenen Person geknüpft werden müssen und nicht an Fragen der Körperlichkeiten. Altersgrenzen soll das neue Gesetz keine enthalten. Darüber hinaus gehende Regelungen zum Schutz Minderjähriger wurden nicht getroffen.

### **b) „Intersexualität“**

Von „Transsexualität“ wird der Begriff der Intersexualität juristisch klar abgegrenzt.<sup>19</sup> Dabei benennen die deutschen Gesetze selbst den Begriff der Intersexualität nicht.<sup>20</sup>

### **c) „Geschlecht“**

„Geschlecht“ ist die wesentliche Zuordnungskategorie der Rechtsordnung. Dabei scheinen im Rechtsdiskurs, insbesondere in Rechtsprechung und -anwendung überwiegend nur zwei Geschlechter zu existieren.<sup>21</sup> Das Grundgesetz differenziert in Art. 3 Abs. 2 S. 1 nach „Männern“ und „Frauen“, weitere Identitäten sind bislang auch in der Interpretation des Begriffs „Geschlecht“ nicht vorgesehen.<sup>22</sup>

Die Zuordnungskategorie strukturiert die Rechtsordnung wesentlich: Bei der Geburtsanzeige, die innerhalb einer Woche nach der Geburt eines Kindes gegenüber dem Standesamt erfolgen muss, ist das „Geschlecht“ anzugeben.<sup>23</sup> Weder in der Verfassung noch auf einfachgesetzlicher Ebene findet sich eine Definition dafür, was unter „männlich“ oder „weiblich“ zu verstehen sein soll.

Diese Entscheidung wurde der Medizin überlassen, die wohl überwiegend an körperliche Merkmale anknüpft. Die Eintragung des Geschlechts wird auch für die Eintragung im Reisepass und der Geburtsurkunde verlangt.<sup>24</sup> Und auch im Weiteren finden sich Normen, deren Rechtsfolgen an das Geschlecht anknüpfen, so

bspw. im Familienrecht, Strafrecht und Sportrecht.<sup>25</sup> Relevant wird die Geschlechtsbestimmung z.B. mit Vollendung des 16. Lebensjahres im Zusammenhang mit der Eheschließung.<sup>26</sup>

#### **d) Sexuelle Identität**

Das Allgemeine Gleichheitsgesetz (AGG) sowie die Verfassung von Berlin (VVB) führen als Diskriminierungskategorie „sexuelle Identität“ auf. Laut Gesetzesbegründung zum AGG umfasst diese sowohl die sexuelle Orientierung als auch das Geschlechtsempfinden.<sup>27</sup> Dabei ist das AGG gemäß seines Anwendungsbereiches nur für die Bereiche der Arbeits-, und Beschäftigungsverhältnisse sowie des Zivilrechtsverkehrs einschlägig.<sup>28</sup>

Der rechtspolitische Vorstoß von Bündnis 90/die Grünen, SPD-Fraktion und der Fraktion der Linken<sup>29</sup> in Form des in den Bundestag eingebrachten Antrags auf Aufnahme der „sexuellen Identität“ in Art. 3 Abs. 3 GG wurde im Bundesrat mit der Begründung abgelehnt, dass nach bestehender Rechtslage bereits ausreichend Diskriminierungsschutz für Betroffene bestünde.<sup>30</sup>

## **II. Das Selbstbestimmungsrecht von Kindern im Dreiecksverhältnis Kinderrechte – Elternrechte – Staat**

Auch für Kinder und Jugendliche kann Trans\*Identität ein Thema sein. So kann zum Beispiel das Empfinden, im „falschen Körper“ zu leben, bereits im frühesten Kindesalter auftreten.<sup>31</sup> Hier stellt sich aus juristischer Perspektive – neben der rechtlichen Einordnung von Trans\*Sachverhalten – vor allem die Frage der Selbstbestimmung von Kindern und Jugendlichen.

Zunächst soll der rechtliche Hintergrund skizziert werden (1.), vor dem anschließend konkrete Fallbeispiele erörtert werden (2.).

# 1. Rechtlicher Hintergrund

## a) Rechte von Minderjährigen

Das Recht kennt einige Abstufungen im Lebensalter, an die es unterschiedliche Rechte knüpft. Dabei ist klar: auch Kinder und Jugendliche sind Rechtssubjekte und Träger eigener Grundrechte – gegenüber Erziehungsberechtigten, Öffentlichkeit und Staat.

Für das Grundgesetz (GG) gilt: Bis auf wenige Ausnahmen gibt es keine Altersgrenzen in Bezug auf die Grundrechtsmündigkeit und damit in Bezug auf die Fähigkeit eines Menschen, ein Grundrecht ausüben zu können.<sup>32</sup> Grundsätzlich besteht Grundrechtsmündigkeit allerdings stets für Grundrechte, die an die menschliche Existenz anknüpfen. So sind Minderjährige durchaus grundrechtsmündig in Bezug auf die Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG, das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 GG und das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.<sup>33</sup>

Auch einfachgesetzlich stehen Minderjährigen Rechte zu:

Das SGB VIII<sup>34</sup> garantiert jungen Menschen<sup>35</sup> ein Recht auf Förderung der Entwicklung und Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit. Zur Verwirklichung dieses subjektiven Rechts soll der Staat durch Leistungen und andere Aufgaben der öffentlichen und freien Kinder und Jugendhilfe beitragen.<sup>36</sup> Zudem gewährt das Gesetz in § 8 einen subjektiven Anspruch Minderjähriger auf Beteiligung an allen Entscheidungen der öffentlichen Jugendhilfe (Abs. 1 Satz 1), die Aufklärung über ihre Rechte (Abs. 1 Satz 2), sowie ein uneingeschränktes Recht, sich mit allen Erziehungs- und Entwicklungsangelegenheiten an das Jugendamt zu wenden (Abs. 2). Im Not- und Konfliktfall haben Kinder und Jugendliche<sup>37</sup> einen Anspruch auf Beratung ohne Kenntnis der Eltern (Abs. 3).



Und auch auf internationaler Ebene werden Rechte und Schutzpflichten gegenüber Kindern anerkannt: Das grundlegende Vertragswerk stellt die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes (KRK) dar.<sup>38</sup> Diese listet einen umfangreichen Katalog einzelner Kinderschutzrechte auf. Vorliegend besonders erwähnenswert ist das umfassende Diskriminierungsverbot des Art. 2, das jegliche Diskriminierung u.a. auch aufgrund des Geschlechts oder des sonstigen Status des Kindes, seiner Eltern oder des Vormunds aufgreift. Zudem könnte im Zusammenhang mit den Lebenssachverhalten von Trans\*Minderjährigen das Recht des Kindes<sup>39</sup> auf Leben und Entwicklung aus Art. 6 KRK, der Anspruch auf Achtung der Identität aus Art. 8 KRK, das Äußerungs- und Beteiligungsrecht aus Art. 12 KRK und der Schutz vor Gewaltanwendung und Misshandlung aus Art. 19 KRK relevant sein.

Gemeinsam ist all diesen Rechtsnormen, dass das Kindeswohl zur zentralen Maxime für jeglichen Umgang mit Kindern erhoben wird.

## **b) Rechtsdurchsetzung**

Haben Minderjährige eigene (Grund-)Rechte, so bedeutet dies nicht automatisch, dass sie diese auch selbst einfordern können. Damit stellt sich aus prozessualer Sicht die Frage der Prozessfähigkeit: Es geht um die Fähigkeit einer (minderjährigen) Person, vor Gericht zu stehen und eigenständig Verfahrenshandlungen vornehmen zu können.

## (1) Rechtliche Gegebenheiten

Je nach Verfahrensart gibt es hierzu unterschiedliche Regelungen. So ergibt sich diese für Zivilprozesse aus den §§ 50 ff. ZPO, wonach prozessfähig ist, wer sich durch Verträge verpflichten kann (§ 51 ZPO); die Vorschriften des BGB sind hierzu heranzuziehen.

Als Grundsatz gilt somit: Die Prozessfähigkeit im Zivilprozess, d.h. die Fähigkeit einen Prozess selber bzw. durch einen Vertreter zu führen und eigene Verfahrenshandlung vorzunehmen, knüpft an die im BGB geregelte Geschäftsfähigkeit an.<sup>40</sup> Voll geschäftsfähig ist, wer das 18. Lebensjahr erreicht hat, beschränkt geschäftsfähig hingegen sind Menschen zwischen dem vollendeten siebten und 18. Lebensjahr. Prozessfähig ist danach grundsätzlich, wer volljährig ist. Eine „beschränkte Prozessfähigkeit“ gibt es nicht. Auch Minderjährige über sieben Jahren sind prozessunfähig. Sie können selbst mit Einwilligung der Eltern keinen Prozess führen. Von diesem Grundsatz gibt es wenige Ausnahmen: So sind in den Fällen der §§ 112, 113 BGB Minderjährige für die sich aus ihrem Erwerbsgeschäft ergebenden Rechtsstreitigkeiten voll prozessfähig.<sup>41</sup> Ferner kommt ihnen in Prozessen die Ehesachen betreffen uneingeschränkte Prozessfähigkeit zu.<sup>42</sup>

Eine Erweiterung der Verfahrensfähigkeit, die der Prozessfähigkeit entspricht, erfahren Minderjährige ab dem 7. Lebensjahr für Familiensachen.<sup>43</sup> Gem. § 9 Abs. 1 Nr. 3 Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) steht Minderjährigen nach dem 14. Lebensjahr Verfahrensfähigkeit zu, sofern sie ein eigenes bürgerliches Recht geltend machen.<sup>44</sup>

Des Weiteren schreibt § 159 FamFG für Verfahren in Kindschaftsachen vor, das über 14-Jährige zwingend vom Familiengericht

angehört werden müssen, jüngere Kinder dann, wenn ihre Neigungen, Bindungen oder ihr Wille für die Entscheidung von Bedeutung sind oder eine persönliche Anhörung aus sonstigen Gründen relevant sein könnten.

In diesen Verfahren muss das Gericht einen Verfahrensbeistand bestellen, wenn dies zur Wahrung der Interessen des Kindes notwendig ist, insb. wenn das Interesse des Kindes in erheblichem Gegensatz zu dem seiner gesetzlichen Vertreter\_innen, i.d.R. die Eltern, steht.<sup>45</sup> Zwar beschränkt ein Verfahrensbeistand die Vertretungsmacht der Eltern nicht, seine Aufgabe besteht dennoch darin, die Interessen des Kindes festzustellen und vor Gericht zur Geltung zu bringen. Schließlich steht über 14-Jährigen Jugendlichen ein Beschwerderecht gegen erstinstanzliche Entscheidungen vom Amts- und Landgerichten in Familiensachen und Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu.

Greift nun keine dieser Vorschriften, muss ein gesetzlicher Vertreter für die minderjährige Person vor Gericht auftreten. Dies sind in der Regel gem. § 1629 BGB die Eltern, was sich bei einem Interessenkonflikt zwischen Eltern und Kind als problematisch erweisen kann. Nur in wenigen Fällen, die im Grunde vertragliche Beziehungen zwischen Eltern und Kind betreffen, sind die Eltern von der Vertretung ausgeschlossen und ein Ergänzungspfleger muss bestellt werden.<sup>46</sup> Darüber hinaus kann das Vormundschaftsgericht den Eltern die Vertretung bei einer erheblichen Interessenkollision für einzelne Angelegenheiten entziehen.<sup>47</sup>

In Verfahren, in denen über das Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung entschieden wird soll das Gericht in „geeigneten Fällen“ auch mit dem Kind erörtern, wie einer möglichen Gefährdung des Kindeswohls begegnet werden kann.<sup>48</sup> Bei Konflikten ist das Familiengericht generell gem. § 156 FamFG gehalten, auf das Einvernehmen der beteiligten Personen hinzuwirken.

## (2) Tatsächliche Herausforderungen

Sind sich Eltern und Kind einig, können deren Rechte daher notfalls gerichtlich eingeklagt werden. Handelt es sich aber um Rechte der Kinder gegenüber den Eltern oder unterscheidet sich die Auffassung der Eltern von derjenigen der Kinder, wird die Geltendmachung der Rechte erschwert. Zwar haben Kinder und Jugendliche vermehrt die Möglichkeit, sich im Rahmen von Kinder- und Jugendhilfe sowie dem Bundeskinderschutzgesetz (BKSchG) Unterstützung zu verschaffen, jedoch setzt dies voraus, dass das betroffene Kind alt und mutig genug ist, sich ggf. einer dritten Person anzuvertrauen bzw. innerfamiliäre Konflikte nach außen zu tragen.

In seltenen Fällen mag es wohl um den Fall gehen, dass z.B. bei sehr kleinen Kindern eine dritte Person erkennt, dass im jeweiligen Fall Kinderrechte geltend gemacht werden müssen.

## c) Rechte der Eltern

Eltern steht das elterliche Erziehungsrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG zu. Dieses umfasst die Pflege, d.h. die Sorge für das Wohl und die Erziehung der minderjährigen Kinder bis zu ihrer Volljährigkeit.<sup>49</sup> Hieraus ergeben sich zugleich Rechte und Pflichten für die Eltern, die den Umgang mit der minderjährigen Person, den Unterhalt für sie, sowie die elterliche Sorge betreffen. Art. 6 Abs. 2 GG garantiert den Eltern für die Frage, wie sie für das körperliche Wohl und die seelische und geistige Entwicklung, die Bildung und Ausbildung ihrer Kinder sorgen wollen, einen grundsätzlichen Entscheidungsvorrang, eine Eigenständigkeit und Selbstverantwortlichkeit.<sup>50</sup> Es handelt sich um ein Freiheitsrecht gegenüber dem Staat, das den Eltern allerdings nicht um ihrer selbst willen, sondern zum Schutz des Kindes gewährt wird.<sup>51</sup> Daher muss das elterliche Erziehungsrecht dem Kindeswohl dienen. Das Kindes-

wohl verpflichtet Eltern generell zu einem Verhalten, das voraussichtlich der Integrität und freien Entfaltung des Kindes dient.<sup>52</sup>

Konkreter ist das Recht der elterlichen Sorge im Zivilrecht in den §§ 1626 ff. BGB ausgestaltet. Es umfasst Wahl und Förderung der Berufs- bzw. Schulausbildung ebenso wie das religiöse Erziehungsrecht, den Aufenthalt sowie die Beaufsichtigung und Angelegenheiten, die mit Status und Namen des Kindes zu tun haben.<sup>53</sup> Insbesondere erfasst es auch das Recht zur Vertretung des Kindes gem. § 1629 BGB.

Trotz der garantierten Selbständigkeit kann auch das elterliche Erziehungs-, und Vertretungsrecht nicht uneingeschränkt existieren. Zwar können die Grundrechte des Kindes das elterliche Erziehungsrecht nicht direkt beschneiden, da es sich bei beiden Grundrechten um staatsgerichtete Abwehrrechte handelt. Mittelbar ziehen die Kindesgrundrechte allerdings dem Elternrecht dadurch Grenzen, dass die einfachrechtlichen Vorschriften im Lichte der grundrechtlichen Werteordnung auszulegen sind.<sup>54</sup> Das Elternrecht ist daher in Bezug auf seinen Inhalt und Funktion durch das Schutzbedürfnis sowie die Persönlichkeits- und Menschenrechte des Kindes gebunden.<sup>55</sup>

Die Ausgestaltung des Eltern-Kind-Verhältnisses findet hauptsächlich im Familienrecht statt. Auch hier gilt als Richtschnur des Interessenausgleichs das Wohl des Kindes.<sup>56</sup> In der Ausübung ihres Rechts sollen Eltern die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbständigem, verantwortungsbewusstem Handeln berücksichtigen.<sup>57</sup> Für einige Konfliktfälle wurde auch konkret geregelt, dass die Selbstbestimmung des

Kindes überwiegen soll, wie z.B. bei der Entscheidung über das religiöse Bekenntnis ab dem 12. Lebensjahr oder bei der Befugnis ein Testament zu errichten ab dem 16. Lebensjahr.<sup>58</sup> Des Weiteren gibt es Entscheidungen, die Eltern nicht gegen den Willen des Kindes treffen dürfen, z.B. den Abschluss eines Ehevertrages.<sup>59</sup> In diesem Zusammenhang stellt sich auch die (noch) nicht eindeutig geklärte Frage der Einwilligungskompetenz Minderjähriger im Rahmen ärztlicher Behandlungen.<sup>60</sup>

Grundsätzlich werden mit abnehmender Pflege- und Erziehungsbedürftigkeit des Kindes die im Elternrecht wurzelnden Rechtsbefugnisse zurückgedrängt, bis sie schließlich mit der Volljährigkeit des Kindes erlöschen.<sup>61</sup>

#### **d) Staatlicher Schutzauftrag**

Gem. Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG wacht die staatliche Gemeinschaft über die Ausübung des elterlichen Sorgerechts. Kommen die Eltern ihren Erziehungsaufgaben nicht oder nur unzureichend nach, kann sie entweder durch Hilfestellungen oder hoheitlichen Eingriff in das Sorgerecht reagieren, wobei die Hilfestellung immer Vorrang vor dem Eingriff hat.<sup>62</sup> Eltern können von sich aus das Jugendamt um Beratung oder Unterstützung bitten.<sup>63</sup> Auch haben sie die Möglichkeit gem. § 1631 Abs. 3 BGB direkt am Familiengericht einen Antrag auf Unterstützung bei der Personensorge zu stellen.<sup>64</sup>

Durch hoheitlichen Eingriff muss der Staat ein Kind vor seinen Eltern schützen, wenn es durch die unzureichend ausgeübte elterliche Sorge in Gefahr gerät (vgl. z.B. § 1666 BGB) – lediglich als ultima ratio kann es zur Unterbringung in einer anderen Familie bis hin zur Entziehung des Sorgerechts reichen. Hier stellt sich die in jedem Einzelfall abzuwägende und zu beantwortende problematische Frage,<sup>65</sup> wann eine Gefährdung des Kindeswohls durch

elterliches Verhalten vorliegt, die ein Einschreiten erforderlich macht. Der Begriff des Kindeswohls ist gesetzlich nicht definiert. Gravierende Verstöße gegen das Recht auf gewaltfreie Erziehung, körperliche und seelische Misshandlungen, Verweigerung der Zustimmung zu notwendigen ärztlichen Maßnahmen sowie Vernachlässigung stellen wohl eine Kindeswohlgefährdung dar.<sup>66</sup> Darüber hinaus haben Eltern jedoch einen weiten Interpretationsspielraum, was konkret das „Wohl“ des Kindes ausmacht.<sup>67</sup>

Abschließend lässt sich wohl nur festhalten, dass das Kind dann einen Anspruch auf staatlichen Schutz hat, wenn seine verfassungsrechtlich garantierten Rechte konkret bedroht erscheinen.<sup>68</sup>

### **e) Zwischenfazit**

Minderjährige werden zwar durch die Rechtsordnung in vielerlei Hinsicht geschützt. Jedoch können sich Konflikte mit anderen Rechtspositionen wie z.B. dem Erziehungsrecht der Eltern oder den Regelungen zur Geschäftsfähigkeit ergeben, die in einen Ausgleich gebracht werden müssen. Als eine Art „letzte Instanz“ wacht der Staat über die Sorgetätigkeit der Eltern. Allerdings stellen sich Fragen hinsichtlich der rechtlichen oder tatsächlichen Durchsetzung bestehender Rechte einer\_s Minderjährigen. Im Folgenden sollen konkrete Situationen, die für Trans\*Minderjährige bestehen können, rechtlich eingeordnet werden.

## 2. Konkrete Fallbeispiele

### a) Verfahren nach dem TSG

Ab wann sind Minderjährige befugt, eigenständig Anträge gemäß dem TSG zu stellen? Nach der Abschaffung der rechtlichen Altersgrenzen richtet sich die diesbezügliche Ausgestaltung der TSG-Verfahren nach allgemeinen prozessualen Grundsätzen.

Es geht hier also um die Frage der Prozess- oder Verfahrensfähigkeit, also die juristische Fähigkeit, Verfahrenshandlungen selbst oder durch einen selbst gewählten Vertreter wirksam vor- oder entgegenzunehmen, damit Anträge zu stellen, an gerichtlichen Terminen teilzunehmen etc.<sup>69</sup> Wie bereits ausgeführt,<sup>70</sup> richtet dies sich in einem Zivilprozess (und ein solcher ist das Antragsverfahren nach dem TSG) nach der sog. Geschäftsfähigkeit.<sup>71</sup> Voll geschäftsfähig (und somit prozessfähig) sind Personen ab 18 Jahren, geschäftsunfähig (und prozessunfähig) sind Minderjährige, die das siebente Lebensjahr noch nicht vollendet haben.<sup>72</sup>

Prozessunfähige müssen sich bei der Vornahme aller Handlungen von ihren gesetzlichen Vertretern vertreten lassen.<sup>73</sup> Für Minderjährige zwischen dem siebenten und 18. Lebensjahr besteht die sog. beschränkte Geschäftsfähigkeit, d.h. diese können Geschäfte im Allgemeinen nur mit Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter tätigen.<sup>74</sup> Eine dementsprechende „beschränkte Prozessfähigkeit“ existiert im Grundsatz allerdings nicht, sodass Minderjährige, die zwischen sieben und 18 Jahren alt sind – außer in einigen Ausnahmefällen – erst einmal nicht prozessfähig sind.<sup>75</sup>

Das TSG ergänzt diese allgemeinen Verfahrensgrundsätze. So regelt § 3 Abs. 1 TSG zur Vornamensänderung, dass das Verfahren für geschäftsunfähige Personen – also für Menschen, die das siebente Lebensjahr noch nicht vollendet haben (§ 104



BGB) – durch die gesetzlichen Vertreter\_innen geführt wird. Die gesetzlichen Vertreter\_innen bedürfen für einen Antrag nach § 1 der Genehmigung des Familiengerichts. Diese dient der Missbrauchskontrolle.<sup>76</sup>

Für beschränkt geschäftsfähige Menschen trifft das TSG keine gesonderte Regelung. Aus dieser Tatsache wird überwiegend geschlossen, dass das TSG beschränkt Geschäftsfähigen die Verfahrensfähigkeit grds. zuspricht,<sup>77</sup> sodass Menschen ab der Vollendung des siebten Lebensjahres mit Einwilligung des\_der gesetzlichen Vertreter\_in einen Antrag stellen können. Nach anderer Ansicht gilt auch hier der übliche Grundsatz, dass es keine beschränkte Prozessfähigkeit geben darf<sup>78</sup> und sich Minderjährige durch ihre gesetzlichen Vertreter vertreten lassen müssen.

Allerdings sprechen die Tatsachen, dass im Rahmen des TSG-Verfahren höchst persönliche und schwerwiegende Grundrechte berührt werden, die Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts von Minderjährigen für die Persönlichkeitsentwicklung relevante Bereiche betrifft und hier die Einsichtsfähigkeit betroffener Minderjähriger, die ein solches Verfahren einleiten wollen, nicht automatisch ausgeschlossen werden kann, dafür, die Verfahrensfähigkeit Minderjähriger ab dem siebenten Lebensjahr zu bejahen.

In diesem Sinne lässt sich auch die Gesetzesbegründung zum TSG lesen, die auf § 607 ZPO verweist, der in der damaligen Fassung beschränkt geschäftsfähigen Ehepartner die Prozessfähigkeit in Ehesachen zusprach.<sup>79</sup> Und auch ein systematischer Blick deutet darauf hin: Auch das FamFG spricht durchaus die Verfahrensfähigkeit von Minderjährigen an und regelt in § 81 Abs. 3, dass keine Verfahrenskosten auferlegt werden können sowie jedoch auch, dass Minderjährige trotz eigener Verfahrensfähigkeit zur Wirksamkeit ihrer Handlungen der elterlichen Zustimmung bedürfen.

## **b) Teilnahme an geschlechtsspezifischen Aktivitäten, Form der Anrede und Wahl der Kleidung**

Für ein Trans\*Kind, das entsprechend seiner Identität an geschlechter-binär angelegten Schulunterricht oder Freizeitaktivitäten teilnehmen möchte oder z.B. in der Schule gemäß seinem gewählten Vornamen angesprochen werden möchte, stellen sich je nach Konstellation des Falles unterschiedliche rechtliche Voraussetzungen.

Hat die minderjährige Person das TSG-Verfahren Personenstandsänderung durchlaufen, so ergeben sich in öffentlichen Schulen rechtlich klare Vorgaben zur Teilnahme an geschlechtsspezifischen Aktivitäten der Schüler\_innen. Gem. § 10 TSG richten sich alle geschlechterspezifischen Rechte und Pflichten nach dem „neuen“ Geschlecht. So sind auch nach erfolgter Vornamensänderung alle staatlichen Organe verpflichtet, „die individuelle Entscheidung eines Menschen über seine Geschlechtszugehörigkeit zu respektieren“, so dass sich eine Achtungspflicht konkret auf korrekte Anrede bzw. Anschreiben ergibt. Dies folgt laut Entscheidung des BVerfG<sup>80</sup> aus der Achtung gegenüber dem Sexualbereich, der unter dem Schutz der Menschenwürde und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht stehen. Überlegt werden könnte, inwiefern diese Entscheidung, die von einer generellen Pflicht zur Achtung des Sexualbereiches spricht und gewichtige Grundrechte heranzieht, auch weitere Bereiche erfasst, sodass öffentliche Organe auch in anderen Bereichen, wie z.B. dem nach Geschlechtern getrennten Sportunterricht oder der Wahl der Kleidung, die Individualität der betroffenen Person zu respektieren haben.

Wurde ein TSG Verfahren nicht durchlaufen, ist die Lage aus juristischer Sicht komplizierter. Bei der Aufnahme in eine Schule ist grds. die Geburtsurkunde mit dem darin vermerkten Geschlechtseintrag vorzulegen.<sup>81</sup> Hiernach bestimmt sich fortan das Geschlecht für die Schulakte, die Anrede, Zeugnisse und den teilweise nach Geschlechtern getrennten Schulunterricht.<sup>82</sup> Wünscht eine Person hier eine Behandlung gemäß ihrem gelebten Geschlecht, ist sie auf die Unterstützung der gesetzlichen Vertreter\_innen und Absprachen mit der Schulleitung angewiesen. Spezielle Rechtsprechung findet sich zu dieser Problematik (noch) nicht.

Angeführt werden können jedoch einige Regelungen, die es einem Kind ermöglichen sollten, sein gefühltes Geschlecht auch vor Durchführung eines TSG-Verfahrens zu leben: Ggf. findet die in der oben erwähnten Entscheidung des BVerfG statuierte staatliche Achtungspflicht gegenüber dem Sexualbereich einer Person sowie die Betroffenheit der genannten Grundrechte auch hier Anwendung.

Die genannten Grundrechte des Grundgesetzes finden ihre Entsprechung in den Art. 6 bis 8 der Berliner Verfassung (VVB). Bemerkenswert ist hierbei, dass das allgemeine Benachteiligungsverbot des Art. 10 VVB – anders als das Grundgesetz in seinem Art. 3 – auch die Kategorie der „sexuellen Identität“ umfasst.

Ebenso gewährt § 2 Abs. 1 des Berliner Schulgesetzes ein Recht auf zukunftsfähige Bildung ungeachtet der sexuellen Identität. Zudem spricht das Gesetz in § 3 Abs. 3 Nr. 1 davon, dass die schulische Bildung und Erziehung die Schüler\_innen befähigen soll, die Beziehungen zu anderen Menschen respektvoll und im Sinne der Gleichberechtigung zu gestalten und „allen Menschen Gerechtigkeit widerfahren“ zu lassen. Gem. § 4 Abs. 1 S. 1 sollen Schulen, Erziehungsberechtigte und Jugendhilfe zur „größtmögli-

chen Entfaltung der Persönlichkeit“ der Schüler\_innen hinwirken. All diese Regelungen weisen auf einen sensibilisierten rechtlichen Umgang des Berliner (Schul)Rechts mit Trans\*Sachverhalten hin.

Gegenüber privaten Trägern (z.B. Sportclubs etc.) sind die o.g. Rechtsprechung und (Grund)Rechte nicht unmittelbar anwendbar. Auch das AGG wird hier i.d.R. keinen Schutz bieten, da es Diskriminierung aufgrund der sexuellen Identität nur im Rahmen von Arbeitsverhältnissen und beruflichen Maßnahmen schützt.<sup>83</sup> Hier sind Eltern und Kind wiederum auf Kooperationsbereitschaft seitens der Organisationen angewiesen bzw. darauf, Veranstaltungen zu finden, die das Kind in seiner Individualität achten.

Bei extremem Verhalten einer Person oder Organisation, z.B. wiederholtem absichtlichen Ansprechen mit einer falschen Anrede, in der Absicht Missachtung auszudrücken, könnte in einigen Fällen letztlich an eine Strafanzeige wegen Beleidigung gem. § 185 StGB<sup>84</sup> gedacht werden.

### **c) Kollision: Selbstbestimmungsrecht Minderjähriger mit Verhalten der Eltern**

Weitaus komplizierter stellen sich die rechtliche Lage sowie tatsächliche Situation dar, wenn Kind und Eltern verschiedener Ansicht sind.

Wie bereits oben erwähnt, genießt das Elternrecht einen hohen Stellenwert und daher besonderen Schutz. Schule und öffentliche Träger von Freizeiteinrichtungen sind verpflichtet, im Zusammenspiel mit Eltern und Kind auf eine bestmögliche Förderung des Kindes hinzuarbeiten. Ignorieren Eltern die nachdrücklich geäußerten Trans\*Empfindungen ihrer Kinder

dauerhaft, indem sie über einen längeren Zeitraum hinweg z.B. das Tragen bestimmter Kleidung verbieten, das Kind nicht nach dessen empfundenem Geschlecht anreden oder es generell nicht als Individuum unterstützen, können sie sich in Widerspruch zu den in den Grundrechten gewährleisteten Rechten des Kindes auf Menschenwürde, freie Entfaltung der Persönlichkeit und sexuelle Identität stellen.

Bei Fällen mit erheblichem Leidensdruck der minderjährigen Person kann zu prüfen sein, ob eine Gefährdung des Kindeswohls vorliegt. Wird dies bejaht, so kann ein Einschreiten der Schulen, Jugendämter und Familiengerichte gem. § 1666 BGB geboten sein. Die minderjährige Person hat rechtlich die Möglichkeiten, sich an Jugendamt oder Familiengericht zu wenden bzw. die Jugendhilfe in Anspruch zu nehmen (s.o.).

#### **d) Behandlungswunsch**

Hegt eine minderjährige Trans\*Person den Wunsch nach therapeutischer, hormoneller oder chirurgischer Behandlung und erfährt darin durch ihre Eltern Unterstützung, ergeben sich eher medizinisch/ethische als rechtliche Probleme.

Die Beantwortung der schwierigen Frage, ob und wenn ja wann mit der Behandlung schwerwiegender z.T. irreversiblen Maßnahmen wie der Gabe von Hormonen oder chirurgischen Maßnahmen mit dem Ziel der Geschlechtsangleichung begonnen werden sollte, hat die Rechtsordnung der Medizin überlassen. Eine diesbezügliche Altersgrenze findet sich weder im TSG, noch in anderen Normen (s.o.). Die Verantwortung liegt somit gänzlich bei den behandelnden Ärzt\_innen.

Lehnen die zuständigen Ärzt\_innen nach ausführlicher Diagnose die Vornahme bestimmter ärztlicher Maßnahmen ab, gibt es keinen rechtlichen Anspruch zur Durchsetzung der Behandlung. Es herrscht allerdings der Grundsatz der freien Arztwahl, sodass die Möglichkeit besteht, andere Ärzt\_innen aufzusuchen.

Juristisch relevant hingegen ist die Frage der Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger in eine ärztliche Behandlung mit zumindest teilweise irreversiblen Folgen (z.B. eine Hormonbehandlung oder geschlechtsangleichende Operation), wenn dieser Wunsch durch die Eltern abgelehnt wird. Hier stehen sich Sorgebedürftigkeit und Selbstbestimmungsrecht der minderjährigen Person gegenüber und müssen in einen Ausgleich gebracht werden.<sup>85</sup> Eine einfache rechtliche Lösung gibt es für diese Fallkonstellation nicht.<sup>86</sup>

Grundsätzlich ist jede ärztliche, die körperliche Integrität des Körpers berührende Maßnahme, eine Körperverletzung im Sinne des Strafgesetzbuches (StGB).<sup>87</sup> Ebenso begründet ein solcher ärztlicher Eingriff eine deliktische Handlung mit Haftungsfolgen im Zivilrecht. In beiden Fällen ist ein ärztlicher Eingriff allerdings gerechtfertigt, wenn es sich um einen Heileingriff handelt, der nach den Regeln der medizinischen Kunst durchgeführt wird und in den Patient\_innen nach umfassender Aufklärung eingewilligt haben (sog. Prinzip des informed consent).<sup>88</sup>

Bei minderjährigen Patient\_innen stellen sich in diesem Zusammenhang drei Fragen:

## 1. Ist die minderjährige Person fähig, in die Körperverletzung einzuwilligen?

Eine erwachsene Person ist erst einmal grundsätzlich einwilligungsfähig.<sup>89</sup> Ob, und wenn ja ab welchem Alter eine minderjährige Person einwilligungsfähig ist, ist weder gesetzlich noch durch die Rechtsprechung einheitlich geklärt.

Der BGH hat 1958 entschieden, dass es sich bei der Einwilligung um eine tatsächliche Handlung und kein Rechtsgeschäft handelt, sodass sich die Einwilligungsfähigkeit nicht grundsätzlich an den Regeln zur Geschäftsfähigkeit (§§ 107 ff. BGB; siehe auch oben) orientieren muss. Vielmehr gehe es darum, dass die betreffende Person Wesen, Bedeutung und Tragweite der Handlung erkennen und sachgerecht beurteilen kann.<sup>90</sup> Sie muss darüber hinaus in der Lage sein, den Nutzen und die Gefahren einer Heilbehandlung einschätzen und gegeneinander abwägen zu können.<sup>91</sup> Es ist daher unbedingt erforderlich, dass auch minderjähriger Patient\_innen umfassend ärztlich aufgeklärt werden.<sup>92</sup>

Eine klare Linie hinsichtlich genauer Kriterien zur Ermittlung der Einwilligungsfähigkeit hat die Rechtsprechung bislang nicht erkennen lassen.<sup>93</sup> Die Entscheidung darüber, ob minderjährige Patient\_innen einwilligungsfähig sind, obliegt den behandelnden Ärzt\_innen, denen hier ein gewisses Risiko aufgebürdet ist. Im Bestreben nach Rechtssicherheit finden sich verschiedene Vorschläge für die Festlegung bestimmter Altersgrenzen. So wird vorgeschlagen Einwilligungsfähigkeit durchschnittlich mit 14 Jahren anzunehmen,<sup>94</sup> einem Alter, in dem Religionsmündigkeit eintritt und die strafrechtliche Verantwortlichkeit beginnt.<sup>95</sup> Andere Stimmen sprechen sich für die Möglichkeit der Einwilligung in einen ärztlichen Eingriff ab dem 16. Lebensjahr aus, die sich an der Testierfähigkeit orientieren soll. Ältere Ansichten meinten sogar, dass

in bestimmten Bereichen Einwilligungsfähigkeit erst ab dem 25. Lebensjahr, der sog. „Fortpflanzungsreife“, gegeben sein sollte.<sup>96</sup>

Letztlich hat sich keine dieser Ansichten in der Rechtsprechung oder Gesetzgebung durchgesetzt. Auch aus medizinischer Sicht werden starre Altersgrenzen als praxisuntauglich abgelehnt<sup>97</sup> obwohl die behandelnden Ärzt\_innen durch die mangelnden Vorgaben ein erhebliches rechtliches Risiko der Fehlentscheidung auferlegt wird.

Die Einwilligungsfähigkeit kann nicht pauschal an ein Alter geknüpft werden. Sie ist in jedem Einzelfall im Rahmen des ärztlichen Aufklärungsgesprächs unter Berücksichtigung der individuellen Fähigkeiten des\_r Betroffenen und der jeweiligen Umstände sowie des individuellen psychologischen Umsetzungsprozesses durch die Patient\_innen vorzunehmen.<sup>98</sup>

Dies deckt sich auch mit dem Gedanken der oben erwähnten BGH-Entscheidung. Hierfür wird neben dem Kriterium der erforderlichen Reife die Schwelle zur Einsichtsfähigkeit wohl mit zunehmendem Alter abnehmen und bei harmloseren Eingriffen niedriger anzusetzen sein als bei folgenschweren, risikoreicheren Behandlungen.<sup>99</sup> Ein wesentliches, auch juristisch relevantes Kriterium ist dabei die Fähigkeit zur eigenen Entscheidung ohne äußere Einflüsse.<sup>100</sup> Weitere Kriterien für die ärztliche Beurteilung sind z.B. bisherige Entscheidungen der Minderjährigen, die Qualität der Rückfragen im Aufklärungsgespräch oder die Haltung zur Frage der Einbeziehung der Sorgeberechtigten.<sup>101</sup> Daneben können aber auch Krankheitsvorerfahrung, peer-group-Verhalten und Bindungsaspekte zwischen Kind und Eltern wichtige Faktoren darstellen.<sup>102</sup>



Grundsätzlich sollten die beurteilenden Ärzte hierbei den Grundgedanken der angemessenen Berücksichtigung des Willens Minderjähriger beachten.<sup>103</sup> Im Falle geschlechtsangleichender Behandlungswünsche ist zudem relevant, dass der Wunsch nach Änderung eines als falsch empfundenen Genitals die Intimsphäre und damit den Kern des verfassungsrechtlich geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts betrifft.<sup>104</sup> Auch in Hinblick auf die Menschenwürde sollte daher im Rahmen der Sexualmedizin Einwilligungsfähigkeit unter Zugrundelegung sorgfältigster Abwägung nicht zu spät angenommen werden, auch wenn die angestrebten Eingriffe schwerwiegender Natur sind und erhebliche Risiken bergen.<sup>105</sup>

2. Auf wessen Meinung ist abzustellen, wenn das Kind einen Behandlungswunsch hat und die Eltern nicht einwilligen wollen? Wird nun eine minderjährige Person durch die behandelnden Ärzt\_innen für einsichts- und einwilligungsfähig befunden, stellt sich weiterhin die Frage, ob die Einwilligung des\_r Minderjährigen ausreicht, um den Eingriff straf- und zivilrechtlich zu rechtfertigen, oder ob daneben die Zustimmung der Sorgeberechtigten erforderlich ist. Hierüber herrscht Uneinigkeit in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft. Sicher ist hier lediglich, dass vor dem Vorliegen der Einsichtsfähigkeit des Kindes<sup>106</sup> die Eltern alleine berechtigt (und bei medizinisch indizierten Eingriffen verpflichtet) sind, im Sinne des Kindeswohls über die Vornahme einer medizinischen Behandlung zu entscheiden.

Eine Alleinentscheidungsbefugnis Minderjähriger wurde in der Rechtsprechung mehrfach verneint,<sup>107</sup> sofern die Einholung der elterlichen Einwilligung problemlos möglich ist,<sup>108</sup> in anderen Fällen hingegen aber auch anerkannt.<sup>109</sup> Insbesondere in Fällen, die Schwangerschaftsabbrüche minderjähriger Patientinnen betreffen, gestaltet sich die Rechtsprechung sehr uneinheitlich.<sup>110</sup>

In der Literatur wird einerseits vertreten, dass das elterliche Sorgerecht insoweit eingeschränkt sein soll, als der Minderjährige selbst rechtswirksam einwilligen kann.<sup>111</sup> Ab dem Eintritt der Einwilligungsfähigkeit bestünde eine sog. Teilmündigkeit.<sup>112</sup> Der Deutsche Juristinnenbund hat bereits früh in einem Entwurf vorgeschlagen, dass sich Kinder ab dem vollendeten 14. Lebensjahr ohne Zustimmung der Eltern einer ärztlichen Behandlung unterziehen können sollen.<sup>113</sup> Eine andere Ansicht will lediglich Mitentscheidungsbefugnisse gestatten und verlangt, dass neben der Einwilligung des Kindes auch die der Eltern vorliegt.<sup>114</sup> Für sie stellt eine Alleinzuständigkeit Jugendlicher eine untragbare Aufweichung des Elternrechts dar.

Aktueller hat der BGH entschieden, dass einsichtsfähige minderjährige Patienten bei einem nur relativ indizierten ärztlichen Eingriff, bei dem sich möglicherweise erhebliche Folgen für die weitere Lebensgestaltung der Person ergeben, ein Vetorecht gegen die elterliche Bestimmung zustehen kann.<sup>115</sup> Hieraus können Schlüsse für die Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger gezogen werden. Zwar wird in der Regel das Interesse der minderjährigen Person stärker berührt, wenn gegen ihren Willen Eingriffe vorgenommen werden, da hier die körperliche Integrität betroffen ist, als wenn ihre Entscheidung für eine Behandlung keine Berücksichtigung findet.<sup>116</sup> Da in bestimmten Fällen (so bei medizinischen hormonellen oder chirurgischen Behandlungen) die Auswirkungen einer unterlassenen Behandlung ggf. aber eine genauso schwerwiegende Beeinträchtigung für die weitere Lebensgestaltung und die Grundrechte der minderjährigen Person darstellen können wie in anderen Fällen ein vorgenommener Eingriff, könnte dies dafür sprechen, dass zu diesem sog. „Vetorecht“ auch ein Recht auf Alleinzuständigkeit in bestimmten besonders schwerwiegenden Fällen bestehen kann.<sup>117</sup> Ein Vetorecht gegen die Information und Beteiligung der Eltern wird dagegen grundsätzlich nicht gesehen.<sup>118</sup>

Grundsätzlich ist die Frage des Entscheidungsvorrangs eng mit dem allgemeinen Verhältnis der betroffenen Grundrechtspositionen von Kind und Eltern verbunden (s.o.).

Das BVerfG hat hierzu entschieden, dass zwischen Erziehungsbedürftigkeit und Selbstbestimmungsfähigkeit des Minderjährigen je nach Einzelfall abgewogen werden müsse.<sup>119</sup> So muss danach gefragt werden, ob der Minderjährige die individuelle Fähigkeit zur Selbstbestimmung im konkreten Einzelfall hat.<sup>120</sup> Diese Prüfung ist wiederum durch die behandelnden Ärzt\_innen und Psycholog\_innen vorzunehmen. Im Vordergrund muss dabei das Kindeswohl stehen. Die Entscheidung, wessen Einwilligung „Vorrang“ hat, ist damit eng verbunden mit der medizinischen Entscheidung darüber, ob eine Hormon- oder chirurgische Behandlung im Kindes- oder Jugendalter angezeigt ist oder nicht.

Der Gesetzgeber hat diese Frage bewusst der Medizin überlassen.<sup>121</sup>

Ein früher Behandlungsbeginn kann in Betracht kommen, um das Erleben der Pubertät im als falsch empfundenen Geschlecht und damit einen hohen Leidensdruck zu vermeiden. Andererseits sollte gerade bei Minderjährigen vor Behandlungsbeginn die Stabilität des Angleichungswunsches und eine autonome Entscheidungsfindung, die frei von jeglichen äußeren Einflüssen stattfindet, möglichst sichergestellt werden. Zur Orientierung an medizinischen Prinzipien empfehlen z.B. May und Westermann die „Ethischen Grundsätze und Empfehlungen zum therapeutischen Umgang mit Besonderheiten der Geschlechtsentwicklung (DSD)/ Intersexualität bei Kinder und Jugendlichen“ des Netzwerks Intersexualität, die das Kindeswohl, das Selbstbestimmungsrecht Minderjähriger und den Schutz der Familie betreffen.<sup>122</sup> Auch biete sich die Einberufung einer Ethikkommission an.

Kommen die behandelnden Ärzt\_innen zu der Entscheidung, dass dem Wunsch der einsichtsfähigen minderjährigen Person nach einer geschlechtsangleichenden Behandlung nachgekommen werden sollte, so sollte auf einen Konsens zwischen allen Beteiligten hingearbeitet werden.

Weigern sich die Eltern dennoch, in die Behandlung einzuwilligen, können die behandelnden Ärzt\_innen einen Entscheidungsvorrang der einsichtsfähigen minderjährigen Person annehmen und die Behandlung durchführen. Angesichts der unklaren Rechtslage handelt es sich dabei um eine für die Mediziner\_innen sehr riskante Entscheidung. Diese kann umgangen werden, indem Jugendamt oder Familiengericht angerufen werden. Das Familiengericht entscheidet dann darüber, ob eine Kindeswohlgefährdung vorliegt, und kann ggf. gem. § 1666 Abs. 3 Nr. 5 BGB die notwendige Einwilligung in eine Behandlung ersetzen.

Auch hier wäre bei einer ärztlich festgestellten Behandlungsnotwendigkeit und sehr hohem Leidensdruck bis hin zur Suizidgefährdung der betroffenen Person wieder zu prüfen, ob in der Verweigerung der elterlichen Zustimmung zur Behandlung eine Kindeswohlgefährdung anzunehmen sein kann.

### 3. Wer ist berechtigt den Behandlungsvertrag mit den Ärzt\_innen abzuschließen?

Bei Behandlungsverträgen handelt es sich um Rechtsgeschäfte, sodass hier – anders als im Rahmen der Einwilligung – die §§ 104 ff. BGB Anwendung finden mit der Folge, dass Kinder unter 7 Jahren gar nicht und Minderjährige zwischen dem vollendeten 7. und dem Erreichen des 18. Lebensjahrs nur mit der Einwilligung der

Eltern einen Vertrag schließen können, es sei denn der Vertrag ist „lediglich rechtlich vorteilhaft“ für die minderjährige Person.<sup>123</sup>

Damit verliert die dem Kind in Bezug auf die erforderliche Einwilligung gewährte Freiheit erheblichen Wert.<sup>124</sup> Zum Anschluss eines Behandlungsvertrags bleibt es abhängig von der elterlichen Zustimmung, auch wenn Einsichtsfähigkeit vorliegt und ein Einwilligungsvorrang festgestellt wurde. Das Recht würde hier lediglich die Ausnahme zum Abschluss von Verträgen vorsehen, dass ein Kind das Arzthonorar von seinem Taschengeld bezahlt (vgl. § 110 BGB),<sup>125</sup> was bei den hier thematisierten Behandlungen unwahrscheinlich sein dürfte.<sup>126</sup> Auch dieses Problems hat sich der Gesetzgeber trotz verschiedener Gelegenheiten bislang nicht angenommen.<sup>127</sup>

Lediglich die Tatsache, dass gem. § 36 Abs. 1 S. 1 SGB I die sog. Sozialrechtsmündigkeit besteht, mindert die Problematik geringfügig. Danach können Jugendliche, die Sozialleistungen beziehen, ab dem vollendeten 15. Lebensjahr selbständig Krankenversicherungsleistungen beantragen. Allerdings können Eltern dieses Antragsrecht gem. § 36 Abs. 2 SGB 1 sperren lassen.

Letztlich bleibt bei unüberwindbaren Konflikten nur das Familiengericht, das bei festgestellter Kindeswohlgefährdung sowohl die fehlende Einwilligung der Eltern in die Behandlung ersetzen als auch die Einwilligung in den Behandlungsvertrag vornehmen kann bzw. die Zuständigkeit an einen Pfleger oder eine Pflegerin überträgt.

- 1 Franzen/Sauer: Benachteiligungen von Trans\*Personen, insbesondere im Arbeitsleben, Expertise erstellt im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, 2010, S. 7 m.w. Ausführungen zur Begriffsanalyse.
- 2 Vom 10. September 1980, BGBl. I S. 1654, zuletzt geändert durch BVerfG, Beschl. v. 11.1.2011, Az.: 1 BvR 3295/07 (BGBl. I S. 224).
- 3 BVerfG, Beschl. v. 11.10.1978, NJW 1979, 595.
- 4 Vgl. § 1 Absatz 1 Nr. 1 TSG.
- 5 So die Gesetzesbegründung zum ursprünglichen Gesetz, BT-Drs. 8/2947, S. 8.
- 6 Vgl. Gesetzesbegründung zum ursprünglichen Gesetz (BT-Drs. 8/2947), bzw. Correll, Im falschen Körper, Ein Beitrag zur rechtlichen und tatsächlichen Problematik der Transsexualität, NJW, 1999, 3372.
- 7 BVerfG, Beschl. v. 16. 3. 1982, Az.:1 BvR 938/81, BGBl. I S. 619; Beschl. v. 26.1.1993, Az.: 1 BvL 38,40, 43/92, BVerfGE 88,87; Beschl. v. 6.12.2005, Az.: 1 BvL 3/03, BVerfGE 115, 1; Beschl. v. 18.7.2006, Az.: 1 BvL 1/04, 12/04, JZ 2007, S. 409; Beschl. v. 11.1.2011, Az.: 1 BvR 3295/07. BGBl. I S. 224. Zusammenfassend zu den Änderungen des TSG vgl. Adamietz, Geschlechtsidentität im deutschen Recht, in: APuZ der Bundeszentrale für politische Bildung, 2012, S. 20-21. Zur Entwicklung der TSG-Rechtsprechung bis 2006 siehe Adamietz, Transgender ante portas, KJ 2006, 4, S. 368-380.
- 8 Bzw. dem Unterfallen des Deutschen Personalstatuts.
- 9 § 1 Abs. 1 Nr. 3 TSG a.F., bzw. §§ 8 Abs. 1, Nr. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 Nr. 3 TSG.
- 10 Für den Antrag auf Änderung des Geschlechtseintrags waren darüber hinaus eine erfolgte geschlechtsangleichende Operation sowie die dauerhafte Fortpflanzungsunfähigkeit erforderlich. Zudem durfte die antragstellende Person nicht verheiratet sein.
- 11 Tönsmeyer, Die Grenzen der elterlichen Sorge bei intersexuell geborenen Kindern, Bremen 2011, S. 93.
- 12 BVerfG, Beschl. v. 16.3.1982, Az.: 1 BvR 938/81, BGBl. I S. 619.
- 13 BVerfG, Beschl. v. 26.1.1993, Az.: 1 BvL38/92, NJW 1993, 1517.
- 14 Vgl. zur Antragstellung durch Minderjährige auch unten II. 2. a).
- 15 BT-Drs. 17/2211, S. 6.
- 16 BT-Drs. 17/2211, S. 7.
- 17 BT-Drs. 17/2211, S. 7.
- 18 BT-Drs. 17/2211, S. 8.
- 19 Tönsmeyer, Die Grenzen der elterlichen Sorge bei intersexuell geborenen Kindern, Bremen 2011, S. 85. Nur teilweise wurde die „Transsexualität“ der Intersexualität untergeordnet, vgl. hierzu Correll, Im falschen Körper- ein Beitrag zur rechtlichen und tatsächlichen Problematik der Transsexualität, NJW 1999, 3372.
- 20 So werden z.B. im BGB weder Inter- noch Transsexualität in irgendeiner Form erwähnt, anders als in dessen Vorgänger, dem Allgemeinen Preußischen Landrecht, das in den §§ 19, 20 ALR die Existenz von „Zwittern“ anerkannte.
- 21 Wobei das BVerfG immerhin schon 1978 feststellte, dass es hierzu auch „Anomalien“ geben kann, BVerfG, Beschl. v. 11.10.1978, Az.: 1 BvR 16/7,

NJW 1979, 595.

- 22 Eine extensive und dynamische Auslegung der juristischen Kategorie Geschlecht wird vorgeschlagen in Elsuni, Zur ReProduktion von Machtverhältnissen durch juristische Kategorisierungen am Beispiel ‚Geschlecht‘, in: Behmenburg u.a. (Hg.), Wissenschaft(f)t Geschlecht, S. 133–147.
- 23 Vgl. die §§ 18 S. 1, 21 Abs. 1 Nr. 3 Personenstandsgesetz (PStG) v. 19. 2. 2007, BGBl. I S. 122, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. 12. 2010 (BGBl. I S. 2255).
- 24 § 4 Abs. 1 Nr. 6 Paßgesetz (PaßG) vom 19. April 1986, BGBl. I S. 537, zuletzt geändert durch Gesetz vom 30. 7. 2009 (BGBl. I S. 2437); § 59 Abs. 1 Nr. 2 PStG.
- 25 Z.B. in den §§ 1591 f. BGB dem LPartG, § 183 StGB. Vgl. ausführlich Tönsmeier, Die Grenzen der elterlichen Sorge bei intersexuell geborenen Kindern, Bremen 2011, S. 65 ff.
- 26 § 1303 BGB; siehe hierzu Tönsmeier, a.a.O, S. 68 mit Verweis auf Plett, in: polymorph (Hg.), Kein Geschlecht oder viele? Transgender in politischer Perspektive, S. 31, 33.
- 27 BR-Drs. 329/06, S. 32.
- 28 Zur Frage der Diskriminierung aufgrund sexueller Identität im Rahmen von Behandlungsverträgen gem. AGG siehe das Gutachten „Diskriminierung im Gesundheitsbereich“ (Nov. 2011).
- 29 BT-Drs. 17/88; BT-Drs. 17/254, BT-Drs. 17/472.
- 30 Bundesrat, Plenarprotokoll 864 v. 27. 11. 2009.
- 31 Vgl. Krege, in: Der Urologe 2011, S. 1449-1463, S.1449.
- 32 Es werden daher verschiedene Auffassungen vertreten, wann Grundrechtsmündigkeit gegeben ist, die sich entweder an der Einsichtsfähigkeit der Person, an starren Altersgrenzen oder an einfachgesetzlich getroffenen Regeln orientieren; vgl. zur Debatte Peschel-Gutzeit, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 4. Buch 2007, § 1626 Rn. 12.
- 33 So z.B. BVerfG, Beschl. v. 29.7.1968, Az.: 1 BvL 20/63, NJW 1968, 2233.
- 34 § 1 Abs. 1 SGB VIII –Kinder- und Jugendhilfe- in der Fassung der Bekanntmachung vom 11.09.2012 (BGBl. I S. 2022), zuletzt geändert durch Gesetz v. 29.6.2011 (BGBl. I S. 1306).
- 35 Gem. § 7 Abs. 1 Nr. 4 Menschen bis zum vollendeten 27. Lebensjahr.
- 36 Vgl. §§ 1 Abs. 3, 2 SGB VIII. Weitere Regeln des Kinder- und Jugendhilferechts finden sich im Adoptionsvermittlungsgesetz, Jugendschutzgesetz sowie dem neuen Bundeskinderschutzgesetz.
- 37 Gem. § 7 Abs. 1, Nr. 1, 2 alle unter 18-Jährigen.
- 38 Resolution 44/25 der UN Vollversammlung am 20.11.1989; in Kraft seit dem 2.9.1990, in Deutschland seit dem 5.4.1992 (BGBl. II, 1992, 990), uneingeschränkte Geltung allerdings erst seit 2010.
- 39 Gem. Art. 1 der KRK ist die Konvention prinzipiell auf alle unter 18-jährigen anwendbar.

- 40 Gem. §§ 52 Abs. 1 ZPO, 104 ff. i.V.m. § 2 BGB
- 41 Beck Online Kommentar, § 52, Rn. 2, zuletzt aufgerufen am 1. 11. 2012.
- 42 Vgl. § 125 FamFG
- 43 Vgl. die §§ 9 Abs. 1 Nr. 3, 4 FamFG und Hübsch, in: Vorwerk/Wolf, Beck'scher Online Kommentar, § 52, Rn. 2, zuletzt aufgerufen am 1. 11. 2012.
- 44 Dieses Recht besteht allerdings nicht generell, sondern nur für materiellrechtliche Widerspruchs- und Mitwirkungsrechte der mindestens 14 Jahre alten minderjährigen Person, wie z.B. nach den §§ 1671 Abs. 2 Nr. 1, 1778 Abs. 1 Nr. 5, 1887 Abs. 2 S. 1 BGB; Vgl. Prütting/Helms, Kommentar zum FamFG, Köln 2009, § 151, Rn. 21.
- 45 § 158 FamFG.
- 46 §§ 1629 Abs 2, S. 1 i.V.m. § 1795, § 1909 BGB.
- 47 §§ 1629 Abs. 2 S. 3, § 1797 BGB.
- 48 § 157 Abs. 1 FamFG.
- 49 BVerfG, Beschluß v. 4.12.2002, Az.: 1 BvR 1870/02, NJW 2003, 1031; BVerfG, Urteil v. 9.2.1982, Az.: 1 BvR 845/79, BVerfGE 59, 360, 382.
- 50 BVerfG, BVerfG, Urteil v. 03.11.1982, Az.:1 BvL 25/80, NJW 1983, 101.
- 51 Peschel-Gutzeit, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 4. Buch 2007, § 1626, Rn. 6 f.
- 52 Schwab, in: Familienrecht, 18. Auflage, München 2010, § 55, Rn. 621.
- 53 Schwab, Familienrecht, 18. Auflage, München 2010, § 55, Rn. 538.
- 54 BVerfG, Beschl. v. 13.5.1986, Az.: 1 BvR 1542/84, NJW 1986, 1859.
- 55 Vgl. auch Koritz, Kinderrechte im Konflikt ihrer Eltern, Die Gefahr in Streitzeiten die Rechte der Kinder zu missachten, FRP 2012, 212.
- 56 Vgl. §§ 1697a, 1626 Abs. 3, 1666 Abs. 1, 1631 BGB.
- 57 gem. § 1626 Abs. 2 BGB.
- 58 § 5 Gesetz über die religiöse Kindererziehung; § 2229 Abs. 2 BGB.
- 59 § 1411 Abs. 1, S.1, 4, oder die Einwilligung eine Adoption ab dem 14. Lebensjahr, § 1746 Abs. 1, S.3.
- 60 Vgl. hierzu unten II 2. d.
- 61 Zorn, Das Recht der elterlichen Sorge, 2008, S. 221; BVerfG, Urteil v. 9.2.1982, Az.: 1 BvR 845/79, NJW 1982, 1375.
- 62 Schwab, Familienrecht, § 63, Rn. 621.
- 63 Vgl. die §§ 16, 27 SGB VIII.
- 64 wobei wiederum das Jugendamt zu hören ist und eine Mitwirkungspflicht hat, vgl. Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 6.Auflage, München 2010, § 57, Rn. 95 mit Verweis auf die §§ 162 I FamFG, 50 Abs, 1 2 Nr. 1 SGB VIII.
- 65 Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 6. Auflage, München 2010, § 57, Rn. 106.
- 66 vgl. Schwab, Familienrecht, § 64, Rn. 710 mit weiteren Beispielen.
- 67 Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 6. Auflage, München 2010, § 57, Rn. 106.



- 68 Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 6. Auflage, München 2010, § 57, Rn. 100 mit weiteren Nachweisen.
- 69 Vgl. z.B. Münchner Kommentar, ZPO, FamFG, § 9 Rn. 1.
- 70 S.o. II. 1. b).
- 71 §§ 51 ZPO i.V.m. 104 ff. BGB: § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 2 FamFG.
- 72 vgl. die §§ 104, 106, 2 BGB.
- 73 Gesetzliche Vertreter sind i.d.R. die Eltern, gem. §§ 1628 Abs. 1, 1629 BGB
- 74 §§ 106 ff. BGB.
- 75 Siehe zur Verfahrensfähigkeit Minderjähriger auch unten unter II 1. a).
- 76 Spickhoff, Medizinrecht, München 2011, § 3 TSG, Rn. 1.
- 77 So auch Spickhoff, a.a.O.; Augstein, Kommentar zum TSG, 1. Auflage 2012, § 3, Rn. 1; Tömsmeyer, in: Die Grenzen der elterlichen Sorge bei intersexuell geborenen Kindern, Bremen 2011, S. 97.
- 78 Der Grundsatz dient zur Vermeidung schwebend unwirksamen Verfahrenshandlungen, bis die elterliche Zustimmung eingeholt ist.
- 79 BT-Drs. 8/2947, S. 13, Punkt 3.3.1.
- 80 BVerfG, Beschl. v. 15.08.1996, Az. 2 BvR 1833/95, NJW 1997, 1632.
- 81 Schulrecht variiert je nach Bundesland. Im Folgenden am Beispiel von Berlin untersucht. Vgl. [http://www.berlin.de/ba-steglitz-zehlendorf/verwaltung/schule/informationen\\_grundschule.html](http://www.berlin.de/ba-steglitz-zehlendorf/verwaltung/schule/informationen_grundschule.html), aufgerufen am 22. 11. 2012.
- 82 In Berlin herrscht der Grundsatz des koedukativen Unterrichts, vgl. § 4 Abs. 9 SchulGBln. Wenn es „pädagogisch sinnvoll erscheint und einer zielgerichteten Förderung dient“, ist geschlechtergetrennter Unterricht gem. § 4 Abs. 9 SchulGBln allerdings möglich. (Schulgesetz für das Land Berlin vom 26. 1. 2004, GVBl. S. 26, BRV 2230-1, zuletzt geändert durch Gesetz vom 19. 6. 2012 (GVBl. S. 166).
- 83 Vgl. § 2 AGG.
- 84 Strafgesetzbuch (StGB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. 11. 1998, BGBl. I S. 3322, zuletzt geändert durch Gesetz v. 25.6.2012 (BGBl. I S. 1374).
- 85 Vgl. hierzu oben II. 1.
- 86 Auch in der ursprünglichen Fassung des TSG hat der Gesetzgeber keine Altersgrenze für die Vornahme solcher medizinischer Behandlungen gesetzt, vgl. II. 1. a).
- 87 Ständige Rechtsprechung seit RGSt 25, 375.
- 88 Ob die Behandlung erfolgreich ist oder nicht hat darauf keinen Einfluss, vgl. BGH, Urteil vom 20.1.2004, Az.: 1 StR 319/03, NSTz 2004, 442.
- 89 Ausnahmen hiervon sind u.a. die Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) oder wenn ein Verstoß gegen die „guten Sitten“ vorliegt (§ 228 StGB), was aber bei einem Heileingriff nach den Regeln der ärztlichen Kunst nicht anzunehmen sein wird.
- 90 BGH, Urteil vom 13.5.1969, Z.:2 StR 616/68, NJW 1969, 1582.
- 91 So der BGH m. Beschl. vom 22.05.1981, Az.: 4 Str 225/8, NSTz 1981, 351.
- 92 BGH, Urteil vom 16.1.1959, Az.: VI ZR 179/57 29, 176, NJW 1959, 814, OLG Düsseldorf, Urteil vom 20. 12. 1962, Az.: 8 U 9/62, NJW 1963, 1679.
- 93 Vgl. BGH, Urteil vom 16.11.1971, Az.: VI ZR 76/7, NJW 72, 335.

- 94 Rothärmel, Rechtsfragen der medizinischen Intervention bei Intersexualität, MedR 2006, S. 281.
- 95 vgl. §§ 5 RKEG; 19 StGB; 1 Abs. 2, 3 JGG.
- 96 Vgl. z.B. die Gesetzesbegründung des TSG, BT-Drs. 8/2947, S. 14 f., die auch auf die Altersgrenze von 25 Jahren bei der freiwilligen Kastration hinweist.
- 97 Vgl. z.B. Dettmeyer in: Medizin und Recht: Rechtliche Sicherheit für den Arzt, Berlin 2006, 197 (203).
- 98 Wölk, Der minderjährige Patient in der ärztlichen Behandlung, MedR 2001, S. 82
- 99 so auch Huber, in: Säcker/Rixecker, Münchner Kommentar zum BGB, Bd. 8, 5. Aufl. 2008, § 1626 Rn. 41.
- 100 May/Westermann, Anmerkungen zum Behandlungswunsch transsexueller Minderjähriger, in: Groß (Hg.) u.a., Transsexualität und Intersexualität, Medizinische, ethische, soziale und juristische Aspekte, Berlin 2008, S. 23.
- 101 Einen ganzen Kriterienkatalog aufgestellt hat Dettmeyer in: Medizin und Recht: Rechtliche Sicherheit für den Arzt, Berlin, 2006, S. 189 (199).
- 102 Kölch/Fegert, Patientenautonomie – Minderjährige als Patienten, FRP 2007, 76.
- 103 Dies ergibt sich auch aus § 1626 Abs. 2 BGB, Art. 12, 13 KRK und aus Art. 6 Convention of Human Rights and Biomedicine.
- 104 Rothärmel, Rechtsfragen der medizinischen Intervention bei Intersexualität, MedR 2006, S. 281
- 105 So auch Rothärmel, ebda.
- 106 zur Ermittlung der Einsichtsfähigkeit siehe oben unter III 2. b), 1. Frage.
- 107 Z. B. in OLG Hamm, Beschl. vom 16.7.1998, Az.: 15 W 274–98, NJW 1998, 3424; Bay OLG Beschl. v. 6.9.1986, FamRZ 1987, 87.
- 108 So z.B. auch durch den BGH im Falle einer 20-Jährigen bzgl. einer Warzenentfernung; nach damaligem Recht waren Personen erst mit 21 Jahren volljährig. BGH, Urteil v. 16.1.1971, Az.: VI ZR 76/70, NJW 1972, 335.
- 109 Bay OLG, Beschl. v. 6.9.1986, FamRZ 1987, 87, 89; OLG Celle, Beschl. v. 2.10.1959, MDR 1960, 136; OLG Naumburg, Beschl. v. 19.11.20113, Az. 8 WF 152/03; FamRZ 2004, 1806.
- 110 Vgl. z.B. BVerfG, Urteil v. 28.5.1993, Az.: 2 BvF 2/90, NJW 1993, 1751; wobei hier – anders als in der vorliegenden Konstellation – noch die Grundrechte des nasciturus eine Rolle spielen; LG München, 24.7. 978, Az.: 13 T 8767/78, NJW 1980, 646; OLG Hamm, Beschl. vom 16.7.1998, Az.: 15 W 274–98, NJW 1998, 3424.
- 111 Zorn, Das Recht der elterlichen Sorge, 2008, S. 229; Reichmann/Ufer, Die psychotherapeutische Behandlung von Kindern und Jugendlichen als Angelegenheit des „täglichen Lebens“ im Sinne des § 1687 BGB, JR 2009, 485 (486); Tönsmeier, Die Grenzen der elterlichen Sorge bei intersexuell geborenen Kindern, Bremen 2011, S. 157.
- 112 Peschel-Gutzeit, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 4. Buch 2007, § 1626 Rn. 90; Wagner in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 823 Rn. 669.

- 113 DJB, Entwurf zu § 1628 BGB, in: Neues elterliches Sorgerecht. Alternativ-Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge mit Begründung und Stellungnahmen, zitiert nach Schröder, Auskunftsanspruch der Eltern minderjähriger Kinder gegen den Arzt, 2010. S. 20.
- 114 Scherer, Schwangerschaftsabbruch bei Minderjährigen und elterliche Zustimmung, FamRZ 1997, 589, 592.
- 115 BGH, Urteil vom 10. 10. 2006, Az.: VI ZR 74/05, NJW 2007, 217.
- 116 Vgl. hierzu Reipschläger, Die Einwilligung Minderjähriger in ärztliche Heileingriffe und die elterliche Personensorge, Frankfurt, 2004, S. 183.
- 117 Vgl. auch Sternberg/Lieben/Reichmann, Die gesetzliche Regelung der Patientenverfügung und das medizinische Selbstbestimmungsrecht Minderjähriger, NJW 2012, 257, die das Erfordernis eines „Co-Konsenses“ als zweifelhaft bezeichnen.
- 118 May/Westermann, Anmerkungen zum Behandlungswunsch transsexueller Minderjähriger, in: Groß (Hg.) u.a, Transsexualität und Intersexualität: Medizinische, ethische, soziale und juristische Aspekte, Berlin 2008, S. 978 ff.
- 119 BVerfGE 60, 79 in NJW 1982, 1379.
- 120 Zorn, Das Recht der elterlichen Sorge, 2008, S. 230.
- 121 Selbst in der ursprünglichen Fassung des TSG war keine Altersgrenze für die Vornahme ärztlicher Behandlungen, sondern nur für die rechtlichen Folgen einer solchen vorgesehen.
- 122 May/Westermann, Anmerkungen zum Behandlungswunsch transsexueller Minderjähriger, in: Groß (Hg.) u.a, Transsexualität und Intersexualität: Medizinische, ethische, soziale und juristische Aspekte, Berlin 2008, S. 978.
- 123 §§ 107 ff. BGB.
- 124 Zorn, Das Recht der elterlichen Sorge, 2008, S. 233.
- 125 Vgl. § 110 BGB.
- 126 Nicht eingegangen werden kann an dieser Stelle auf die Frage der Zahlungspflicht durch die Krankenversicherung, die hier oftmals im Sinne einer Familienversicherung ausgestaltet sein dürfte.
- 127 Vgl. zur Problematik, Peschel-Gutzeit in Staudinger, Kommentar zum BGB, 4. Buch 2007, BGB, § 1626, Rn. 103 ff.



**Rechtswissenschaftliches Fachgutachten**

# **Versagung des Abschlusses einer Sterbegeldversicherung bei Betreuungsverhältnis**

**Ausgearbeitet von**

**Dr. Sarah Elsuni**

**unter Mitarbeit von**

**Jennifer Meißner**



Bei dem vorliegenden Gutachten handelt es sich um eine Hintergrundinformation für Beratungseinrichtungen mit einer Einschätzung der rechtlichen Situation in ausgewählten, häufigen Fällen aus der Beratungsarbeit. Es ist keine Rechtsauskunft im Einzelfall und keine Prognose zum Erfolg juristischer Schritte. Die Rechtslage kann sich ändern; Details spielen immer eine Rolle.

## Problemstellung

Eine private Krankenversicherung verwehrt einer Einzelperson gegenüber den Abschluss eines Vertrags über eine Sterbegeldversicherung, mit der Begründung, die betroffene Person stehe gem. §1896 BGB unter rechtlicher Betreuung. Dies impliziere, dass sie von einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung betroffen ist, was sich auf die zukünftige Lebenserwartung der betreuten Person auswirken könne.

Da mit einem erhöhten Risiko zu rechnen sei, könnten Aussagen zur Versicherbarkeit grundsätzlich erst nach einer durchgeführten Risikoprüfung gemacht werden. Jedoch sehe der betroffene Tarif keine Risikoprüfung vor, deswegen werde der Antrag auf Versicherungsabschluss nicht angenommen.

## Fragestellungen

- Stellt die Verweigerung der Versicherung zum Abschluss des Versicherungsvertrags eine Diskriminierung im Sinne des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) dar? Handelt es sich trotz expliziter Berufung auf das Betreuungsverhältnis um eine Diskriminierung wegen einer Behinderung?
- Inwiefern ist die pauschale Annahme problematisch, durch das Vorliegen eines Betreuungsverhältnisses gebe es ein erhöhtes Versicherungsrisiko (früheres Eintreten des Todesfalls)?
- Welche rechtlichen Konsequenzen ergeben sich – für die betroffene Person und die Versicherung?

## Anwendbarkeit des AGG

Grundsätzlich gilt das Prinzip der Privatautonomie auch im

Rahmen von privatrechtlichen Versicherungsverhältnissen. Demnach dürfen private (Versicherungs-)Unternehmen entscheiden, mit welchen Vertragspartner\_innen Verträge geschlossen werden sollen und somit auch, gegenüber welchen Personen ein solcher Vertragsabschluss verweigert werden soll. Grundlegend ist hier die Annahme von zwei Vertragspartner\_innen auf „gleicher Augenhöhe“.

Ist dies jedoch nicht der Fall, soll das AGG als soziales Korrektiv wirken: Handelt es sich um eine Benachteiligung im Sinne des AGG, so schränkt das Gesetz die Vertragsfreiheit ein.

Vorliegend ist der Anwendungsbereich des AGG eröffnet, da § 2 Nr. 5 den Anwendungsbereich für Sozialschutz, einschließlich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste einschließt.

Das AGG schützt vor Benachteiligungen im Bereich der selbstständigen und unselbstständigen Erwerbstätigkeit (Abschnitt 2 des Gesetzes) sowie im Bereich der zivilrechtlichen Verträge (Abschnitt 3).<sup>1</sup> Für letzteren sieht § 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG explizit das Verbot der Benachteiligung im Rahmen der Begründung von privatrechtlichen Versicherungen vor.

Mit der Verweigerung der Versicherung zum Vertragsabschluss wird die Begründung eines solchen zivilrechtlichen Schuldverhältnisses abgelehnt; damit fällt der vorliegende Sachverhalt in den Schutz des § 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG. Das AGG ist somit anwendbar.

## **Vorliegen einer Diskriminierung**

Die Verweigerung der Versicherung zum Vertragsabschluss einer privaten Versicherung müsste gegen das AGG verstoßen. Dies ist der Fall, wenn die Ablehnung des Antrags eine Diskriminierung darstellt. Gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG sind Diskriminierungen „aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität“ unzulässig.

Die Versicherung begründet die Ablehnung damit, dass sich die beantragende Person in einem Betreuungsverhältnis befindet. Damit beruft sie sich nicht direkt auf eine der genannten Kategorien.

Zu prüfen ist, ob die Versicherung mit der Bezugnahme auf das Betreuungsverhältnis dennoch unmittelbar wegen einer Behinderung benachteiligt. Gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 AGG liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

Das Betreuungsverhältnis müsste demnach automatisch auch das Vorliegen einer Behinderung indizieren. § 1896 BGB sieht die Bestellung einer Betreuung in Fällen vor, in denen ein Volljähriger auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen kann.

Bereits hier wird angedeutet, dass Betreuung nicht nur bzw. nicht automatisch auch Behinderung bedeuten muss, denn der Wortlaut des BGB unterscheidet zwischen psychischer Krankheit und Behinderung.



Der Begriff der Behinderung divergiert grundsätzlich zwischen UN-Behindertenrechtskonvention, Sozialgesetzbuch (SGB), und Bürgerlichem Gesetzbuch (BGB). Der Gesetzgeber des AGG bezog sich auf den im Sozialgesetzbuch verwendeten Begriff, der hiermit die Abweichung meint, „der körperlichen Funktion, geistigen Fähigkeit oder seelischen Gesundheit“ von dem „für das Lebensalter typischen Zustand“, die mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate andauert und daher die Teilnahme am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt.<sup>2</sup>

Da eine psychische Krankheit nicht zwangsweise länger als sechs Monate andauert, liegt bei der Bestellung einer Betreuungsperson nicht automatisch eine Behinderung (im Sinne des AGG) vor.<sup>3</sup>

Das Vorliegen einer Behinderung ist also nicht zwingende Voraussetzung für eine rechtliche Betreuung, somit ist eine unmittelbare Benachteiligung gemäß § 3 Abs. 1 AGG ausgeschlossen.

Allerdings könnte es sich um eine mittelbare Diskriminierung handeln. Eine solche liegt gem. § 3 Abs. 2 AGG vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen oder jedenfalls dafür geeignet sind.

Eine mittelbare Diskriminierung ist jedoch dann ausgeschlossen, wenn die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich sind, § 3 Abs. 2 AGG.

Die Weigerung der Versicherung, die private Sterbegeldversicherung mit pauschaler Berufung auf ein bestehendes Betreuungsverhältnis und ohne Risikoprüfung im konkreten Fall abzuschließen, stellt zunächst ein neutrales Verfahren dar, da es sich nicht explizit auf Menschen mit Behinderung bezieht. Dieses Verfahren müsste behinderte Menschen in besonderer Weise benachteiligen bzw. hierfür geeignet sein.

Eine mittelbare Diskriminierung ist feststellbar, indem Vergleichsgruppen gebildet werden: Vorliegend kommt es zu dem Vergleich zwischen der Gruppe von Personen, die die Sterbegeldversicherung beantragen und für die aufgrund einer Behinderung oder psychischen Krankheit eine rechtliche Betreuung bestellt wurde, und der Gruppe von Personen, die die Sterbegeldversicherung beantragen und für die keine rechtliche Betreuung bestellt wurde (unabhängig davon, ob mit oder ohne Behinderung bzw. psychischer Krankheit). Dabei kann der Nachweis der besonderen Betroffenheit einer durch ein Merkmal nach § 1 AGG gekennzeichneten Gruppen von Personen insbesondere durch eine zahlenmäßig stärkere Beeinträchtigung geführt werden. Dies kann durch Statistiken erfolgen, diese sind jedoch nicht zwingend.<sup>4</sup> Ebenfalls möglich im Sinne des AGG ist eine wertende, typisierende Betrachtung – unabhängig von Zahlen – bzw. die plausible Darlegung von Benachteiligung.

Ein Blick in die gesetzlichen Voraussetzungen des § 1896 BGB verdeutlicht, in welchen Fällen eine rechtliche Betreuung bestellt werden kann: Die Kategorie „Behinderung“ ist nur dann nicht erfüllt, wenn die Beeinträchtigung aufgrund einer psychischen Krankheit vorübergehend ist und nicht länger als sechs Monate andauert. In allen anderen Fällen der rechtlichen Betreuungsanordnung liegt eine Behinderung der betreuten Person im Sinne des AGG vor.<sup>5</sup> Bereits hieraus ergibt sich plausible eine besondere Betroffenheit von behinderten Menschen.<sup>6</sup>

Vorliegend handelt es sich somit um eine mittelbare Ungleichbehandlung wegen der Behinderung im Sinne des § 3 Abs. 2 AGG.

### **Rechtfertigung der Ungleichbehandlung**

Allerdings könnte diese (mittelbare) ungleiche Behandlung gerechtfertigt sein, wenn die Verweigerung des Vertragsabschlusses durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist und dieser verhältnismäßig ist (3 Abs. 2 AGG).

Als sachliche Gründe kommen solche in Betracht, die einem echten unternehmerischen Bedürfnis entsprechen,<sup>7</sup> sie dürfen jedoch nicht mit einem Diskriminierungsziel zusammenhängen. Es ist davon auszugehen, dass die Versicherung primär das Ziel verfolgt, ihren Umsatz zu steigern und ihre Position am Markt zu stärken. Im vorliegenden Fall erwartet die Versicherung – pauschal – ein erhöhtes Risiko des Eintritts des Versicherungsfalls bei Personen mit rechtlicher Betreuung. Sie verfolgt somit das sachliche Ziel, das Risiko für den Versicherungstarif möglichst niedrig zu halten. Als privates Unternehmen nimmt sie ihre wirtschaftlichen Interessen wahr. Dies ist grundsätzlich ein sachlicher Grund im Sinne des § 3 Abs. 2 AGG.

Darüber hinaus müssen die Mittel, mit denen dieses Ziel verfolgt wird, verhältnismäßig, also geeignet, erforderlich und angemessen sein. Zur Erreichung des Ziels sieht die Versicherung für die Begründung des Versicherungsverhältnisses im angefragten Tarif keine Risikoabwägung vor und verweigert den Versicherungsabschluss (pauschal). Dieses Vorgehen ist grundsätzlich geeignet, das oben genannte Ziel zu erreichen.

In einem weiteren Schritt ist zu prüfen, ob dieses Vorgehen auch erforderlich ist. Das ist dann der Fall, wenn kein milderes Mittel vorliegt, das die betroffene Person weniger beeinträchtigt, dabei aber gleich effizient ist. Hier ist also fraglich, ob ein weniger beeinträchtigendes Vorgehen der Versicherung möglich ist.

Der Abschluss einer Sterbegeldversicherung wird allen Personen verweigert, denen gerichtlich eine rechtliche Betreuung angeordnet wurde. Für den betroffenen Tarif ist keine Risikoprüfung vorgesehen. Die Einführung einer Risikoprüfung auch für den betroffenen Tarif hätte zur Folge, dass nicht mehr das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen eines Betreuungsverhältnisses ausschlaggebend für den Abschluss der Sterbegeldversicherung ist.

Vielmehr würde der Gesundheitszustand der beantragenden Person in Blick gerückt, der als Grundlage zu Aussagen über das Versicherungsrisiko herangezogen werden könnte.

Damit wäre in jedem konkreten Antragsfall individuell das Risiko zu ermitteln; ein Vorgehen, das für die betroffene Person durchaus milder wäre. Denn die Anordnung einer rechtlichen Betreuung im Sinne des § 1896 BGB ist wenig aussagekräftig über das Risiko des Versicherungsfalleintritts einer Sterbeversicherung (= Todesfall). Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine rechtliche Betreuung sind sehr divers (s.o.) und geben keinen Anhaltspunkt für die pauschale Ermittlung der zukünftigen Lebenserwartung bzw. die pauschale Annahme des Eintritts des Versicherungsfalls. Die diesbezüglichen Unterschiede sind ebenso divers wie unter Personen, denen keine rechtliche Betreuung angeordnet wurde.

Durch eine Risikoprüfung könnten diese Unterschiede Berücksichtigung finden. Abhängig vom jeweiligen Gesundheitszustand kämen unterschiedliche Modi des Vertrags unter verschiedenen Konditionen in Betracht: der Abschluss (trotz Betreuung, aber

ohne „höheres Sterberisiko“) zu den angebotenen, günstigen Konditionen; ein Abschluss (z.B. im Falle eines „erhöhten Sterberisikos“) mit höheren Versicherungsbeiträgen; ein Abschluss mit „Wartezeit“ (z.B. im Falle eines „hohen Sterberisikos“); oder auch die Verweigerung eines Abschlusses (z.B. im Falle „höchsten Sterberisikos“).

Die Möglichkeit der Risikoberechnung, um sodann der betroffenen Person einen Vertrag zu den jeweiligen Konditionen anzubieten, stellt damit eine weniger diskriminierende Alternative dar.

Es mag sich gleichwohl die Frage stellen, ob dieses Vorgehen für die Versicherung auch gleich effizient ist. Wohl müsste diese zunächst wirtschaftliche Kapazitäten aufwenden, um die Risikoberechnungen anzustellen. Allerdings dürften die wirtschaftlichen Aufwendungen, die die Versicherung für eine Risikoberechnung aufzubringen hat, wohl keinen ihre Existenz bedrohenden Betrag darstellen. Und vor allem aus längerer Sicht könnte sich hierdurch sogar eine höhere Rentabilität für die Versicherung ergeben, weil die Wahrscheinlichkeit besteht, dass durch einen neuen (risikoabwägenden) Tarif vermehrt Verträge abgeschlossen werden können.

Somit stellt dieses Vorgehen ein milderes Mittel dar, so dass die pauschale Ablehnung des Vertragsschlusses ohne Risikobewertung nicht erforderlich im Sinne des § 3 Abs. 2 AGG ist.

Daneben könnte überlegt werden, das umstrittene Verfahren der Versicherung über § 20 Abs. 2 AGG zu rechtfertigen, so dass bei Vorliegen der dort normierten Voraussetzungen keine (mittelbare) Diskriminierung im Sinne des AGG gegeben ist. Allerdings sah bereits der Gesetzgeber die Anwendbarkeit des § 20 AGG zur Rechtfertigung von mittelbaren Diskriminierungen gem. § 3 Abs. 2 AGG nicht vor.<sup>8</sup> Vielmehr stellen die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 AGG den ausschließlichen Maßstab zur Rechtfertigung ei-

ner mittelbaren Diskriminierung, § 20 Abs. 2 AGG findet dagegen auf unmittelbare Diskriminierungen (vgl. § 3 Abs. 1 AGG) Anwendung.<sup>9</sup>

### **Zwischenfazit**

Es handelt sich damit um eine mittelbare Diskriminierung im Sinne der §§ 19 Abs. 1 Nr. 2, 3 Abs. 2 AGG. Somit liegt ein Verstoß gegen das AGG vor.

### **Rechtsfolgen**

§ 21 AGG führt die Rechtsfolgen auf, die ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot nach sich ziehen kann. Abs. 1 S. 1 sieht einen Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung vor. Der Beseitigungsanspruch bezieht sich auf die Zukunft,<sup>10</sup> das heißt, er zielt auf die Beseitigung der noch vorliegenden Ursachen einer Benachteiligung oder anders formuliert: um die Beseitigung der Störung, nicht ihrer Folgen.<sup>11</sup>

Vorliegend besteht die Ursache der Benachteiligung bzw die Störung darin, dass der Tarif keine Risikoabschätzung vorsieht. Folge der Störung ist sodann der Nichtabschluss des Vertrages (eben auf Grund einer nicht vorgenommenen Risikoprüfung).

Damit geht es in diesem Fall nicht um die strittige Frage, ob es einen grundsätzlichen Anspruch auf Abschluss eines Vertrags (und somit auf Kontrahierungszwang) gibt.<sup>12</sup> Denn das benachteiligende Verhalten liegt nicht darin, dass es zu keinem Vertrag gekommen ist, sondern darin, dass der Vertragsschluss mit der pauschalen Bezugnahme auf das Betreuungsverhältnis ohne Risikoabwägung im konkreten Fall abgelehnt wurde. Die Beseitigung der Beeinträchtigung kann also in der Vornahme der Ein-

führung einer Risikoabwägung für diesen Tarif und Durchführung im konkreten Fall liegen.

Daneben könnte über einen Entschädigungsanspruch nachgedacht werden (§ 21 Abs. 3 AGG).

Die Bemessung des immateriellen Schadens knüpft an den Normzweck an, der zum einen aus Schadensausgleich und zum anderen aus Sanktion besteht. Ausgangspunkt eines solchen Anspruchs ist immer eine Persönlichkeitsverletzung, die die betroffene Person erlebt hat. Damit bezieht sich der Schadensausgleich auf die betroffene Person und die Sanktion auf die Versicherung. Durch einen je nach Schwere des Angriffs auf den Achtungsanspruch einer Person verschieden hoch zu bemessenden Entschädigungsanspruch, der jedenfalls Abschreckungswirkung haben muss, kann auch hier ein Instrument zur Bekämpfung von Diskriminierung erblickt werden.<sup>13</sup>

- 1 Vgl. § 2 Abs. 1 AGG.
- 2 Schiek/Welti, AGG, § 1 Rn. 36.
- 3 Jörk/Kobes, Benachteiligung im zivilen Rechtsverkehr nach den Regelungen des AGG von Menschen mit Behinderung, für die nach § 1896 eine Betreuerin/ ein Betreuer bestellt ist (Expertise im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes), 2010, S. 12.
- 4 Sacksofsky, Mittelbare Diskriminierung und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (Expertise im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes) 2010, S. 22.
- 5 Sehr ausführlich zu dieser Frage siehe Jörk/Kobes, Benachteiligung im zivilen Rechtsverkehr nach den Regelungen des AGG von Menschen mit Behinderung, für die nach § 1896 eine Betreuerin/ein Betreuer bestellt ist (Expertise im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes) 2010, S. 41ff.
- 6 Unabhängig davon, wie hoch genau der Anteil von nicht langfristig psychisch erkrankten Personen in der „Gruppe“ aller Personen ist, für die eine rechtliche Betreuung bestellt wurde.
- 7 Schiek/Schiek, AGG, § 3 Rn. 48ff.
- 8 BT-Drs. 16/1780, S. 33.
- 9 Siehe auch Jörk/Kobes, Benachteiligung im zivilen Rechtsverkehr nach den Regelungen des AGG von Menschen mit Behinderung, für die nach § 1896 eine Betreuerin/ein Betreuer bestellt ist (Expertise im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes) 2010, S. 33. Dies wird teilweise (für Versicherungsfälle) in Frage gestellt mit dem Argument, § 20 Abs. 2 AGG stelle einen strengeren Maßstab fest, ohne dabei zwischen mittelbaren und unmittelbaren Benachteiligungen zu differenzieren. Jedoch kommt auch diese Ansicht durch das Wortlautargument zum Ergebnis, dass § 20 Abs. 2 AGG nur auf unmittelbare Diskriminierungen anzuwenden sei; siehe Armbrüster, Benachteiligungsverbot und Rechtfertigungsgründe beim Abschluss privatrechtlicher Versicherungen (Expertise im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes) 2010, S. 27f.
- 10 Thüsing, in MÜKo-AGG, § 21 Rn. 15; Jörk/Kobes, Benachteiligung im zivilen Rechtsverkehr nach den Regelungen des AGG von Menschen mit Behinderung, für die nach § 1896 eine Betreuerin/ein Betreuer bestellt ist (Expertise im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes) 2010, S. 36.
- 11 Däubler/Bertzbach-Deinert, § 21 Rn. 23.
- 12 Siehe hierzu z.B. Thüsing/v. Hoff, Vertragsschluss als Folgenbeseitigung, Kontrahierungszwang im zivilrechtlichen Teil des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, NJW 2007, 21ff., die zu dem Schluss kommen, dass § 21 Abs. 1 AGG einen Anspruch auf Abschluss eines (u.U. partiell) verweigerten Vertrags vorsieht; Wendt/Schäfer, Kontrahierungszwang nach § 21 I 1 AGG?, Jus 2009, 206ff.; Armbrüster, Benachteiligungsverbot und Rechtfertigungsgründe beim Abschluss privatrechtlicher Versicherungen (Expertise im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes) 2010, S. 32; Jörk/Kobes, Benachteiligung im zivilen Rechtsverkehr nach den Regelungen des AGG von Menschen mit Behinderung, für die



nach § 1896 eine Betreuerin/ein Betreuer bestellt ist (Expertise im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes) 2010, S. 36f. Der Gesetzgeber bezieht zu dieser Frage keine Stellung, siehe BT-Drs. 16/1780, S. 45f., aber auch 26, 40.

- 13 Siehe auch Armbrüster, Benachteiligungsverbot und Rechtfertigungsgründe beim Abschluss privatrechtlicher Versicherungen (Expertise im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes) 2010, S. 32.

# Mehrdimensionale Diskriminierung – Entwicklung und Relevanz in Wissenschaft und Praxis

**Dr. Sarah Elsuni**

## 1. Was ist mehrdimensionale Diskriminierung?

Der Begriff der mehrdimensionalen Diskriminierung taucht im Bereich der Antidiskriminierungsarbeit häufig auf. Daneben finden zudem Begriffe wie intersektionale Diskriminierung, Mehrfachdiskriminierung oder multiple Diskriminierung Verwendung.

Die Begriffe zielen – trotz ggf. bestehender Unterschiede im Detail – auf die gleiche Problemlage: Erfahrungen von Diskriminierung, die viele Menschen jeden Tag machen, sind in der Regel nicht nur auf eine Kategorie wie etwa Geschlecht, Herkunft, Alter oder Behinderung zurückzuführen. Identitäten und Lebensentwürfe von Menschen sind facettenreich und variabel, alle Menschen haben/leben/erfahren mindestens ein (zugeschriebenes) Geschlecht, Hautfarbe, bestimmtes Alter, bestimmte religiöse oder weltanschauliche Einstellungen etc.

Die Identität von Personen in ihrer Gesamtheit kann Projektionsfläche für Diskriminierungen sein. Handlungen oder gesellschaftliche Strukturen, die Menschen diskriminieren, fokussieren selten nur einen Teil der Identität eines Menschen; vielmehr sind sie ebenso facettenreich und damit eben mehrdimensional.

Der Begriff der mehrdimensionalen Diskriminierung scheint sich in der aktuellen juristischen Befassung durchzusetzen. Er dient dabei als Oberbegriff für diverse Formen additiver und intersektionaler Diskriminierung. Das bedeutet, dass verschiedene Formen von Mehrdimensionalität und damit eine Vielzahl an Diskriminierungssachverhalten eingeschlossen werden, die sich durch ein eindimensionales Verständnis vor allem auch antidiskriminierungsrechtlich nicht greifen lassen.

Mehrdimensionale Diskriminierung erfasst damit also additive Formen von Diskriminierungssachverhalten, die zum Beispiel in Form des Risikos einer vermehrten Benachteiligung bestehen können. Ein Beispiel: Eine Frau im Rollstuhl wird im Einstellungsverfahren auf eine hochbezahlte Führungsposition benachteiligt; zum einen wird sie aufgrund ihres Geschlechts nicht zum Bewerbungsgespräch eingeladen, zum anderen wird eine Einstellung verhindert, da das Gebäude nicht barrierefrei und ihr damit nicht zugänglich ist. Hier wird die Person somit in unterschiedlichen Diskriminierungssituationen zum einen wegen ihres Geschlechts, zum anderen wegen einer Behinderung diskriminiert. Jeder einzelne Eingriff lässt sich dabei entweder als Benachteiligung aufgrund des Geschlechts oder aber der Behinderung qualifizieren – insofern „funktioniert“ die Diskriminierung additiv.<sup>1</sup>

Der additiv-mehrdimensionale Charakter von Diskriminierungssachverhalten kann weiter in der Summierung der betreffenden Kategorien liegen, also eine Diskriminierung aufgrund der einen Kategorie plus der anderen Kategorie darstellen.

Ein Beispiel hierfür: Der Arbeitsmarkt ist für eine Migrantin in mehrfacher Hinsicht zugangsbeschränkt, wenn die meisten der Stellen als nur für Männer geeignet erachtet werden und nur wenige Stellen vorzugsweise für Migrant\_innen reserviert werden. Hier reduzieren sich ihre Aussichten, eine Stelle zu finden, die ihrer Person entspricht, offensichtlich.

Mehrdimensionale Diskriminierung erfasst aber auch intersektionale Formen von Diskriminierungsverhalten. Dabei handelt es sich um eigenständige Diskriminierungen, die sich nicht getrennt nach einzelnen Kategorien wie zum Beispiel Geschlecht, ethnischer Herkunft oder Behinderung feststellen lässt, sondern die vielmehr gerade auf dem Zusammentreffen und der Verflochtenheit verschiedener Merkmale beruht und damit eigenen Bedingungen unterliegt.

Ein prominentes Beispiel intersektional-mehrdimensionaler Diskriminierungsfälle, das in den letzten Jahren Eingang in das Rechtssystem gefunden hat und gerichtlich verhandelt wurde, sind die auch in einer breiten Öffentlichkeit stark thematisierten „Kopftuchfälle“, also Fälle, in denen es um Benachteiligung von Frauen geht, die aus religiösen Gründen ein Kopftuch tragen. Werden diese Diskriminierungen zumeist nur unter dem Aspekt der Religion verhandelt, wird ausgeblendet, dass neben der Kategorie „Religion“ (als meist unmittelbarer Kategorie) mittelbar immer auch das „Geschlecht“ sowie in den meisten Fällen die „ethnische Herkunft“ (zumindest über die Zuschreibung als „die Andere“) betroffen sind.

Ein weiteres Beispiel sind die sog. „Diskofälle“, bei denen es um rassistische Einlasspraktiken geht. Hier wird Männern, denen eine nicht-deutsche Herkunft zugeschrieben wird, der Zugang zu Diskotheken in diskriminierender Weise verwehrt; Männer ohne oder mit nicht-sichtbarem Migrationshintergrund werden hingegen eingelassen ebenso wie Frauen unabhängig von einer Herkunfts-Zuschreibung durch die Einlassenden.

## 2. Warum ist die Thematisierung von mehrdimensionaler Diskriminierung erforderlich?

Das Thematisieren der Mehrdimensionalität von Diskriminierung wird aus mehreren Gründen relevant. Wesentlich geht es darum, Diskriminierungen in ihrer Ganzheit erkennen und erfassen zu können. Ein eindimensionaler Blick auf Diskriminierung kann dazu führen, dass bestimmte Erfahrungen nicht berücksichtigt und ignoriert werden.

Wird zum Beispiel Diskriminierung von Frauen begriffen ausschließlich aus den Erfahrungen, die weiße, nicht behinderte, heterosexuelle Angehörige der Mittelklasse gemacht haben, werden aus der Definition dessen, was die (Erfahrung von) „Frauen“ ausmacht, all die Erfahrungen von behinderten, nicht-weißen, lesbischen etc. Frauen ausgeblendet.

Die Gefahr ist groß, dass durch einen eindimensionalen Blick auf Diskriminierung die inhaltliche Bestimmung der einen Diskriminierungskategorie dann über die Perspektive erfolgt, der – aus welchen Gründen auch immer – Definitionsmacht zukommt.

Aus juristischer Perspektive ergibt sich die Notwendigkeit, Mehrdimensionalität von Diskriminierung zu thematisieren, aus der Ausgestaltung antidiskriminierungsrechtlicher Regelungen. Das Antidiskriminierungsrecht zielt auf die Bekämpfung von Diskriminierung, indem es rechtliche Kategorien benennt, aufgrund derer eine ungleiche Behandlung von Menschen nicht erfolgen darf.

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) aus dem Jahr 2006 zielt gemäß § 1 darauf, „Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen“.

Das Gesetz – hier in Form von Diskriminierungsverboten – erfordert demnach die rechtliche Betrachtung von Diskriminierungserfahrungen entlang rechtlich gesetzter Diskriminierungskategorien. Befördert dies die eindimensionale Erfassung von mehrdimensionalen Diskriminierungserfahrungen, so scheint zumindest die Thematisierung der Mehrdimensionalität zwingend, um in der rechtlichen Analyse sicher zu gehen, bestimmte Diskriminierungserfahrungen nicht zu ignorieren. Dieses Erfordernis wird schließlich in § 4 AGG aufgegriffen; die Bundesrepublik Deutschland hat damit als einer von wenigen EU-Mitgliedstaaten mehrdimensionale Diskriminierung in einer Regelung verankert und als Rechtsfigur explizit erkannt.<sup>2</sup>

### 3. Wissenschaftliche Entwicklung der Diskussion um mehrdimensionale Diskriminierung und Anerkennung als Rechtsfigur

Auf die antidiskriminierungsrechtliche Problematik, die darin liegt, dass das Recht dem Erfassen von Diskriminierungssachverhalten eine künstliche Trennung auferlegt, machte bereits Ende der 1980er Jahre sehr prominent Kimberlé Crenshaw für den US-amerikanischen Rechtskontext aufmerksam. Ihren intersectionality approach,<sup>3</sup> einen Ansatz, der die Intersektionalität, also die kreuzende Verwobenheit von mindestens zwei (rechtlichen) Diskriminierungskategorien beschreibt, entwickelte sie in kritischer Analyse des Diskriminierungsfalls DeGraffenreid vs. General Motors<sup>4</sup>.

In dem US-amerikanischen Zivilprozess, der in den 1980ern verhandelt wurde, klagten fünf Schwarze Frauen gegen General Motors vor folgendem Hintergrund: General Motors stellte Schwarze Frauen erst ab dem Jahre 1964 ein. Jahre später kam es zu rezessionsbedingten Entlassungen, bei denen das Dienstalter als Entlassungskriterium Anwendung fand. Aufgrund der früheren Einstellungseinschränkungen traf diese Regelung insbesondere Schwarze Frauen.

Die Klage wurde deshalb damit begründet, dass das von General Motors angewandte Employer's seniority System (Dienstalter als Entlassungskriterium) die vorangegangene Diskriminierung von Schwarzen Frauen perpetuiere. Die Klägerinnen wollten die Klage gerade nicht aufgrund von entweder Hautfarbe oder Geschlecht, sondern eben aufgrund der Diskriminierungserfahrungen als Schwarze Frauen durchführen. Dies wurde von Seiten des Gerichts allerdings ignoriert; in der Begründung stellte das Gericht fest, dass es sich im vorliegenden Fall nicht um die Frage der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts handele, da Frauen durchaus schon früher von General Motors angestellt wurden – dabei ließ es jedoch außer Acht, dass es sich nur um weiße Frauen handelte. Auf die rassistische Diskriminierung ging das Gericht nicht ein und schlug vor, es mit einem anderen Fall gegen General Motors, der den Vorwurf der Diskriminierung aufgrund der ‚Rasse‘ beinhaltete, zu verbinden.<sup>5</sup>

An diesem Fall wird die Problematik der Eindimensionalität offensichtlich: Die Unterscheidung der vom Recht vor allem durch Diskriminierungsverbote gesetzten Diskriminierungskategorien basiert auf der Zuschreibung unterschiedlicher Inhalte und der



Zugrundelegung jeweils bestimmter Erfahrungen – unter Ausschluss weiterer, anderer Erfahrungen. Wird im Fall DeGraffenreid vs. General Motors die Kategorie Geschlecht mit dem Fokus auf die Erfahrungen weißer Frauen inhaltlich gefüllt, baut die Kategorie ‚Rasse‘ hingegen auf den Erfahrungen Schwarzer Männer auf. Die (Diskriminierungs)Erfahrungen der Schwarzen Frauen ist hingegen weiter als die allgemeinen Kategorien, die der Diskriminierungsdiskurs bietet. Sie sind nicht immer zwingend anders: Schwarze Frauen machen auch (Diskriminierungs)Erfahrungen, die denen weißer Frauen oder Schwarzer Männer ähnlich oder zu vergleichen sind, jedoch machen sie eben auch (Diskriminierungs)Erfahrungen als ‚Schwarze Frauen‘.

Diesen Punkt aufgreifend und nicht zuletzt durch den von Crenshaw entwickelten Ansatz der Intersektionalität wurde eine breite Diskussion angestoßen, die sich über die geographischen Grenzen Nordamerikas sowie die disziplinären Grenzen der Rechtswissenschaft ausbreitete. Europa erreichte die juristische Diskussion um mehrdimensionale Diskriminierung Mitte bis Ende der 1990er Jahre und erlangte ihren ersten Höhepunkt einige Jahre später in zahlreichen Publikationen, die sich mit dem Thema befassten.<sup>6</sup>

Mit etwas Verzögerung setzte sich auch die deutsche Rechtswissenschaft mit dem Thema auseinander, die in verschiedenen Ansätzen das Konzept aufgenommen hat und weiterentwickelte.<sup>7</sup> Vor allem durch das Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) im Jahre 2006, das die Vorgaben der europäischen Antidiskriminierungsregelungen umsetzt, erhielt die wissenschaftliche Debatte neue Impulse. Die bereits erwähnte erstmalige explizite Anerkennung der Rechtsfigur in § 4 AGG führte zur Befassung mit mehrdimensionaler Diskriminierung. Neben Kommentarliteratur zu § 4 AGG<sup>8</sup> befassten sich u.a. zwei

Studien intensiv mit mehrdimensionaler Diskriminierung aus juristischer Perspektive, zum einen durch eine Analyse von Begrifflichkeiten, Theorien und Rechtspraxen,<sup>9</sup> zum anderen im Rahmen einer empirischen Untersuchung.<sup>10</sup>

Stärker als in der deutschen Rechtswissenschaft wurde das (durch Crenshaw rechtswissenschaftlich geprägte) Konzept der Intersektionalität jedoch von anderen, insbesondere sozialwissenschaftlichen Disziplinen aufgegriffen und durch eigene disziplinäre Fragestellungen, Ansätze und Theorien weiterentwickelt.<sup>11</sup>

#### 4. Mehrdimensionale Diskriminierung als Thema der Rechtspolitik

Auch der Bereich der Rechtspolitik befasst sich seit einigen Jahren mit mehrdimensionaler Diskriminierung. Vor allem das Phänomen der intersektionalen Diskriminierung wurde recht früh als rechtspolitisches Thema erkannt. Mit Blick auf konkrete Lebensrealitäten wurden die Diskriminierungserfahrungen bestimmter Gruppen als Intersektionsphänomene wahrgenommen und benannt. Auffallend ist, dass es sich bei vielen dieser Ansätze um einen Blick auf Intersektionen handelt, der auf spezifischen Diskriminierungssituationen von Frauen und damit auf den Kategorien „Frau + X“ basiert.

Dies bestätigt zunächst ein Blick auf den rechtspolitischen Diskurs zu internationalen Menschenrechten: Das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) aus dem Jahre 1979 enthielt bereits in seinen Regelungen Ansätze, die sich – konventionsgemäß – auch mit „spezifischeren“ Situationen von Frauen befasste.<sup>12</sup> Vor allem aber die Arbeit der Menschenrechtsausschüsse – also die mit der Einhaltung der Menschenrechtsverträge befassten Organe – setzte hier wesent-

liche Akzente: Insbesondere durch ihre Auseinandersetzung mit den Inhalten der in den jeweiligen Verträgen kodifizierten Menschenrechten im Rahmen von Allgemeinen Empfehlungen, die der Konkretisierung eben jener in Blick genommenen Vertragsbestimmungen dienen, wurde den intersektionalen Themen ein starkes internationales rechtspolitisches Gewicht verliehen. So befasste sich der CEDAW-Ausschuss in der Erklärung Nr. 18 mit der Situation von Frauen mit Behinderung (1990) und in Nr. 24 mit Frauen und Gesundheit, wobei besonders benachteiligte Gruppen wie z.B. Migrantinnen, Flüchtlingsfrauen und Mädchen bzw. ältere Frauen benannt wurden (Abs. 6; 1999).<sup>13</sup> Auch der Menschenrechtsausschuss, dessen Arbeit auf dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (ICCPR) gründet, bezog sich in dem Allgemeinen Kommentar Nr. 28 (2000) auf die Diskriminierung von Frauen, die oft in Verbindung stehe mit Diskriminierungen aufgrund anderer Kategorien wie „race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status“ (Abs. 30).

Neben der Arbeit der Menschenrechtsausschüsse stellen die Menschenrechtskonferenzen einen weiteren wichtigen Faktor dar, das Thema auf die internationale rechtspolitische Agenda zu setzen.<sup>14</sup>

So forcierte die Weltfrauenkonferenz in Peking 1995 das Thema der mehrdimensionalen Diskriminierung, der verabschiedete Aktionsplan enthielt Forderungen, die auf die Verbesserung der Situation von durch intersektionale Diskriminierung betroffenen Frauen zielten (Abs. 32, 46). Zu diesem Themengebiet ist der 2001 von der Sonderberichterstatterin zu Gewalt gegen Frauen Radhika Coomaraswamy veröffentlichte Bericht über „Race, gender and violence against women“ besonders hervorzuheben: Explizit werden hierin die „situations of double or triple marginaliza-

tion of women based on other form of ‚otherness‘, such as race, ethnicity, religion and economic status“ angesprochen. Er arbeitet heraus, dass mehrdimensionale Diskriminierung auch im Menschenrechtssystem bislang unsichtbar und unberücksichtigt geblieben sei, da die besonderen Bedingungen und Probleme von Diskriminierungen und Gewalt gegen Frauen jeweils nur unter Berücksichtigung einer Diskriminierungskategorie gefasst würden.<sup>15</sup>

Im Rahmen einer intensiven Auseinandersetzung mit dem von Crenshaw entwickelten Konzept der Intersektionalität fordert die Sonderberichterstatterin eine umfassende Analyse von Geschlecht, die nicht nur auf einer Prüfung der Auswirkungen des zugeschriebenen Geschlechts beruht, sondern auch die Auswirkungen anderer Kategorien und Intersektionen beachtet.<sup>16</sup> Bemerkenswert hieran ist, dass der Bericht als internationales (politisches) Dokument eine wissenschaftlich-theoretische Arbeit in die politische Menschenrechtsarbeit übersetzt und einfließen lässt und damit den Einfluss von Wissenschaft auf Praxisarbeit offenlegt.

Die 2001 in Durban durchgeführte UN-Weltkonferenz gegen Rassismus, Rassendiskriminierung, Fremdenfeindlichkeit und damit zusammenhängende Intoleranz führte letztlich zu der offiziellen Anerkennung der Existenz von mehrdimensionaler Diskriminierung als Konzept durch die internationale Gemeinschaft. Die Diskussionen auf der Konferenz konkretisierten sich in der Verabschiedung entsprechender Aktionen, die als Ergebnis der Konferenz erlassene Deklaration betont die besondere Problematik sowohl in der Präambel als auch in zahlreichen Artikeln des Dokuments.<sup>17</sup> An dieser Stelle kam es also zu einem leichten Perspektivenwechsels durch die Änderung des Blicks, der sich zuvor mit spezifischen intersektionalen Diskriminierungssituationen

und -erfahrungen befasste, auf die Anerkennung und Benennung von mehrdimensionaler Diskriminierung als Konzept und Rechtsfigur.<sup>18</sup>

Neben der internationalen Ebene wurde das Thema mehrdimensionale Diskriminierung auch auf Ebene der Europäischen Union rechtspolitisch stark gesetzt.

Die Antidiskriminierungsrichtlinien, die als unionsrechtlicher Rahmen Vorgaben an die mitgliedstaatliche Umsetzung von Antidiskriminierungsrecht setzen,<sup>19</sup> sahen zwar kein explizites Umsetzungserfordernis für eine Regelung zu mehrdimensionaler Diskriminierung, jedoch findet letztere in den jeweiligen Erwägungsgründen Erwähnung.<sup>20</sup> Das Konzept der mehrdimensionalen Diskriminierung wurde ab Ende der 2000er Jahre verstärkt in den Blick EU-antidiskriminierungspolitischer Auseinandersetzung genommen.

Die Europäische Kommission veröffentlichte im Jahr 2007 einen Bericht zu „Tackling Multiple Discrimination. Practices, policies and laws“, in dem sie die Mitgliedstaaten auffordert, die Rechtsfigur der mehrdimensionalen Diskriminierung (an)zuerkennen, effektiv zu berücksichtigen und zu bekämpfen.<sup>21</sup> In ausführlicher thematischer Auseinandersetzung werden Wirkungen von mehrdimensionaler Diskriminierung beschrieben sowie Bewältigungsstrategien, good practice-Beispiele und Empfehlungen angeführt.

Auch das Eurobarometer der Europäischen Kommission aus dem Jahre 2008,<sup>22</sup> das als Nachfolgeaktion zu der früher ergangenen Umfrage Wahrnehmungen und Einstellungen zu Diskriminierung in der EU darlegt, nahm als neues Element Fragen zum Thema mehrdimensionale Diskriminierung in den Katalog auf. Die European Union Agency for Fundamental Rights erhob 2010 in ihrem Bericht „Data in Focus Report Multiple Discrimination“

Daten über mehrdimensionale Diskriminierungen von Migrant\_innen und Minderheiten in der EU.<sup>23</sup>

Und auch auf europäisch-zivilgesellschaftlicher Ebene wurde das Thema aufgegriffen. So widmete das NGO-Netzwerk European Network Against Racism in den Jahren 2007 und 2011 diesem Thema jeweils eine Studie.<sup>24</sup> 2009 befasst sich das European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality mit der Frage von mehrdimensionaler Diskriminierung von Frauen im Recht der EU-Mitgliedstaaten.<sup>25</sup>

Die Setzung des Themas der mehrdimensionalen Diskriminierung auf politischer Ebene in Deutschland ist wiederum eng gekoppelt an das Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, das 2006 in Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben verabschiedet wurde. Bereits vor Verabschiedung des AGG wurde das Thema im Rahmen des Jahre andauernden Rechtsetzungsprozesses v.a. von Bündnis 90/ die Grünen<sup>26</sup> aufgenommen sowie durch Kampagnen von Betroffenenvereinen auf die Agenda der deutschen Rechtspolitik gebracht. Exemplarisch soll hier die Anhörung des Ausschusses für Familien, Senioren, Frauen und Jugend im Bundestag im Jahr 2005 Erwähnung finden, in der mehrdimensionale Diskriminierung explizit als Thema aufgegriffen wurde.<sup>27</sup>

In der gesetzlichen Umsetzung von 2006 sieht § 4 AGG sodann folgende Regelung vor:<sup>28</sup>

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

Die durch das AGG geschaffene Antidiskriminierungsstelle des Bundes (ADS) nahm sich im Jahre 2010 des Themas an und widmete ihren ersten nach § 27 Abs. 4 AGG vorgelegten Bericht dem Thema mehrdimensionale Diskriminierung und setzte es so noch einmal prominent und verstärkt auf die deutsche rechtspolitische Agenda.<sup>29</sup>

## 5. Mehrdimensionale Diskriminierung in der gerichtlichen Rechtsdurchsetzung

Neben der Adaption der Rechtsfigur der mehrdimensionalen Diskriminierung in Wissenschaft und Rechtspolitik zeichnet sich die Relevanz im Rahmen der (Antidiskriminierungs)Praxis deutlich schwächer ab. Die Bedeutung der Rechtsfigur der mehrdimensionalen Diskriminierung in der gerichtlichen Durchsetzung von Antidiskriminierungsrecht wurde bereits durch Baer, Bittner und Göttsche für die Jahre 2006 bis 2010 analysiert. Treten mehrdimensionale Diskriminierungssachverhalte zwar durchaus häufig in gerichtlichen Verhandlungen als Gegenstand auf,<sup>30</sup> so kommt die Studie dennoch zu dem Schluss, dass Gerichte einzelne oder mehrere Kategorien insbesondere im Rahmen von AGG-Verfahren, in denen es um die Behandlung mehrdimensionaler Diskriminierungen ging, in aller Regel ausblendeten oder schlicht übersahen.<sup>31</sup> In der Analyse der oben erwähnten Kopftuchfälle ließ sich beispielsweise untersuchen, dass Gerichte zum Teil durchaus Ethnisierung als Problem erkennen, jedoch nicht juristisch aufgreifen, sowie zum Teil die Geschlechterdiskriminierung durch den Fokus auf Religion überspielen.<sup>32</sup>

Auch für den Zeitraum seit 2010 lassen sich keine wesentlichen Änderungen der festgestellten Ergebnisse feststellen: Mehrdimensionale Diskriminierung erlangt weiterhin praktisch keine Berücksichtigung durch deutsche Gerichte. Lediglich die Entschei-

dung des OLG Stuttgart vom 12.12.2011<sup>33</sup> ist hier insoweit herauszuheben, als das Gericht in der Urteilsbegründung eine Diskriminierung des Klägers und des Zeugen „wegen deren Hautfarbe in Kombination mit ihrem männlichen Geschlecht“ erkennt und so die Intersektionalität der Diskriminierung benennt und verdeutlicht – für die gerichtliche Auseinandersetzung mit mehrdimensionaler Diskriminierung immer noch ein Einzelfall.<sup>34</sup>

## 6. Mehrdimensionale Diskriminierung als Beratungsfrage

Zur Analyse der These, dass mehrdimensionale Diskriminierung als Rechtsfigur in der Beratungspraxis eher weniger aufgegriffen wird, wurde eine bundesweite Anfrage an Organisationen gerichtet, die Antidiskriminierungsberatung anbieten.<sup>35</sup> Die angeschriebenen Beratungsstellen wiesen unterschiedliche Beratungsprofile hinsichtlich der Diskriminierungskategorien auf, aufgrund derer die jeweils spezialisierte Beratung stattfindet; zudem wurden von der Befragung neben Beratungsstellen, die bezogen auf eine einzelne Kategorie wie Geschlecht, Behinderung, sexuelle Orientierung, Alter oder zu Rassismus etc. arbeiten (merkmalsbezogene Beratungsstellen) auch Stellen angeschrieben, die intersektional ausgerichtet eine spezifische Zielgruppenorientierung aufweisen, die sich aus mindestens zwei Kategorien zusammensetzt (z.B. Stellen, die sich auf die Beratung von Migrantinnen spezialisiert haben), und ebenso horizontal arbeitende Stellen, die in ihrer Beratungsarbeit diverse Diskriminierungskategorien, z.B. im Sinne des § 1 AGG, berücksichtigen.



Als eine Grundtendenz lässt sich abzeichnen, dass es sich bei den an die Stellen richtenden Beratungsanfragen nach Einschätzung der Beratungsstellen regelmäßig bis häufig um Fälle mehrdimensionaler Diskriminierung handelt (Angabe: 68,8 %). Dies ist im Beratungsprofil der intersektional arbeitende Stellen angelegt, doch auch horizontal sowie merkmalsbezogen arbeitende Stellen gaben zu fast 62% an, regelmäßig bis häufig mit Mehrdimensionalität befasst zu sein.

Die angegebenen Fallbeispiele umfassen neben den bereits erwähnten Kopftuch- und Diskofällen vor allem mehrdimensionale Diskriminierungen in den Bereichen Wohnung, Arbeitsmarkt und weiteren Dienstleistungen wie etwa Fitnessclubs; dabei wurden neben der Intersektion von Geschlecht, ethnischer Herkunft und Religion auch die Kategorien Alter, Geschlecht und Behinderung angegeben.

Weitere Beispiele bezogen sich auf bi/lesbisch/schwule und/oder Trans\*- Diskriminierungssachverhalte, die mit weiteren Kategorien wie Behinderung, chronischer und psychischer Krankheit oder Alter und in den Bereichen Familienplanung und -leben, Schule, Coming-Out und vor allem auch im Gesundheitswesen auftraten.<sup>36</sup>

Die Bedeutung der Thematisierung von mehrdimensionaler Diskriminierung und ihrer Berücksichtigung in der Beratungsarbeit wurde von einer großen Mehrheit der Angaben bejaht.<sup>37</sup> Hierfür wurden strategische Gründe benannt, wie etwa, dass erst durch den Blick auf die Mehrdimensionalität und damit auf unterschiedliche Lebensbedingungen und Erfahrungen eine differenzierte Beratung und die Wahl adäquater Maßnahmen zur Bekämpfung oder Beseitigung der Diskriminierung möglich werden.

Weiterhin, dass die Thematisierung und Betonung von mehrdimensionaler Diskriminierung in der Beratungsarbeit eine stärkere Sensibilisierung für die gesellschaftspolitische Dimension von Diskriminierung befördere und die Erzielung einer breiteren sozialen Unterstützung im (Rechts)Kampf gegen Diskriminierung ermögliche. Darüber hinaus werde der Blick auf Differenzen innerhalb von (Identitäts-)Gruppen gestärkt, was für eine Überwindung des „Problemgruppenbewusstsein“ hilfreich sei.

Als Rechtsstrategien wurde auf die prozessual erschwerte Rechtfertigung einer mehrdimensionalen Diskriminierung für die Beklagtenseite verwiesen sowie darauf, dass die Offenlegung des gesamten Sachverhalts der (gerichtlichen) Glaubhaftmachung dienen könne.

Doch auch der Verzicht auf den Verweis der Mehrdimensionalität, der in wesentlich weniger Fällen betont wurde, wurde strategisch begründet, so zum einen mit dem erschwerten (Indizien-) Nachweis der Mehrdimensionalität und dem Ziel, durch die eindimensional-reduzierte Darstellung der Diskriminierung „keine Verwirrung zu stiften“, da häufig der Hinweis auf ein Hauptmerkmal genüge, um Diskriminierung (wohl im Gespräch mit Diskriminierenden) zu beenden. Zum anderen wurde angeführt, eine eindimensionale Betrachtung könne dem Schutz- und Beratungsbedürfnis der Ratsuchenden dienen.

Weisen die Beratungsorganisationen grundsätzlich einen hohen Grad an Sensibilisierung für das Thema mehrdimensionale Diskriminierung auf, so scheint dies nicht in gleichem Maße für die Beratung suchenden Personen zuzutreffen.

In den von den Beratungsstellen als mehrdimensional eingestufteten Beratungsfällen erlebten die Betroffenen selbst die Diskriminierungserfahrung (wiederum nach Einschätzung der Beratungsstellen) häufig nicht als mehrdimensional bzw. nahmen sie nicht als solche wahr.

Eine weitere Grundtendenz der Umfrage ist die Beobachtung, dass trotz der recht hohen Relevanz, die mehrdimensionaler Diskriminierung in der Beratungsarbeit zukommt, Antidiskriminierungsrecht (und dabei wohl insbesondere die Regelung des § 4 AGG) tendenziell keine wesentliche Rolle spielt.<sup>38</sup> Das geltende (Antidiskriminierungs)Recht wurde nicht explizit als geeignet bewertet, um mehrdimensionale Diskriminierung juristisch zu erfassen. Begründet wurde dies (wie bereits erwähnt) u.a. mit dem normativ gesetzten Schutz- und Anwendungsbereich von Antidiskriminierungsrecht, der als nicht ausreichend und weit genug empfunden wird, um Diskriminierungsrealitäten umfassend zu begegnen: Zum einen benenne das AGG nicht alle diskriminierungsrelevanten Kategorien und lasse z.B. den sozialen Status außen vor, zum anderen werden nicht alle gesellschaftlich relevanten Lebensbereiche wie Bildung oder der Gesundheitsbereich durch Antidiskriminierungsrecht erfasst.

Doch auch prozessuale Hindernisse wurden angeführt. Neben der schwierigen Beweislage, im gerichtlichen Verfahren Nachweise für eine mehrdimensionale Diskriminierung zu erbringen, die trotz der Beweiserleichterung des § 22 AGG als nicht geeignet empfunden wird, wurde der Zugang zum Recht bzw. zur Rechtsdurchsetzung angesprochen und in Bezug zu gesellschaftlichen Positionierungen der von Diskriminierung Betroffenen gesetzt. Problematisch sei, dass die gesellschaftliche Positionierung von Personen, die Diskriminierungen erlebten, diese derartig marginalisieren oder gar exkludieren können, so dass

der Zugang zum Recht (bzw. zum Schutzbereich des AGG) erschwert bis ausgeschlossen sei. Zum anderen werden Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung durch fehlende finanzielle Ressourcen faktisch verschlossen.

Diese Aussagen werden durch Zahlen zu erhobenen Klagen nach dem AGG bestätigt, die darauf hindeuten, dass eher strukturell privilegierte Menschen Rechte gegen Diskriminierung vor Gericht einfordern.<sup>39</sup>

## 7. Fazit

Mehrdimensionalität bei Diskriminierungen ist kein Ausnahmefall, der Blick auf sie unumgänglich, um Diskriminierungserfahrungen umfassend und adäquat begegnen zu können.

Dies anerkennend wird die Relevanz von mehrdimensionaler Diskriminierung von Wissenschaft, Praxis und Politik bereits länger schon erkannt und betont. Dennoch scheint der (nicht nur, aber vor allem auch rechtliche) Umgang mit mehrdimensionaler Diskriminierung vor Herausforderungen zu stehen und praktisch schwer umzusetzen.

Um diese Divergenz (be)greifen und angehen zu können, besteht weiterhin rechtswissenschaftlicher Forschungsbedarf in Bezug auf mehrdimensionale Diskriminierung, der Analysen von Rechts- und Beratungspraxis sowie rechtspolitische Überlegungen zur Rechtsgestaltung zugrunde legen müssen. Der weitere Austausch zwischen Wissenschaft und Praxis ist und bleibt auch hier dringend erforderlich.

- 1 Eine erstmalige ausführliche Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen Formen mehrdimensionaler Diskriminierung findet sich bei MAKKONEN, Timo (2002): Multiple, compound and intersectional discrimination. Bringing the experiences of the most marginalized to the fore, verfügbar unter: <http://cilvektiesibas.org.lv/site/attachments/01/02/2012/timo.pdf>; zu den Beispielen siehe insbes. S. 10 ff.
- 2 Zu § 4 AGG s.u.
- 3 CRENSHAW, Kimberlé (1989): Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Anti-Discrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, 139 University of Chicago Legal Forum, 139-167.
- 4 Ausführlicher zu dem Fall DeGraffenreid vs. General Motors siehe Crenshaw (1989).
- 5 Die Logik des Gerichts zugrunde legend ist davon auszugehen, dass es in einem Verfahren wegen Diskriminierung aufgrund der ‚Rasse‘ wiederum zu einer Exklusion der Diskriminierungserfahrungen, das Gericht also zu einem ähnlichen Ergebnis kommen würde.
- 6 Vgl. z.B. Makkonen (2002); SCHIEK, Dagmar/CHEGE, Victoria (Hg.) (2009): European Union Non-discrimination law. Comparative perspectives on multidimensional equality law, Routledge-Cavendish, London/New York; HOLZLEITHNER, Elisabeth (2010): Mehrfachdiskriminierung im europäischen Rechtsdiskurs, in: HORMEL, Ulrike/SCHERR, Albert, Diskriminierung. Grundlagen und Forschungsergebnisse, VS Verlag, Wiesbaden; CHEGE, Victoria (2011): Multi-dimensional Discrimination in EU Law: Sex, Race and Ethnicity, Nomos Verlag, Baden-Baden.
- 7 Prominent beschrieb Julia Zinsmeister die Rechtsfigur mit ihrer Arbeit, vgl. ZINSMEISTER, Julia (2007): Mehrdimensionale Diskriminierung. Das Recht behinderter Frauen auf Gleichberechtigung und seine Gewährleistung durch Art. 3 GG und das einfache Recht, Nomos Verlag, Baden Baden. Siehe zu einer theoretischen Auseinandersetzung zudem ELSUNI, Sarah (2011): Geschlechtsbezogene Gewalt und Menschenrechte. Eine geschlechtertheoretische Untersuchung der Konzepte Geschlecht, Gleichheit und Diskriminierung im Menschenrechtssystem der Vereinten Nationen, Nomos Verlag, Baden Baden.
- 8 Recht ausführlich zur Rechtsfigur SCHIEK, Dagmar (2007): § 4, in: Schiek, Dagmar, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, Sellier, European Law Publishers; DÄUBLER, Wolfgang (2008): § 4, in: Däubler, Wolfgang/Bertzbach, Martin, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Handkommentar, Nomos Verlag, Baden-Baden. Sehr kurz hingegen BAUER, Jobst-Hubertus/GÖPFERT, Burkard/KRIEGER, Steffen (2011): Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar, Verlag C.H. Beck, München; RUST, Ursula (2007): § 4, in: Rust, Ursula/Falke, Josef, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar, Erich Schmidt Verlag, Berlin.
- 9 BAER, Susanne/BITTNER, Melanie/GÖTTSCHE, Anna Lena (2011): Mehrdimensionale Diskriminierung. Begriffe, Theorien und juristische Analyse;

- verfügbar unter: [www.antidiskriminierungsstelle.de](http://www.antidiskriminierungsstelle.de).
- 10 DERN, Susanne/INOWLOCKI, Lena/OBERLIES, Dagmar (2011): Mehrdimensionale Diskriminierung. Eine empirische Untersuchung anhand von autobiografisch-narrativen Interviews; verfügbar unter: [www.antidiskriminierungsstelle.de](http://www.antidiskriminierungsstelle.de).
  - 11 Vgl. u.a. KLINGER, Cornelia/KNAPP, Gudrun-Axeli/SAUER, Birgit (Hg.) (2007): Achsen der Ungleichheit. Zum Verhältnis von Klasse, Geschlecht und Ethnizität, Campus Verlag, Frankfurt a.M./New York; WALGENBACH, Katharina/DIETZE, Gabriele/HORNSCHEIDT, Antje/PALM, Kerstin (2007): Gender als interdependente Kategorie. Neue Perspektiven auf Intersektionalität, Diversität und Heterogenität, Verlag Barbara Budrich, Opladen/Farmington Hills; KLINGER, Cornelia/KNAPP, Gudrun-Axeli (Hg.) (2008): Überkreuzungen. Fremdheit, Ungleichheit, Differenz, Verlag Westfälisches Dampfboot, Münster; LUTZ, Helma/HERRERA VIVAR, Maria Teresa/SUPIK, Linda (2010): Fokus Intersektionalität. Bewegungen und Verortungen eines vielschichtigen Konzepts, VS Verlag, Wiesbaden; HESS, Sabine/LANGREITER, Nikola/TIMM, Elisabeth (2011): Intersektionalität Revisited. Empirische, theoretische und methodische Erkundungen, transcript Verlag, Bielefeld; SMYKALLA, Sandra/VINZ, Dagmar (Hg.) (2011): Intersektionalität zwischen Gender und Diversity. Theorien, Methoden und Politiken der Chancengleichheit, Verlag Westfälisches Dampfboot, Münster.
  - 12 Vgl. etwa Präambel "Emphasizing that the eradication of apartheid, all forms of racism, racial discrimination, colonialism, neo-colonialism, [...] is essential to the full enjoyment of the rights of men and women", oder Artikel 14, der sich mit der Situation von Frauen in ländlichen Gebieten befasst.
  - 13 Jeweils verfügbar unter: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm>.
  - 14 Auch jenseits der Vereinten Nationen wurde der Fokus auf intersektionale Diskriminierung gelegt, wie z.B. die recht aktuelle Resolution 1887 (2012) des Europarats zu „Multiple Discrimination against Muslim women in Europe. For equal opportunities“ aus dem Jahre 2012 zeigt; verfügbar unter: <http://assembly.coe.int/ASP/XRef/X2H-DW-XSL.asp?fileid=18921&lang=EN>.
  - 15 UN-Doc. A/CONF.189/PC.3/5, Abs. 20; verfügbar unter: [http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc\\_id=6080](http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=6080).
  - 16 Ibid, vgl. Abs. 23 ff.
  - 17 Verfügbar unter: <http://www.un.org/WCAR/durban.pdf>. Die Konferenz wurde als wichtiger internationaler Impuls zu Setzung des Themas mehrdimensionale Diskriminierung eingeschätzt, der das Thema als Diskussionsstoff in verschiedene Menschenrechtsforen auf Regierungs- und NGO-Ebene beförderte, vgl. Makkonen (2002), 46ff.
  - 18 Der direkte Bezug auf das Konzept der mehrdimensionalen Diskriminierung (im Gegensatz zu der gruppenspezifischen Betrachtung einzelner intersektionaler Diskriminierungssituationen) setzte sich auf internationaler Ebene mehr und mehr durch, siehe z.B. die Gen. Rec. Nr. 20 des Wirtschafts- und Sozialausschusses, der sich auf das Konzept der „cumulative discrimination“ bezieht (Abs. 17).

- 19 Richtlinien 2000/43/EG (Antirassismus-RL), 2000/78/EG (Rahmen-RL), 2002/73/EG (Gender-RL II) und 2004/113/EG (RL zur Gleichstellung der Geschlechter außerhalb des Erwerbslebens).
- 20 Aus diesem Grund fand die Rechtsfigur der mehrdimensionalen Diskriminierung auch nur durch wenige Mitgliedstaaten rechtliche Umsetzung. Zu den Erwägungsgründen siehe z.B. die Präambel der Antirassismus-RL und Abs. 14 sowie § 3 der Präambel der RL Beschäftigung/Beruf (2000/78/EC).
- 21 Verfügbar unter: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&furtherPubs=yes&langId=en&publ=51>.
- 22 Eurobarometer Spezial 296 der Europäischen Kommission Diskriminierung in der EU: Wahrnehmungen, Erfahrungen und Haltungen; verfügbar unter: [http://ec.europa.eu/public\\_opinion/archives/ebs/ebs\\_296\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_296_de.pdf).
- 23 Verfügbar unter: <http://fra.europa.eu>.
- 24 Fact Sheet 33 on multiple discrimination and Fact Sheet No. 44 "The legal implications of multiple discrimination" (2011).
- 25 BURRI, Susanne/SCHIEK, Dagmar (2009), Multiple Discrimination in EU Law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?; verfügbar unter: [http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/multipliediscriminationfinal7september2009\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/multipliediscriminationfinal7september2009_en.pdf).
- 26 So z.B. in der Dokumentation über die Anhörung zu einem zivilrechtlichen Antidiskriminierungsgesetz vom 27.05.2003; verfügbar unter: [http://baer.rewi.hu-berlin.de/w/files/lb\\_adg\\_chronologie/adg\\_broschuere\\_gruene.pdf](http://baer.rewi.hu-berlin.de/w/files/lb_adg_chronologie/adg_broschuere_gruene.pdf). Der Begriff der Mehrfachdiskriminierung wurde im Rechtsetzungsprozess weiter aufgegriffen, z.B. im ADG-Entwurf von SPD und Bündnis 90/Die Grünen (16.12.2004), BT-Drs. 16/297.
- 27 Ibid; z.B. durch die Stellungnahme des Landes Brandenburg, des Deutschen Juristinnenbundes und durch Wissenschaftler.
- 28 Die Gesetzesbegründung bezieht sich an einigen Stellen auf die Rechtsfigur der mehrdimensionalen Diskriminierung, ohne dabei wesentlich über den Wortlaut des Gesetzes hinaus zu konkretisieren, worum es sich im Sinne des AGG handelt, BT-Drs. 16/1780.
- 29 Gemeinsamer Bericht der Antidiskriminierungsstelle des Bundes und der in ihrem Zuständigkeitsbereich betroffenen Beauftragten der Bundesregierung und des Deutschen Bundestages; verfügbar unter: [http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/gemeinsamer\\_bericht\\_ads\\_.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/gemeinsamer_bericht_ads_.pdf?__blob=publicationFile). Als wissenschaftliche Grundlage dienten die im Auftrag der ADS erstellten Expertisen von Baer et. al. (2011) sowie Dern et. al. (2011), die bereits oben vorgestellt wurden.
- 30 Dieses Ergebnis gilt auch für die dem Untersuchungszeitraum folgende Gerichtspraxis.
- 31 Baer et. al (2011), 53ff.
- 32 Ibid, 53ff.
- 33 Az.: 10 U 106/11.

- 34 Die Benennung bleibt allerdings rechtlich ohne Konsequenzen, da das Gericht in den weiteren Ausführungen keinen dogmatischen Bezug zur Mehrdimensionalität der Diskriminierung herstellt (z.B. im Rahmen der Rechtsfolgen).
- 35 Die Umfrage erhebt dabei keinen Anspruch auf Vollständigkeit; die vorgestellten Ergebnisse stellen keine repräsentative Erhebung dar, lassen aber durchaus Tendenzen erkennen. Insgesamt wurden 105 Anfragen versendet, mit 30 Rücksendungen beantwortete knapp 1/3 der angeschriebenen Beratungsstellen den Fragebogen. Weiter zur Erhebung auch ELSUNI, Sarah (erscheint 2013): Mehrdimensionale Diskriminierung im Fokus der Rechtsforschung, in: ETC Graz (Hg.), Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung.
- 36 Hier zeichnet sich bereits ab, dass die beschriebenen Beispiele für mehrdimensionale Diskriminierung in der Beratungsrealität über die Grenzen des Anwendungsbereichs von Antidiskriminierungsrecht hinausgehen (so in Teilen im Bildungsbereich). Darüber hinaus wurden Fälle von Diskriminierung benannt, die Diskriminierungskategorien betreffen, die nicht durch antidiskriminierungsrechtliche Regelungen erfasst sind, wie etwa sozialer Status oder Staatsangehörigkeit.
- 37 Dezierte Ausführungen siehe in Elsuni (2013).
- 38 Zu Überlegungen, ob die Ausgestaltung von Antidiskriminierungsrecht dazu beiträgt, dass mehrdimensionale Diskriminierung in der Rechtspraxis keine nennenswerte Rolle spielt, obwohl die Rechtsfigur in § 4 AGG normativ umgesetzt wurde, siehe Elsuni (2013).
- 39 So werden die meisten antidiskriminierungsrechtlichen Klagen gegen Altersdiskriminierung erhoben und im Bereich der Geschlechtergerechtigkeit wurde eine Vielzahl an relevanten Entscheidungen von Männern eingeklagt. Hierzu z.B. ROTTLEUTHNER, Hubert/MAHLMANN, Matthias (2011): Diskriminierung in Deutschland. Vermutungen und Fakten, Nomos Verlag, Baden Baden, 395ff.; auch BAER et. al (2011), 51. Als prominente Beispiele können zudem die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zur Zulässigkeit von Quotenregelungen „Kalanke“, Rs. C-450/93 (1995), „Marschall“, Rs. C-409/95 (1997) und „Badeck“, Rs. C-158/97 (2000) herangezogen werden; diese Verfahren wurden alle von Männern eingeleitet.



## Impressum

### **Herausgeberin:**

Senatsverwaltung für Arbeit, Integration und Frauen  
Landesstelle für Gleichbehandlung – gegen Diskriminierung (LADS)  
Oranienstraße 106, 10969 Berlin  
Tel.: 030/9028-1866  
E-Mail: [antidiskriminierungsstelle@senaif.berlin.de](mailto:antidiskriminierungsstelle@senaif.berlin.de)  
Internet: [www.berlin.de/lads](http://www.berlin.de/lads)

### **Redaktion:**

Monika Brodehl

### **V.i.S.d.P.:**

Franziska Schönberner  
Presse und Öffentlichkeitsarbeit der Senatsverwaltung  
für Arbeit, Integration und Frauen  
E-Mail: [Pressestelle@senaif.berlin.de](mailto:Pressestelle@senaif.berlin.de)

### **Herstellung:**

USE Union Sozialer Einrichtungen gGmbH

### **Bildnachweis:**

Umschlagfotos Landesstelle für Gleichbehandlung –  
gegen Diskriminierung; Seiten 12, 14 privat

### **Auflage:**

3.500 Stück | Berlin im November 2013

Diese Broschüre ist Teil der Öffentlichkeitsarbeit  
des Landes Berlin. Sie ist nicht zum Verkauf bestimmt  
und darf nicht zur Werbung für politische Parteien  
verwendet werden.

**ISBN: 978-3-9814707-7-2**

## **Gegen Diskriminierung gibt es ein Gesetz**

Benachteiligungen aufgrund des Alters, der sexuellen Identität, einer Behinderung, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts oder der Religion sind unzulässig.

**Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz –  
AGG**

**... zu alt  
für den Job?**

Adem E.



**... zu lesbisch  
für die neue Wohnung?**

Valeska M. und Nina B.



**... zu männlich  
für die Elternzeit?**

Götz K.



**... zu Schwul  
für das Grundgesetz?**

Hans K. und Gerd F.



**... zu transgeschlechtlich  
für die Anrede Frau?**

Anouk M.



**... zu behindert  
für den Restaurantbesuch?**

Dennis J.



**... zu behindert  
für den Haupteingang?**

Arthur G.



**Hautfarbe** **Geschlecht**  
**ethnische** *Weltanschauung*  
*ethnische Herkunft*  
**Herkunft** *Religion* **Alter**  
**sexuelle Identität**  
**Weltanschauung** *Behinderung*  
*sexuelle* *Hautfarbe*  
*Identität* **Behinderung**  
**Religion** *Geschlecht* *Alter*

ISBN: 978-3-9814707-7-2