



**(Landes-)Rechtlicher Diskriminierungsschutz in Hessen
- Aktuelle Rechtslage und Handlungsbedarfe -**

**Rechtsgutachten
im Auftrag des Hessischen Ministeriums für Soziales und Integration**

Erstellt von Prof. Dr. iur. Alexander Tischbirek

1. April 2023

Inhaltsübersicht

Inhaltsübersicht.....	2
I. Gutachtenfrage.....	3
II. Umsetzungsdefizite im Diskriminierungsschutzrecht Hessens.....	6
1. Unionsrechtliche Vorgaben.....	6
a) Die Antirassismusrichtlinie (RL 2000/43/EG).....	6
b) Die Rahmenrichtlinie (RL 2000/78/EG).....	13
c) Die Genderrichtlinie (RL 2006/54/EG).....	13
d) Die RL 2004/113/EG.....	14
e) Zwischenergebnis: Abgestufte Regelungsintensität der EU- Antidiskriminierungsrichtlinien gegenüber dem Recht der Bundesländer	15
2. Aktueller Stand der Richtlinienumsetzung in Hessen	15
a) Die Antirassismusrichtlinie (RL 2000/43/EG).....	16
(1) Öffentliches Dienstrecht	16
(2) Öffentliche Bildung, soziale Vergünstigungen, Zugang zu und Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen.....	21
(3) Zwischenergebnis: Umsetzungsdefizite mit Blick auf die Antirassismusrichtlinie	31
b) Die Rahmenrichtlinie (RL 2000/43/EG).....	32
c) Die Genderrichtlinie (RL 2006/54/EG).....	34
d) Die RL 2004/113/EG.....	35
III. Empirisches zur subjektiven Diskriminierungswirklichkeit	36
1. „Diskriminierungserfahrungen in Deutschland“	36
2. Einzelstudien zu spezifischen Diskriminierungskategorien.....	37
IV. Vorgaben an die institutionelle Einbettung des Diskriminierungsschutzes in Hessen..	40
V. Zwischenergebnis: Defizite und erreichte Meilensteine im Landesrecht Hessens	42
VI. Empfehlungen für einen effektiven und unionsrechtskonformen Diskriminierungsschutz in Hessen	44
1. Vorzüge allgemeiner Antidiskriminierungsgesetzgebung.....	44
2. Stärkung der Antidiskriminierungsstelle	46
3. Maßnahmen zur Vertiefung diskriminierungskritischer Kompetenzen in der hessischen Verwaltung	48
Impressum.....	49

I. Gutachtenfrage*

Die Regierungskoalition in Hessen hat sich in ihrem Koalitionsvertrag vom Februar 2019 zu einer Stärkung ihrer Antidiskriminierungspolitik verpflichtet,

CDU Hessen und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Hessen, Aufbruch im Wandel durch Haltung, Orientierung und Zusammenhalt, Koalitionsvertrag für die 20. Legislaturperiode, <https://www.cduhessen.de/koalitionsvertrag/> S. 28, (zuletzt abgerufen am 23.08.2022; im Folgenden: Koalitionsvertrag).

Neben einer konsequenten und ressortübergreifenden Umsetzung der Hessischen Antidiskriminierungsstrategie und einem Ausbau der Antidiskriminierungsstelle des Landes,

Hessisches Ministerium für Soziales und Integration, Hessische Antidiskriminierungsstrategie: Für Vielfalt, Akzeptanz und gesellschaftlichen Zusammenhalt, https://soziales.hessen.de/sites/soziales.hessen.de/files/2021-10/0356_hessische_antidiskriminierungsstrategie_2019.pdf, Oktober 2018 (zuletzt abgerufen am 23.08.2022),

will sie hierzu prüfen, ob ein Landesantidiskriminierungsgesetz zur Verwirklichung der Ziele dieser Strategie hilfreich sein kann,

CDU Hessen und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Hessen, Koalitionsvertrag, S. 28.

Umfassende Antidiskriminierungsgesetzgebung besteht bislang insbesondere auf Bundesebene seit der Verabschiedung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) im August 2006,

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14.08.2006, BGBl. I S. 1897, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 23.05.2022, BGBl. I S. 768.

Den Anstoß für dieses Gesetz gab dabei zuvörderst das Recht der Europäischen Union, das in seinen vier Antidiskriminierungsrichtlinien zahlreiche detaillierte Rechtsbefehle zur Schaffung diskriminierungsschutzrechtlicher Regelwerke im Recht der Mitgliedstaaten vorhält,

siehe die Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29.06.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. EG Nr. L 180 v. 19.07.2000, S. 22 (im Folgenden: RL 2000/43/EG);

die Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. EG Nr. L 303 vom 02.12.2000, S. 16 (im Folgenden: RL 2000/78/EG);

* Die vorliegende Untersuchung basiert auf einem Gutachten, welches ich im Oktober 2017 für das Ministerium für Familie, Frauen, Jugend, Integration und Verbraucherschutz von Rheinland-Pfalz angefertigt habe. Der Text wurde umfassend aktualisiert, mit Blick auf die Spezifika des hessischen Landesrechts modifiziert und weiterentwickelt und entlang des hiesigen Gutachtenauftrags erweitert. Das Gutachten verwendet sowohl das generische Femininum als auch das generische Maskulinum und schließt dabei jeweils alle Personen anderen Geschlechts, inklusive nicht-binäre Personen, mit ein.

die Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.11.2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. EG Nr. L 269 vom 05.10.2002, S. 15, nunmehr in der Fassung der Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 05.07.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABl. EU Nr. L 204 vom 26.07.2006, S. 23 (im Folgenden: RL 2006/54/EG); siehe hier auch ergänzend die Richtlinie 2010/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.07.2010 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbsarbeit ausüben, und zur Aufhebung der Richtlinie 86/613/EWG des Rates, ABl. EU Nr. L 180 vom 15.07.2010, S. 1 (im Folgenden: RL 2010/41/EU);

sowie die Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. EU Nr. L 373 vom 21.12.2004, S. 37 (im Folgenden: RL 2004/113/EG).

Das AGG bewirkt jedoch vielerorts keine vollständige Richtlinienumsetzung. Dies ist zum einen auf Defizite des Gesetzes zurückzuführen, die seit geraumer Zeit beklagt werden,

siehe *Berghahn/Klapp/Tischbirek*, Evaluation des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, Reihe der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Nomos 2016, passim, dazu auch noch unten S. 20,

und bei einer Gesetzesreform abzustellen wären,

vgl. auch SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, FDP, Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag 2021-2025 vom 07.12.2021, https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf, S. 96 (zuletzt abgerufen am 23.08.2022).

Zum anderen kann das AGG als Bundesgesetz bestimmte Regelungsmaterien bereits aufgrund der bundesstaatlichen Kompetenzordnung des Grundgesetzes (GG) nicht erreichen. Hier bleibt es die Pflicht der Länder, für ihren Kompetenzbereich die Befehle der EU-Richtlinien umzusetzen und das geforderte Schutzniveau zu garantieren,

dazu allgemein *Tischbirek*, Antidiskriminierungsgesetzgebung der Länder im Mehrebenensystem, Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG) 2017, S. 165 ff.

Dies hat das Land Berlin – als bislang einziges Bundesland – bewogen, ein allgemeines Landesantidiskriminierungsgesetz zu schaffen,

Landesantidiskriminierungsgesetz (LADG) vom 11.06.2020, GVBl. Nr. 29, S. 522 ff.

Andere Bundesländer befassen sich zuletzt jedoch ebenfalls intensiv mit dem Thema,

für einen vergleichenden Überblick zum antidiskriminierungsrechtlichen Diskussionsstand in den einzelnen Ländern siehe *Mediendienst Integration*, Meldung vom 08.06.2021, <https://mediendienst-integration.de/artikel/ziehen-andere-bundeslaender-beim-ladg-nach.html> (zuletzt abgerufen am 24.08.2022).

Dabei ist das Recht der einzelnen Bundesländer auch in Ermangelung umfassender landesrechtlicher „Parallelgesetze“ zum AGG nicht gänzlich frei von diskriminierungsschutzrechtlichen Mechanismen. Erstens binden die Diskriminierungsverbote insbes. des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG und des Art. 21 der Grundrechte-Charta der Europäischen Union (GRCh) auch die Länder unmittelbar,

vgl. insofern – aus landesrechtlicher Perspektive – Art. 64 der Verfassung des Landes Hessen (Verf HE).

Zweitens enthalten viele Landesverfassungen weitere, spezielle Diskriminierungsverbote; das Land Hessen führt ein solches gar an der Spitze seiner Verfassung,

vgl. Art. 1 Verf HE mit seinem Verbot von Ungleichbehandlungen insbesondere aufgrund des Geschlechts, der Rasse, der Herkunft, der religiösen und der politischen Überzeugung sowie einem besonderen Gleichstellungsauftrag von Frauen und Männern; vgl. ferner Art. 134 Verf HE, der dieses Verbot für den Zugang zu öffentlichen Ämtern wiederholt.

Drittens bestehen diskriminierungsschutzrechtliche Einzelgesetze, die bereichsspezifisch bestimmte Diskriminierungssituationen mit größerer Präzision regulieren. Für das Land Hessen sind hier insbesondere das Behindertengleichstellungsgesetz,

Hessisches Gesetz zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (HessBGG) vom 20.12.2004, GVBl. I 2004 S. 482,

sowie das Gleichberechtigungsgesetz,

Hessisches Gesetz über die Gleichberechtigung von Frauen und Männern und zum Abbau von Diskriminierungen von Frauen in der öffentlichen Verwaltung (HGIG) vom 20.12.2015, GVBl. 2015 S. 637,

zu nennen.

Ferner hält das hessische Landesrecht einzelne Normen mit diskriminierungsschutzrechtlichem Charakter in manchen Fachgesetzen vor,

siehe etwa § 6 des Hessischen Hochschulgesetzes (HessHG) vom 14.12.2021, GVBl. 2021, 931, der u.a. in Abs. 2 auf einzelne Normen des AGG verweist.

Damit stellen sich für den rechtlichen Diskriminierungsschutz in Hessen gleich mehrere Fragen: Zunächst und zuvörderst gilt es zu klären, ob die bestehenden Regelungen des Landesrechts zur Umsetzung der Vorgaben des höherrangigen Rechts, insbesondere des EU-Richtlinienrechts, genügen oder ob es hier weiterer, ergänzender Gesetzgebung bedarf (II.). Doch selbst dort, wo formell die Vorgaben des höherrangigen Rechts erfüllt sind, bleibt unter Rückgriff auf bestehende empirische Studien zu fragen, ob die aktuellen Regelungen auch tatsächlich die gewünschte Wirkung erzielen, indem sie hinreichend effektiven Diskriminierungsschutz gewähren (III.). Ferner ist auf die institutionellen Rahmenbedingungen des Diskriminierungsschutzes in Hessen zu blicken (IV.). Die wesentlichen Ergebnisse sind schließlich kurz zusammenzufassen (V.) und in einige Schlussfolgerungen umzumünzen (VI.).

II. Umsetzungsdefizite im Diskriminierungsschutzrecht Hessens

Zur Feststellung etwaiger Umsetzungsdefizite im Diskriminierungsschutzrecht des Landes Hessen sind zunächst diejenigen Befehle der EU-Antidiskriminierungsrichtlinien zu identifizieren, die sich aufgrund der Kompetenzverteilung des Grundgesetzes an den hessischen Landesgesetzgeber als umsetzende Körperschaft richten (1.), um sodann das bestehende hessische Landesrecht dahingehend zu untersuchen, ob die jeweiligen Umsetzungsbefehle erfüllt worden sind (2.).

1. Unionsrechtliche Vorgaben

Die vier Antidiskriminierungsrichtlinien des EU-Rechts – die RL 2000/43/EG, die RL 2000/78/EG, die RL 2006/54/EG und die RL 2004/113/EG – bilden zwar strukturell eine Einheit, indem ihnen nicht nur das Regelungsziel der Diskriminierungsabwehr, sondern auch manches Regelungsinstrumentarium gemeinsam ist. Gleichwohl unterscheiden sich die vier Richtlinien mitunter erheblich, was ihren jeweiligen Regelungsbereich angeht. Daher ist im Folgenden nach den vier Richtlinien zu differenzieren und jeweils zu fragen, welche Rechtspflichten sie gegenüber dem Landesgesetzgeber begründen.

a) Die Antirassismusrichtlinie (RL 2000/43/EG)

Den im Vergleich der vier Richtlinien weitesten Geltungsbereich genießt die sogenannte Antirassismusrichtlinie, die RL 2000/43/EG. Ihr Geltungsbereich wird in Art. 3 Abs. 1 wie folgt beschrieben:

„Im Rahmen der auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten gilt diese Richtlinie für alle Personen in öffentlichen und privaten Bereichen, einschließlich öffentlicher Stellen, in bezug auf:

- a) die Bedingungen – einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen – für den Zugang zu unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit, unabhängig von Tätigkeitsfeld und beruflicher Position, sowie für den beruflichen Aufstieg;

- b) den Zugang zu allen Formen und allen Ebenen der Berufsberatung, der Berufsausbildung, der beruflichen Weiterbildung und der Umschulung einschließlich der praktischen Berufserfahrung;
- c) die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich Entlassungsbedingungen und Arbeitsentgelt;
- d) die Mitgliedschaft und Mitwirkung in einer Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberorganisation oder einer Organisation, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören, einschließlich der Inanspruchnahme der Leistungen solcher Organisationen;
- e) den Sozialschutz, einschließlich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste;
- f) die sozialen Vergünstigungen;
- g) die Bildung;
- h) den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum.“

Ein Abgleich mit der Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen in der Bundesrepublik Deutschland, wie sie die Art. 70 bis 74 GG vornehmen, ergibt, dass der Geltungsbereich der Richtlinie sowohl Materien betrifft, die in der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes liegen, als auch solche, die der Kompetenz der Länder unterfallen.

Dem steht auch nicht bereits grundsätzlich die Einschränkung gleich zu Beginn der soeben zitierten Richtlinienvorschrift entgegen, wonach die Antirassismusrichtlinie nur „im Rahmen der auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten“ gelten soll. Die Richtlinie zitiert hier ihre Rechtsgrundlage im EU-Primärrecht, nämlich Art. 19 Abs. 1 AEUV, die Nachfolgevorschrift des Art. 13 EGV. Hier wie dort macht es das europäische Recht zur Voraussetzung, dass die Union überhaupt zu einem Tätigwerden in den jeweiligen Sachbereichen befugt sein muss, damit dort auch die speziellen Diskriminierungsschutzregeln der EU greifen. Der EU kommt also keine generelle Zuständigkeit für die Bekämpfung rassistischer Diskriminierungen zu. Eine solche Zuständigkeit ergibt sich stattdessen als Annex zu den übrigen Sachkompetenzen der Union. Dabei genügt allerdings jede materielle Zuständigkeit der Union für eine bestimmte Sachmaterie – auch eine solche kraft Sachzusammenhangs –, ohne dass es auf das Bestehen konkreter unionaler Rechtssetzungsakte ankäme. Auch wenn die Union in einer bestimmten Materie noch kein Sekundärrecht erlassen hat, besteht der unionsrechtliche Diskriminierungsschutz, solange die EU nur abstrakt zu eigenem Tätigwerden ermächtigt ist,

Epiney, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, AEUV Art. 19 Rn. 7; *Grabewarter/Struth*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Loseblatt (75. Ergänzungslieferung Januar 2022), AEUV Art. 19 Rn. 17 f.; *Streinz*, in: ders., EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, AEUV Art. 19 Rn. 13 ff.

Damit ergeben sich aus diesem ersten Halbsatz des Art. 3 Abs. 1 RL 2000/43/EG einige Präzisierungen für die Reichweite der Richtlinie und damit für ihre Steuerungsintensität auch gegenüber den einzelnen Bundesländern. Für die weitere Untersuchung bedeutet dies, dass eine unmittelbare Adressierung des Landesgesetzgebers durch die Antirassismusrichtlinie zwei parallele Kompetenzbestände voraussetzt: Die in der Richtlinie benannten Sachmaterien müssen zum einen mit einer abstrakten Zuständigkeit der EU und zum anderen mit einer innerstaatlichen Zuständigkeit der Länder korrespondieren.

(1) Art. 3 Abs. 1 lit. a bis c RL 2000/43/EG listet zunächst die Bedingungen für den Zugang zu unselbstständiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit sowie für den beruflichen Aufstieg, den Zugang zu Berufsberatung und -ausbildung, beruflicher Weiterbildung und Umschulung sowie die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen auf. Die zunächst erforderliche abstrakte Unionszuständigkeit für diese Materien kann sich hier zum einen aus Titel IX des AEUV ergeben,

ausdrücklich nennt *Simon*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Loseblatt (75. Ergänzungslieferung Januar 2022), AEUV Art. 145 Rn. 22, „die Bekämpfung von Ungleichheiten und Diskriminierung aller Art“ gar als eigenständigen Gegenstandsbereich der koordinierten Beschäftigungsstrategie. Siehe diesbezüglich auch den Verweis des Art. 145, letzter Halbsatz, AEUV auf Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EUV. Für die Möglichkeit eines weiten Verständnisses der koordinierten Beschäftigungsstrategie, welches ohnehin das gesamte Arbeitsrecht mit einschließt: *Krebber*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, AEUV Art. 145 Rn. 6.

Für die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen bestehen zudem Unionszuständigkeiten nach Art. 153 Abs. 1 lit. a, b, d und g AEUV, für den Zugang zu unselbstständiger und selbstständiger Erwerbsarbeit nach Art. 153 Abs. 1 lit. h AEUV und für die berufliche Bildung nach Art. 166 AEUV.

Schließlich kann die Zuständigkeit der Union bei grenzüberschreitenden Sachverhalten aus den Ermächtigungsgrundlagen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit nach den Art. 46 und 48 AEUV folgen, da Diskriminierungen im Arbeitsleben zugleich als rechtfertigungsbedürftige Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit zu werten wären,

grundlegend zum Verständnis der Arbeitnehmerfreizügigkeit als Beschränkungsverbot: *EuGH*, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 (Bosman), Rn. 94 ff.; zur großzügigen Handhabung des Erfordernisses eines „grenzüberschreitenden Bezugs“: *EuGH*, Rs. C-212/05, Slg. 2007, I-6303 (Hartmann), Rn. 15–19; Rs. C-287/05, Slg. 2007, I-6909 (Hendrix), Rn. 46; Rs. C-182/06, Slg. 2007, I-6705 (Lakebrink), Rn. 15, 16; Rs. C-527/06, Slg. 2008, I-7735 (Renneberg) Rn. 36, 37.

Nur für die Arbeitnehmerfreizügigkeit ist freilich auf Art. 45 Abs. 4 AEUV hinzuweisen, wonach die Arbeitnehmerfreizügigkeit „keine Anwendung auf die Beschäftigung in der

öffentlichen Verwaltung“ finden soll. Diese Bereichsausnahme ist jedoch nach gefestigter Rechtsprechung des EuGH eng auszulegen. Sie erfasst nur die unmittelbare Verwaltung und hier auch nur solche Stellen, die auch inhaltlich der öffentlichen Verwaltung im engeren Sinne zuzuordnen sind, indem sie im engen Zusammenhang mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse stehen. Stellen im Dienst von natürlichen oder juristischen Personen des Privatrechts sind unabhängig von der konkreten inhaltlichen Tätigkeit nicht erfasst. Die Bereichsausnahme betrifft ferner nur den Zugang zur Beschäftigung. Ist eine Person einmal eingestellt worden, gilt die Arbeitnehmerfreizügigkeit in vollem Umfang hinsichtlich der Entlohnung und der sonstigen Arbeitsbedingungen, dazu *Brechmann*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, AEUV Art. 45 Rn. 110 ff. m.w.N.

Die in Art. 3 Abs. 1 lit. a bis c RL 2000/43/EG aufgelisteten Sachmaterien liegen innerstaatlich zu großen Teilen in der Regelungskompetenz des Bundes. Dies unterstreicht die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes jedenfalls für das private Dienst-, Arbeits- und Werkvertragsrecht in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1, 11, 12 und 13 GG, von welcher der Bund in zahlreichen Gesetzen auch regen (und damit in aller Regel abschließenden) Gebrauch gemacht hat.

Wenn Art. 3 Abs. 1 RL 2000/43/EG jedoch einleitend klarstellt, dass die Richtlinie ihren Geltungsbereich ausdrücklich nicht nur auf den Privatrechtsverkehr beschränkt, sondern auch auf „alle Personen in öffentlichen [...] Bereichen“ erstreckt wissen will, reicht dies über die soeben genannten Bundeskompetenzen hinaus. Die Richtlinie beansprucht dann auch Geltung im Recht der öffentlichen Dienstverhältnisse, also auch im Beamtenrecht,

so auch die Gesetzesbegründung zum AGG, BT-Drs. 16/1780, S. 49.

Hier ist die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern allerdings ungleich komplizierter. Dem Bund steht für seine eigenen Beamten nach den Art. 71 und 73 Abs. 1 Nr. 8 GG zwar eine ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit zur Seite. Für das Recht der Landesbeamtinnen ist dies jedoch anders. Hier hatte der Bund bis zur Föderalismusreform vom September 2006 immerhin noch eine „rahmenrechtliche“ Verbandskompetenz (vgl. Art. 74a und 75 GG a.F.), die sodann jedoch in großen Teilen auf die Länder zurückübertragen worden war. Seither obliegt dem Bund im Landesbeamtenrecht nur noch die Regelung der „Statusrechte und -pflichten“. Im Übrigen dürfen die Länder die Einzelheiten zur Beamtinnenlaufbahn, -besoldung und -versorgung festlegen, vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG. Zugleich hat man sich bei der Föderalismusreform 2006 auf eine Übergangsregelung verständigt, welche den Grundsatz des Art. 31 GG, wonach Bundesrecht Landesrecht bricht, punktuell umkehrt. Nach Art. 125a Abs. 1 GG sollen im Bereich der auf die Länder zurückübertragenen Materien – also auch der hier genannten des Landesbeamtenrechts – die alten Bundesgesetze von vor 2006 so lange fortgelten, bis die Länder hier eigene, abweichende Gesetze verabschieden. Dieser Mechanismus stellt eine Besonderheit dar, die jedoch direkte Auswirkungen auf die

Frage nach Umsetzungsdefiziten von Richtlinienrecht hat (dazu unten S. 16 ff.). Vorerst bleibt damit festzuhalten: Beim Recht der öffentlichen Dienstverhältnisse kommt es zu Überschneidungen zwischen dem sachlichen Geltungsbereich der Antirassismusrichtlinie und der Gesetzgebungszuständigkeit der Länder. Allerdings gelten hier bestimmte bundesrechtliche Regelungen, die vor der Föderalismusreform 2006 erlassen wurden, übergangsweise fort, obwohl der Bund seine Gesetzgebungszuständigkeit mittlerweile verloren hat.

(2) Ähnliches gilt für den Sozialschutz, einschließlich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste. Eine (abstrakte) Unionszuständigkeit ergibt sich aus Art. 153 Abs. 1 lit. c und k AEUV sowie Art. 160 AEUV,

dem Ausschuss für Sozialschutz können dabei nach gewichtigen Ansichten in der Literatur über die Ermächtigung zu beratenden Tätigkeiten hinaus im Einzelfall sogar Gesetzgebungsbefugnisse zukommen, die auf Art. 160 Abs. 1 Satz 2, 3. Spiegelstrich a.E. AEUV („auf andere Weise“) gestützt werden, dazu *Krebber*, in: *Calliess/Ruffert, EUV/AEUV*, 6. Auflage 2022, AEUV Art. 161 Rn. 3,

bei grenzüberschreitenden Sachverhalten zudem wiederum aus den Grundfreiheiten, insbesondere der Arbeitnehmerinnenfreizügigkeit (Art. 45 AEUV).

Innerstaatlich liegt der Großteil der hier in Bezug genommenen Regelungen zwar wiederum in der (konkurrierenden) Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes – wie insbesondere Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 und 19a GG zeigen. Der Bund hat diese Gesetzgebungszuständigkeit in den Sozialgesetzbüchern und zahlreichen anderen Gesetzen auch tatsächlich ausgeübt und damit wiederum weitgehend als abschließend zu bezeichnende Regelungen geschaffen. Doch auch hier verbleiben den Ländern Regelungskompetenzen. Dies gilt insbesondere für Sozialschutzregelungen, die etwa als Annex zum öffentlichen Dienstrecht der Länder fungieren – als Beispiel seien etwa landesrechtliche Beihilferegelungen genannt. Auch das sogenannte „Heimrecht“ muss als Teilbereich des Sozialschutzes gelten; es ist ebenfalls mit der Föderalismusreform des Jahres 2006 in die Länderzuständigkeit zurückgekehrt. Auch hier gilt hergebrachtes Bundesrecht allerdings nach Art. 125a Abs. 1 GG i.V.m. Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG a.F. übergangsweise fort.

(3) Weitaus gewichtigere Regelungskompetenzen der Länder sind indessen mit Art. 3 Abs. 1 lit. f RL 2000/43/EG angesprochen. Wo die Richtlinie hier den Begriff der „sozialen Vergünstigungen“ für sich stehen lässt, berührt dies ein weites Feld unterschiedlichster Sachverhalte, die auch und gerade das Handeln der Länder prägen. Denn der Begriff der sozialen Vergünstigung ist europarechtlich weit auszulegen. Die Europäische Kommission propagiert hier ein Verständnis, dass gar „alle Vorteile wirtschaftlicher oder kultureller Art, die entweder von öffentlichen Stellen oder von privaten Einrichtungen gewährt werden“, umfasst. Als soziale Vergünstigung gelten – neben solchen im Arbeitsverhältnis – dann kostenlose oder verbilligte Fahrten in öffentlichen Verkehrsmitteln ebenso wie Preisnachlässe auf Eintrittskarten in

Schwimmbädern und Museen etc. oder verbilligte Mahlzeiten in der Schule für Kinder aus einkommensschwachen Familien,

vgl. *Thüsing*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. I, 9. Auflage 2021, AGG § 2 Rn. 24 unter Verweis auf KOM (1999) 566 vom 25.11.1999, S. 8, und m.w.N.

Während hier die innerstaatliche Zuständigkeit der Länder für eine Vielzahl an Sachverhalten offenkundig ist, kann die erforderliche abstrakte Zuständigkeit der Union zweifelhaft sein. Hier wird im Einzelfall zu prüfen sein, inwiefern Handlungsbefugnisse der EU bestehen, die den Richtlinienenschutz auslösen, insbesondere bei potenziell grenzüberschreitenden Bezügen. Hinzuweisen ist auf das weite Feld der sozialen Vergünstigungen, die an einen Arbeitsvertrag anknüpfen, welche unionsrechtlich prominent in Art. 7 Abs. 2 der VO 492/2011 geregelt sind,

Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, ABl. EU Nr. L 141 vom 27.05.2011, S. 1, ihrerseits gestützt auf Art. 46 AEUV.

Zugleich ist auch in diesem Zusammenhang die weitreichende Ermächtigung der Union aus Art. 153 Abs. 1 lit. j AEUV zu nennen. Schließlich können auch die erwähnten Preisnachlässe in Schwimmbädern und Museen etc. über die Grundfreiheiten in die Zuständigkeit der EU fallen, wie das Urteil des EuGH zur passiven Dienstleistungsfreiheit in der Rechtssache Kommission gegen Italien beweist,

Rs. C-388/01, Slg. 2003, I-00721. Kommunale Museen und Denkmäler in Italien konnten damals von „Einheimischen“ zu einem vergünstigten Eintrittspreis besichtigt werden. Der EuGH wertete dies als Verstoß gegen europäisches Recht, an dessen Anwendbarkeit er keinen Zweifel ließ, obwohl die Eintrittsregelungen lediglich dezentrale und kommunale staatliche Einrichtungen betrafen (vgl. insbes. Rn. 26 ff.).

Bei solchen Störungen der Grundfreiheiten nimmt der EuGH sodann eine Harmonisierungskompetenz der Union nach Art. 114 AEUV an, vgl. Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419 (Tabakwerberichtlinie), Rn. 82 ff. (st. Rspr.).

(4) Eine ebenso wichtige und derart zentrale Länderzuständigkeit, dass sie kaum einer weiteren kompetenzrechtlichen Erläuterung bedarf, ist ferner in Art. 3 Abs. 1 lit. g RL 2000/43/EG angesprochen: die Bildung. Kindergärten, Schulen, Hochschulen und Volkshochschulen sind hier ebenso gemeint wie Bibliotheken und Museen. Betroffen ist somit eine Kernkompetenz der Länder im bundesstaatlichen Gefüge, die zudem gemäß Art. 165 AEUV auf eine Zuständigkeit auch der Union trifft und damit vollumfänglich zu einer Anwendbarkeit der Richtlinie führt.

(5) Ähnlich weit wie die beiden zuvor genannten Materien ist auch die letzte Bereichsdefinition des Art. 3 Abs. 1 lit. h RL 2000/43/EG. Mit dem „Zugang zu und [der] Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ ist wiederum eine Vielzahl unterschiedlichster Sachverhalte angesprochen, die neben dem Bundeshandeln auch Handlungen der Länder angehen. Zugrunde zu legen ist dabei eine europarechtlich weite Definition der „Güter und Dienstleistungen“. Denn für Dienstleistungen im Sinne des EU-Rechts reicht es aus, dass diese typischerweise gegen ein „Entgelt“ erbracht werden,

Randelzhofer/Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Loseblatt (75. Ergänzungslieferung Januar 2022), AEUV Art. 57 Rn. 32 ff. und 44 ff. Der unionsrechtliche Dienstleistungsbegriff ist somit ein anderer als der volkswirtschaftliche, der auf den sog. „tertiären Sektor“ zielt. Zum Gleichlauf des diskriminierungsschutzrechtlichen Dienstleistungsbegriffs mit demjenigen des Art. 57 AEUV, siehe BT-Drs. 16/1780 v. 08.06.2006, S. 32.

Insbesondere hat der EuGH festgehalten, dass auch staatliche Handlungen als Dienstleistungen gelten können – jedenfalls solche die nicht allein oder ganz überwiegend aus dem Staatshaushalt finanziert werden –, zumal weder eine Gewinnerzielungsabsicht, noch das Bestehen einer Gegenleistungspflicht der Leistungsempfängerin erforderlich sind,

Randelzhofer/Forsthoff, a.a.O., Rn. 46 unter Verweis auf *EuGH*, Rs. 352/85, Slg. 1988, 2085 (Bond van Adverteerders), Rn. 16; Rs. C-157/99, Slg. 2001, I-5473 (Smits) Rn. 47-59; Rs. C-422/01, Slg. 2003, I-6817 (Skandia), Rn. 24; *EuGH*, Rs. C-76/05, Slg. 2007, I-6849 (Schwarz), Rn. 41; Rs. C-281/06, Slg. 2007, I-12 231 (Jundt) Rn. 33.

Erfasst ist damit zwar nicht bereits das allgemeine Verwaltungshandeln, das rein haushaltsfinanziert und entgeltfrei erfolgt. Als Dienstleistung im Sinne des Unionsrechts kann jedoch staatliches Handeln fallen, bei dem der Staat – trotz auch sozialer Motive – äußerlich unternehmerähnlich auftritt und sich über leistungsbezogene Gebühren etc. finanziert. Angesprochen sind hier so unterschiedliche Bereiche wie die Überlassung kostengünstigen Wohnraums, die Gas- und Wassergesellschaften, die Kultur- und Verkehrsbetriebe der Städte und des Landes, die Sparkassen usw.

Eine Einengung dieses in der Antirassismusrichtlinie benannten, weiten Feldes kann sich hier einmal mehr aus dem Zuständigkeitsbestand der EU ergeben. Wiederum gilt, dass dieses Gutachten bei der großen Vielzahl der zunächst angesprochenen Fälle eine genaue Einzelfallprüfung nicht ersetzen kann. Gleichwohl zeigt bereits der Blick auf die breiten abstrakten Zuständigkeiten der Union in Bereichen wie der Verkehrspolitik (und hier insbesondere in Grenznähe, vgl. Art. 90 ff. AEUV), der Sozialpolitik (Art. 151 ff. AEUV), der Bildungs-, Jugend- und Sportpolitik (Art. 165 f. AEUV), der Kulturpolitik (Art. 167 AEUV), der Gesundheitspolitik (Art. 168 AEUV), dem Verbraucherschutz (Art. 169 AEUV), der Umweltpolitik (Art. 191 ff. AEUV) und der Energiepolitik (Art. 194 AEUV), dass es zu großflächigen Überschneidungen

kommt, bei denen das staatliche Handeln der Länder und ihrer Untergliederungen an die Richtlinienbefehle gebunden ist.

b) Die Rahmenrichtlinie (RL 2000/78/EG)

Die RL 2000/78/EG ist im Zuschnitt – wie sich sogleich zeigen wird – sowohl enger als auch weiter als die Antirassismusrichtlinie. Während die Antirassismusrichtlinie allein der Bekämpfung rassistischer Diskriminierungen dient, stellt die sogenannte Rahmenrichtlinie einen ganzen Katalog verpönter Diskriminierungskategorien auf. Ihr Art. 1 benennt demnach die Religion oder die Weltanschauung, eine Behinderung, das Alter und die sexuelle Orientierung als grundsätzlich verbotene Unterscheidungskriterien. Insofern greift die RL 2000/78/EG inhaltlich über die Antirassismusrichtlinie hinaus. Dies geht jedoch mit einem deutlich verkürzten Geltungsbereich der Rahmenrichtlinie einher. Denn anders als die Antirassismusrichtlinie erfasst sie lediglich die berufsbezogenen privaten und öffentlichen Materien, die in Art. 3 Abs. 1 lit. a bis d RL 2000/78/EG genannt sind,

die Rahmenrichtlinie ist in ihrem Art. 3 Abs. 1 lit. a bis d fast wortgleich zum oben wiedergegebenen Art. 3 Abs. 1 lit. a bis d RL 2000/43/EG.

Für die weiteren Materien des Art. 3 Abs. 1 lit. e bis h RL 2000/43/EG findet sich in der RL 2000/78/EG hingegen kein entsprechender Anwendungsbefehl. Im Gegenteil schließt Art. 3 Abs. 3 RL 2000/78/EG „Leistungen seitens der staatlichen Systeme“ wie etwa des „sozialen Schutzes“ ausdrücklich aus ihrem Geltungsbereich aus.

Für die Frage der damit erfassten Landeszuständigkeiten kann daher für die Richtlinie 2000/78/EG auf das oben unter Punkt (1) zur Antirassismusrichtlinie Gesagte, nicht jedoch auch auf die Punkte (2) bis (5) verwiesen werden.

c) Die Genderrichtlinie (RL 2006/54/EG)

Die sogenannte Genderrichtlinie widmet sich wiederum nur einer Diskriminierungskategorie, nämlich derjenigen des Geschlechts, vgl. Art. 1 Abs. 1 RL 2006/54/EG.

Hier wird man – ebenso wie bei der RL 2004/113/EG (dazu sogleich) – „Geschlecht“ als „geschlechtliche Identität“ deuten müssen, womit auch Trans-, Inter- und nichtbinäre Personen geschützt sind. Zwar mag der damalige Richtliniengeber – durchaus binär – die Gleichstellung von Männern und Frauen vor Augen gehabt haben, wie etwa der Titel der Richtlinie zunächst nahelegt. Die Definitionen des Art. 2 der RL 2006/54/EG sprechen indessen von „Geschlecht“ und lassen eine solche Auslegung ohne Weiteres zu. Ein weites Verständnis der Richtlinie legt nicht zuletzt auch das Bundesverfassungsgericht seinem Urteil zur „Dritten Option“ zugrunde, wenn es sich zur Begründung seiner nichtbinären Geschlechtskonzeption bei Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ausdrücklich auf EuGH-Rechtsprechung zur Vorgängerrichtlinie der RL 2006/54/EG bezieht, vgl.

BVerfGE 147, 1 <63> unter Verweis auf *EuGH*, Rs. C-13/94, Slg. 1996, I-2143 (P./S. und Cornwall County Council), Rn. 20.

Wenngleich sie darin der Antirassismusrichtlinie ähnlich ist, orientiert sich ihr Geltungsbereich eher an demjenigen der Rahmenrichtlinie. Wie dort bezieht sie sich auf „den Zugang zur Beschäftigung einschließlich des beruflichen Aufstiegs und der zur Berufsbildung“ und „die Arbeitsbedingungen einschließlich des Entgelts“, vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. a und b RL 2006/54/EG. Diesbezüglich kann folglich wieder auf die obige Darstellung zur Antirassismusrichtlinie unter Punkt a. (1) verwiesen werden.

Als dritten und letzten Unterpunkt ihres Geltungsbereichs nennt die Genderrichtlinie ferner „betriebliche Systeme der sozialen Sicherheit“, siehe Art. 1 Abs. 2 lit. c. Damit erkennt sie – letztlich rein deklaratorisch – eine gefestigte *EuGH*-Rechtsprechung an, die etwa auch betriebliche Altersvorsorgemechanismen als Teil des „Arbeitsentgelts“ erfasst. Art. 1 Abs. 2 lit. c RL 2006/54/EG hat somit eine klarstellende Funktion, die jedoch keine Erweiterung des Geltungsbereichs der Richtlinie gegenüber Art. 1 Abs. 2 lit. b bewirkt,

vgl. die Rechtsprechungslinie ausgehend von *EuGH*, Rs. 170/84, Slg. 1986, I-1620 (Weber von Hartz v. Bilka), Rn. 14 ff. Siehe auch die Erwägungsgründe 13 und 14 und Art. 2 Abs. 1 lit. e RL 2006/54/EG.

d) Die RL 2004/113/EG

Die an das Arbeitsverhältnis anknüpfende RL 2006/54/EG wird jedoch durch die RL 2004/113/EG ergänzt, die ein Verbot der Geschlechterdiskriminierung unabhängig vom Arbeitsleben auch generell für den Zugang zu Waren und Dienstleistungen fordert. Die RL 2004/113/EG greift diesbezüglich die Formulierung der Antirassismusrichtlinie auf, wenn sie in Art. 3 Abs. 1 Geltung für „alle Personen, die Güter und Dienstleistungen bereitstellen, die der Öffentlichkeit [...] zu Verfügung stehen“ beansprucht. Ausdrücklich weist sie darauf hin, dass dies auch den „öffentlichen Bereich [...] einschließlich öffentlicher Stellen“ umfasse. Als Einschränkungen gegenüber der Antirassismusrichtlinie, stellt die RL 2004/113/EG jedoch weitere Tatbestandsmerkmale in die Definition ihres Geltungsbereichs ein. Demnach sollen nur solche Güter und Dienstleistungen betroffen sein, die erstens „ohne Ansehen der Person“ der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen und zweitens „außerhalb des Bereichs des Privat- und Familienlebens“ angesiedelt sind, vgl. Art. 3 Abs. 1 RL 2004/113/EG. Ferner nimmt Art. 3 Abs. 3 RL 2004/113/EG „den Inhalt von Medien und Werbung“ sowie den „Bereich der Bildung“ von der Richtliniengeltung aus. Unter diesen Maßgaben kann jedoch im Übrigen auf die obigen Ausführungen zur Antirassismusrichtlinie unter Punkt (5) verwiesen werden. Wie dort eröffnet sich hier ein weites Feld von Tätigkeiten auch der Länder, die von der Richtlinie 2004/113/EG erfasst werden.

e) Zwischenergebnis: Abgestufte Regelungsintensität der EU-Antidiskriminierungsrichtlinien gegenüber dem Recht der Bundesländer

Aus der Perspektive der Bundesländer lässt sich somit festhalten: Der grundgesetzliche Handlungsspielraum der Länder ist in erheblichen Teilen durch das EU-Antidiskriminierungsrecht überwölbt. Die Intensität und die Reichweite dieser Überlagerung hängen jedoch zum einen von der jeweiligen Sachmaterie ab. Zum anderen ergeben sich Unterschiede mit Blick auf die verschiedenen Diskriminierungskategorien. Am weitesten reicht das unionsrechtliche Verbot rassistischer Diskriminierungen in das Landesrecht hinein. Hier wird nicht nur das öffentliche Dienstrecht in seinen verschiedenen Aspekten vom Berufszugang über die berufliche Weiterbildung, die Beschäftigungsbedingungen bis hin zum Entgelt erfasst. Auch der Sozialschutz sowie der gesamte Bildungsbereich werden durch die Antirassismusrichtlinie umspannt. Sofern sich das Richtlinienrecht darüber hinaus auf die potenziell sehr weiten Bereiche der sozialen Vergünstigungen und besonders des „Zugangs zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ bezieht, bleibt im Einzelfall die (abstrakte) Zuständigkeit der EU für den jeweiligen Sachverhalt zu prüfen bzw. die Dienstleistungseigenschaft der konkreten Tätigkeit zu klären. Angesichts des weiten Kompetenzbestands der Union, der nunmehr – auf die ein oder andere Art und Weise – in fast alle Politikbereiche hineinreicht, sowie des weiten unionsrechtlichen Dienstleistungsbegriffs dürfte jedoch eine erhebliche Zahl von Sachverhalten auch hier von der Antirassismusrichtlinie erfasst sein.

Vergleichsweise weit reichen auch die EU-Richtlinien bei Geschlechterdiskriminierungen in das Recht der Bundesländer hinein. Zwar ist hier der gewichtige Bildungsbereich ausgenommen. Neben dem öffentlichen Dienstrecht beanspruchen die Richtlinien jedoch mit wenigen Einschränkungen wiederum Geltung für den Zugang zu Gütern und Dienstleistungen.

Bei Diskriminierungen wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters und der sexuellen Orientierung sind die Richtlinienvorgaben an die Bundesländer am wenigsten stark ausgeprägt. Doch selbst hier erfassen sie mit dem öffentlichen Dienstrecht eine für das Landesrecht nicht unerhebliche Materie.

2. Aktueller Stand der Richtlinienumsetzung in Hessen

In einem zweiten Schritt ist nunmehr zu untersuchen, inwieweit die derzeitige Rechtslage in Hessen den soeben skizzierten Vorgaben des höherrangigen Rechts entspricht. Hierbei soll entsprechend der obigen Darstellungsweise zunächst nach den Vorgaben der einzelnen Richtlinien unterschieden werden. Zu berücksichtigen ist dabei nicht nur das einfache Landesrecht, sondern auch das Landesverfassungsrecht sowie einschlägiges Bundesrecht, sofern es – trotz einer kompetenziellen Zuständigkeit des Landes – Geltung beanspruchen kann.

a) Die Antirassismusrichtlinie (RL 2000/43/EG)

Mit Blick auf den weiten Geltungsbereich der Antirassismusrichtlinie überrascht es kaum, dass für diese Richtlinie auch die meisten Umsetzungsdefizite zu beklagen sind. Diese liegen zwar auch bei den materiellen Diskriminierungsverboten, schwerpunktmäßig jedoch bei den flankierenden Vorgaben für die Rechtsdurchsetzung.

(1) Öffentliches Dienstrecht

Einen Sonderfall bei der innerstaatlichen Richtlinienumsetzung bildet das Feld des öffentlichen Dienstrechts. Dies liegt in den bereits oben erwähnten Kompetenzverschiebungen zwischen dem Bund und den Ländern anlässlich der Föderalismusreform vom September 2006 begründet. Mit § 24 Nr. 1 und 2 AGG beansprucht das Gesetz seine Geltung auch für Beamtinnen der Länder, der Gemeinden und Gemeindeverbände sowie der sonstigen der Aufsicht eines Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie für die Richter der Länder. Dies überrascht zunächst. Denn das AGG ist ein Gesetz des Bundes, während das öffentliche Dienstrecht der Länder nach dem Grundgesetz weitestgehend zu den Landeszuständigkeiten zählt,

siehe oben S. 9 ff.

Würde die Regelung des § 24 AGG heute erlassen werden, wäre sie mit Blick auf die Landesbeamtinnen und Landesrichterrinnen verfassungswidrig. Zum damaligen Zeitpunkt des Inkrafttretens des AGG im August 2006 hatte der Bund kurz vor der Föderalismusreform jedoch noch die Rahmengesetzgebungskompetenz auch für das Recht der öffentlichen Dienstverhältnisse der Länder inne, worauf sich das AGG stützen konnte,

vgl. Art. 74a und 75 GG a.F.

Das AGG gilt nunmehr seit September 2006 – soweit es die „Statusrechte und -pflichten“ der Beamten und Richter betrifft – nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG als Bundesrecht fort.

Die „Statusrechte und -pflichten“ im Sinne des GG sind ausweislich der Umschreibung des verfassungsändernden Gesetzgebers insbesondere die folgenden hier relevanten Bereiche:

- Wesen, Voraussetzungen, Rechtsform der Begründung, Arten, Dauer sowie Nichtigkeits- und Rücknahmegründe des Dienstverhältnisses,
- Voraussetzungen und Form der Beendigung des Dienstverhältnisses,
- statusprägende Pflichten und Folgen ihrer Nichterfüllung,
- wesentliche Rechte,

siehe BT-Drs. 16/813, S. 14; dazu eingehend *Wittreck*, in: Dreier, GG, Band II, 3. Auflage 2015, Art. 74 Rn. 135.

Im Übrigen – also bei der Besoldung, der Versorgung, den Laufbahnen (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG) und den „nichtwesentlichen“ Rechten – gilt das AGG nach Art. 125a Abs. 1 GG lediglich so lange auch für die Länder fort, bis diese eigene Gesetze für die Materie verabschieden,

so richtig gesehen vom VG Frankfurt a.M., Beschluss v. 06.08.2009 – 9 L 1887/09 –, DÖV 2009, 868 = NVwZ-RR 2009, 933.

Das Land Hessen verfügt – neben der bereits eingangs erwähnten verfassungsrechtlichen Wiederholung des Diskriminierungsverbots für den Zugang zu öffentlichen Ämtern in Art. 134 VerfHE – zwar über ein detailliertes Landesbeamtenengesetz jüngerer Datums,

Hessisches Beamtenengesetz (HBG) vom 27.05.2013, GVBl. 2013 S. 218,

sowie zahlreiche flankierende Gesetze [siehe etwa das Hessische Besoldungsgesetz (HBesG), das Hessische Beamtenversorgungsgesetz (HBeamtVG) oder das Hessische Disziplinargesetz (HDG)], die ebenfalls nach der Föderalismusreform verkündet wurden. Keines dieser Gesetze hat jedoch umfassend die Bekämpfung rassistischer Diskriminierungen zum Gegenstand und reicht darin über die Schaffung bloßer materieller Benachteiligungsverbote hinaus,

nichts anderes wird man etwa auch über punktuelle Regelungen wie § 61 Abs. 1 des Hessischen Personalvertretungsgesetzes (HPVG) vom 24.03.1988, GVBl. I 1988, S. 103, sagen können, welcher zwar seit einer Gesetzesänderung vom 05.03.2009 (und somit zeitlich nach der Föderalismusreform) das Verbot rassistischer Diskriminierungen explizit zu stärken sucht, nicht jedoch einen dem AGG vergleichbaren, detaillierten und weitreichenden Regelungsrahmen vorhält.

Daher werden die Regelungen des AGG zur Umsetzung der Richtlinie 2000/43/EG nicht nach Art. 125a GG verdrängt; das AGG gilt diesbezüglich mit seinen deutlich differenzierteren Schutzmechanismen,

dazu im Einzelnen noch unten S. 20 f. und 31 f.,

bis auf Weiteres als Bundesrecht auch im Land Hessen fort.

Nichts anderes folgt auch aus dem neuen Integrations- und Teilhabegesetz (im Folgenden IntTG), wie es sich das Land Hessen nunmehr gegeben hat,

Art. 1 des Gesetzes zur Verbesserung der Integration und Teilhabe und zur Gestaltung des Zusammenlebens in Vielfalt, GVBl. 2023 S. 160ff.

Das Gesetz zielt zwar ausweislich seines § 1 auch auf das Öffentliche Dienstrecht,

§ 1 *Ziele*

Die Ziele dieses Gesetzes sind:

[...]

4. die Landesverwaltung weiter für die Vielfalt der Bevölkerung zu öffnen und Kommunen und zivilgesellschaftliche Organisationen bei ihren Öffnungsprozessen weiter zu unterstützen,

[...]

Ferner sieht § 7 IntTG eine neue landesrechtliche Vorschrift mit diskriminierungsschutzrechtlicher Stoßrichtung vor. Diese lautet:

§ 7 Diskriminierungsverbot

Kein Mensch mit Migrationsgeschichte im Sinne dieses Gesetzes darf im Rahmen öffentlich-rechtlichen Handelns auf Grund der ethnischen Herkunft, aus rassistischen oder antisemitischen Gründen, der Religion und Weltanschauung oder der Sprache mittelbar oder unmittelbar diskriminiert werden.

Diese Vorschrift wird durch § 8 IntTG ergänzt:

§ 8 Wertschätzung von Vielfalt und Bekämpfung von Diskriminierung, Rassismus, Antisemitismus, Sexismus und jeder Form von gruppenbezogener Menschenfeindlichkeit und Extremismus

(1) Die Vielfalt der in Hessen lebenden Menschen stellt eine Bereicherung für das Land dar. In diesem Bewusstsein ergreift das Land Maßnahmen, um die Willkommens- und Anerkennungskultur weiterzuentwickeln und das respektvolle und friedliche Zusammenleben in Vielfalt zu unterstützen.

(2) Die Wertevermittlung des Rechtsstaates an alle in Hessen lebenden Menschen und die Demokratieförderung und -bildung stellen zentrale Aufgaben der Landesverwaltung für den gesellschaftlichen Zusammenhalt dar. Dieser Aufgabe dienende Projekte sind unter Berücksichtigung der gesellschaftlichen Entwicklungen zu fördern und möglichst auszubauen.

(3) Das Land ergreift gezielt Maßnahmen, um Menschen mit Migrationsgeschichte vor Rassismus, Antisemitismus, Sexismus, jeder Form von gruppenbezogener Menschenfeindlichkeit und Extremismus, Hass, Hetze und Diskriminierung zu schützen. Dies geschieht insbesondere durch Sensibilisierung der Bevölkerung, Schulung der Beschäftigten, Multiplikatorinnen und Multiplikatoren und die Förderung der Arbeit von zivilgesellschaftlichen Organisationen, Vernetzungsstellen und Beratungsstellen für Betroffene. Die Vorstellungen und Bedarfe der Betroffenen und gegebenenfalls ihrer Vertretungen sollen dabei einbezogen werden.

(4) Das allgemeine Verständnis für Integration und Teilhabe, Vielfalt und die Funktionsweisen, Auswirkungen und Gefahren von Diskriminierung, Rassismus, Antisemitismus, Sexismus und jeder Form von gruppenbezogener Menschenfeindlichkeit und Extremismus ist durch die Bildungs- und Erziehungsträger zu verbessern.

Doch legt gerade § 22 IntTG nahe, dass mit dem Gesetz kein abschließendes diskriminierungsschutzrechtliches Instrumentarium geschaffen werden soll, welches auf eine vollumfängliche Umsetzung der Antirassismusrichtlinie im Recht Hessens zielen und insoweit die Regelungen des AGG im Öffentlichen Dienstrecht des Landes verdrängen soll. Denn während die Richtlinie ausdrücklich zur Schaffung subjektiver Rechte verpflichtet,

siehe nur Art. 7 RL 2000/43/EG:

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, daß alle Personen, die sich durch die Nichtanwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in ihren Rechten für verletzt halten, ihre Ansprüche aus dieser Richtlinie auf dem Gerichts- und/oder Verwaltungsweg sowie, wenn die Mitgliedstaaten es für angezeigt halten, in Schlichtungsverfahren geltend machen können, selbst wenn das Verhältnis, während dessen die Diskriminierung vorgekommen sein soll, bereits beendet ist.

[...],

will das neue IntTG ebendies ausschließen:

§ 22 *Ausschluss der Klagbarkeit*

Subjektive öffentliche Rechte, insbesondere Ansprüche auf finanzielle Förderung, werden durch dieses Gesetz nicht begründet.

Bereits hier zeigt sich, dass das IntTG zu einer unionsrechtskonformen Richtlinienumsetzung nur wenig beitragen kann,

dazu noch unten S. 23 f.

Jedenfalls muss unterstellt werden, dass mit dem neuen Gesetz keine Verschlechterung des diskriminierungsschutzrechtlichen *status quo* intendiert ist,

vgl. bereits § 2 IntTG

[...]

(2) Das Land sieht in der Verbesserung der chancengerechten Teilhabe aller in Hessen lebenden Menschen einen Schlüssel für die Wahrung und Verbesserung des gesellschaftlichen Zusammenhalts.

[...],

und daher die rassismusbezogenen Regelungen des AGG im Öffentlichen Dienstrecht des Landes weiterhin über Art. 125a Abs. 1 GG ergänzend zur Anwendung kommen sollen.

Dies deckt sich auch mit der Gesetzesbegründung. So bezieht sich die Begründung zu § 7 IntTG auf das AGG als „rechtliche und ideelle Grundlage“, beklagt dabei jedoch „Schutzlücken insbesondere im öffentlichen Recht“ und verweist zugleich auf flankierenden „zielgruppenspezifischen Schutz“ im öffentlichen Bereich über das HGIG und das HessBGG,

siehe S. 27 der Gesetzesbegründung.

Deutlich wird dies ferner bei der Begründung zu § 9 Abs. 3 IntTG, wo das Gesetz auf eine Erhöhung AGG-konformer Bewerbungen zielt und damit das bezweckte Nebeneinander von AGG und IntTG unterstreicht,

siehe S. 30 der Gesetzesbegründung.

Nach alledem werden die Regelungen des AGG im Recht des öffentlichen Dienstes daher weder durch geltendes Landesrecht noch durch das neue Integrations- und Teilhabegesetz im Sinne des Art. 125a Abs. 1 GG überschrieben und verdrängt.

Mit der Fortgeltung des AGG im Öffentlichen Dienstrecht Hessens – insbesondere mit Blick auf die Landesbeamten und Landesrichter – steht jedoch noch nicht zugleich fest, dass in diesem Bereich keinerlei Umsetzungsdefizite zu beklagen sind. Im Gegenteil wirken mit dem AGG auch dessen Umsetzungsfehler in Hessen fort, die nun allerdings nicht mehr nur dem Bundesgesetzgeber, sondern nach der Föderalismusreform auch dem hessischen Landesgesetzgeber anzulasten sind, der nunmehr einzig innerstaatlich befugt ist, diese Fehler für seinen Kompetenzbereich abzustellen. Anlässlich des zehnjährigen Bestehens des AGG hat die Antidiskriminierungsstelle des Bundes im Jahr 2016 eine Evaluationsstudie in Auftrag gegeben, die zahlreiche solcher Umsetzungsdefizite des Gesetzes auch mit Blick auf die Antirassismusrichtlinie ausgemacht hat. Auf diese Studie soll an dieser Stelle verwiesen werden, um den Rahmen dieses Gutachtens nicht zu sprengen. Beispielsweise sollen jedoch genannt werden: die Bereichsausnahme des § 2 Abs. 4 AGG, die Verschuldenserfordernisse des § 15 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 AGG sowie die Regelungen des Fristbeginns in § 15 Abs. 4 Satz 2 Alt. 1 AGG,

siehe *Berghahn/Klapp/Tischbirek*, Evaluation des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, Reihe der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Nomos 2016.

Um Missverständnissen vorzubeugen soll hier angemerkt werden, dass aus der Tatsache, dass die Europäische Kommission zunächst ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen mangelhafter Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien angestrengt, dieses sodann aber eingestellt hat, hier nichts Gegenteiliges folgt. Die Entscheidung über die Einstellung eines Vertragsverletzungsverfahrens ist eine (auch) politische. In anderen Verfahrensarten – insbesondere in Vorlageverfahren – kommt es daher auch immer wieder zu Urteilen, in denen der EuGH – trotz des zuvor eingestellten Vertragsverletzungsverfahrens – Umsetzungsdefizite des deutschen Antidiskriminierungsrechts benennt (vgl. beispielsweise die Rechtssache *Kücükdevici*, C-555/07, Slg. 2010 I-365, oder die Rechtssache *Egenberger*, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, beide zur Rahmenrichtlinie).

(2) Öffentliche Bildung, soziale Vergünstigungen, Zugang zu und Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen

Anders verhält es sich mit dem großen Bereich der öffentlichen Bildung, den sozialen Vergünstigungen sowie dem Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen. Hier beansprucht das AGG seinem klaren Wortlaut in § 2 Abs. 1 Nr. 5 bis 8 nach ebenfalls Geltung. Anders als bei den soeben diskutierten Materien des Landesbeamtinnen- und Landesrichterrinnenrechts bestand hier jedoch selbst vor der Föderalismusreform keine vollumfängliche Bundeszuständigkeit. Dementsprechend kann hier das AGG auch nicht von einer Überleitungsvorschrift wie Art. 125a GG profitieren. Der Gesetzeswortlaut des AGG ist im Gegenteil zu weit. Er bedarf nach einhelliger Auffassung einer verfassungskonformen Auslegung mit Rücksicht auf die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder. Besonders plastisch wird dies etwa für den Bildungsbereich. Zwar kommt dem Bund auch hier eine (Rest-)Kompetenz für die Regulierung des privaten Bildungsvertragsrechts zu. Das weite Feld der öffentlichen Bildung bleibt jedoch einer Regulierung durch die Länder vorbehalten. Somit ist letzteres vom Bildungsbegriff des § 2 Abs. 1 Nr. 7 AGG schon von vornherein nicht erfasst. Das AGG entfaltet hier keine Wirkung; es bleibt in seinem Geltungsanspruch allein auf das private Bildungswesen beschränkt, zumal einzig dort dann auch das zivilrechtliche Diskriminierungsverbot des § 19 AGG greift,

vgl. *Thüsing*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. I, 9. Auflage 2021, AGG § 2 Rn. 25; von lediglich „fragmentarischer“ Richtlinienumsetzung im Bildungsbereich sprechen deshalb auch *Ernst/Braunroth/Wascher*, in: Ernst/Braunroth/Franke/Lenz, Nomos-Kommentar AGG, 2. Auflage 2013, AGG § 2 Rn. 7.

In Ermangelung einer (Fort-)Geltung des AGG oder eines entsprechenden allgemeinen Landesantidiskriminierungsgesetzes für Hessen kann sich die Umsetzung der Richtlinienvorgaben damit nur aus anderem Bundes- oder Landesrecht ergeben. Dabei muss im Folgenden nach den einzelnen Regelungen der Richtlinie unterschieden werden.

Zunächst ist festzuhalten, dass das (materielle) Verbot rassistischer Diskriminierungen, wie es die Art. 1 und 2 der RL 2000/43/EG bezwecken, im Grundsatz bereits aufgrund Bundes- und Landesverfassungsrechts auch in Hessen gilt: So ächtet Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG jede Benachteiligung oder Bevorzugung aufgrund der „Rasse“. Entsprechend statuiert auch Art. 1 Abs. 1 Verf HE, dass „alle Menschen [...] vor dem Gesetze gleich [sind], ohne Unterschied des Geschlechts, der Rasse, der Herkunft, der religiösen und der politischen Überzeugung“. Die genannten Verfassungssätze dienen klar dem Verbot rassistischer Diskriminierungen. Sie binden im Ergebnis gleichermaßen die Gesetzgebung, die Rechtsprechung und die vollziehende Gewalt, auch wenn sich letztere privatrechtlicher Formen zu ihrer Aufgabenwahrnehmung bedient,

vgl. Art. 1 Abs. 3 GG; zum Grundsatz „keine Flucht ins Privatrecht“ siehe zuletzt BVerfGE 128, 226.

Diese Verfassungssätze werden ferner durch Bestimmungen auch des einfachen Landesrechts wiederholt, wie etwa § 3 Abs. 3 des Hessischen Schulgesetzes zeigt, der in seiner Grundsätzlichkeit ähnlich wie ein Verfassungssatz formuliert ist,

Hessisches Schulgesetz in der Fassung vom 01.08.2017 (SchulG HE 2017), GVBl. 2017, S. 150.

Dieses schulspezifische Verbot rassistischer Diskriminierungen wird in § 10 Abs. 2 Nr. 3 SchulG HE 2017 zudem hinsichtlich der zugelassenen Lehrmaterialien konkretisiert, welche kein „rassendiskriminierendes Verständnis fördern“ dürfen,

vgl. insoweit auch § 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 lit. a) des Gesetzes betreffend das Übereinkommen gegen Diskriminierung im Unterrichtswesen vom 20.11.1964, GVBl. I 1964, S. 183.

Siehe ferner § 1 Abs. 2 SchulG HE 2017, wonach speziell für die Aufnahme in die Schule u.a. das „Herkunftsland“ keine Rolle spielen darf. Die Vorschrift läuft damit Auch dieses Verbot mag im Einzelfall gegen rassistische Diskriminierungen in Stellung gebracht werden können; es greift insofern jedoch nicht über § 3 Abs. 3 SchulG HE 2017 hinaus. Siehe insofern auch noch Art. 59 Abs. 2 Verf HE.

Ähnliche einfachgesetzliche Regelungen ergeben sich auch für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, der – zumindest in Teilen – ebenso den unionsrechtlichen Begriffen der „Bildung“ sowie der „Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ zuzurechnen sein dürfte,

zum Bildungsauftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten auch nach nationalem Rechtsverständnis siehe nur § 26 Abs. 1 Satz 4 und § 51 Abs. 2, 1. Halbsatz des Medienstaatsvertrags (MStV), verkündet als Artikel 1 des Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland vom 14. April bis 28. April 2020, GVBl. 2020, S. 607.

So bestimmt etwa § 3 Nr. 3 des Gesetzes über den Hessischen Rundfunk, dass „Sendungen, die Vorurteile oder Herabsetzungen wegen der Nationalität, der Rasse, Farbe, Religion oder Weltanschauung eines einzelnen oder einer Gruppe enthalten, [...] nicht gestattet [sind]“,

Gesetz über den Hessischen Rundfunk vom 02.10.1948 (HRG HE), GVBl. 1948, 123. Siehe insofern auch die Regelungen der §§ 4 Abs. 1 Nr. 3 und 24 Abs. 1 Nr. 1 lit. c) des Staatsvertrags über den Schutz der Menschenwürde und den Jugendschutz in Rundfunk und Telemedien (Jugendmedienschutz-Staatsvertrag – JMStV) in der Fassung vom 28.07.2009, GVBl. I 2009, S. 363, sowie die §§ 8 und 51 Abs. 1 MStV und § 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 lit. b) des Gesetzes zum Europäischen Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen vom 28.09.1992, GVBl. I 1992, S. 402.

Programmatisch formuliert nunmehr auch die Präambel des IntTG die Überzeugung, dass

„ein respektvolles Zusammenleben in Vielfalt und gesellschaftlicher Zusammenhalt in Hessen auf der Grundlage eines gemeinsamen Verständnisses für die freiheitlich demokratische Grundordnung des Grundgesetzes und deren Akzeptanz gelingen kann, in Achtung vor der Unantastbarkeit der Würde eines jeden Menschen unabhängig von nationaler und ethnischer Herkunft, Geschlecht und geschlechtlicher Identität, Alter, einer Behinderung, einer Zugehörigkeit zu einer Religion oder Weltanschauung, sexueller Identität, sozialer Lage oder seiner Sprache“,

welche sodann u.a. im bereits genannten § 7 IntTG in die Formulierung eines weiteren landesrechtlichen Diskriminierungsverbots mündet. Allerdings gilt auch hier das bereits oben zu den §§ 7 und 8 IntTG Gesagte; schon wegen dessen § 22 folgt aus dem neuen Gesetz nicht auch ein höheres Rechtsschutzniveau,

siehe nochmals oben S. 18 f.

Doch auch ohne die Ausschlussklausel des § 22 IntTG könnten die genannten Einzelvorschriften des hessischen Landesrechts auch in Ergänzung um die §§ 7 und 8 IntTG keine hinreichende Umsetzung der Vorgaben aus der Antirassismusrichtlinie im Bereich der „Bildung“, der „sozialen Vergünstigungen“ und des „Zugangs zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ bewirken. Erste Probleme ergeben sich schon dort, wo die Antirassismusrichtlinie sehr viel genauere Vorgaben zum Diskriminierungsbegriff macht als die naturgemäß eher offen formulierten Verfassungssätze und das entsprechend formulierte einfache Landesrecht. So bestimmt Art. 2 Abs. 1 lit. b RL 2000/43/EG zunächst, dass auch rein mittelbare Diskriminierungen vom Diskriminierungsbegriff der Richtlinie umfasst sein sollen. Anders als die unmittelbare Diskriminierung, bei der es zu einer direkten rassistischen Ausgrenzung kommt, sind damit auch Verhaltensweisen verboten, die zwar ihrem äußeren Anschein nach neutral sind, ihrer faktischen Wirkung nach jedoch Personen einer bestimmten „Rasse“ oder ethnischen Gruppe überproportional benachteiligen, ohne dass dies im Einzelfall durch ein rechtmäßiges Ziel gerechtfertigt werden kann,

näher zum Begriff der mittelbaren Diskriminierung: FRA/Europarat, Handbuch zum europäischen Antidiskriminierungsrecht, Ausgabe 2018, S. 59 ff.

Der Wortlaut des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG und der entsprechend offen formulierten materiellen Diskriminierungsverbote im hessischen Landesrecht ließen zwar ein ebensolches Verständnis auch im Landes-(Verfassungs-)Recht zu. Das Bundesverfassungsgericht hat die Figur der mittelbaren Diskriminierung bisher jedoch nur bei Art. 3 Abs. 2 GG und bei Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ausdrücklich anerkannt,

BVerfGE 121, 241, Rn. 49; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 30. Januar 2020 – 2 BvR 1005/18 -, Rn. 35; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 16. Dezember 2021 – 1 BvR 1541/20 -, Leitsatz 1.

Zwar spricht verfassungsrechtsdogmatisch einiges dafür, dieses Verständnis auch auf Diskriminierungen aufgrund der „Rasse“ zu übertragen,

die oben zitierte Passage in BVerfGE 121, 241 ist so allgemein formuliert, dass sie eine solche Übertragung überaus nahelegt; zum Ganzen siehe auch *Tischbirek/Wihl*, Verfassungswidrigkeit des Racial Profiling. Zugleich ein Beitrag zur Systematik des Art. 3 GG, JZ 2013, 219 (222 f.),

doch fehlt es bislang an einer entsprechenden Klarstellung aus Karlsruhe.

Überhaupt fällt auf, dass kaum Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG mit Blick auf die Kategorie der „Rasse“ vorliegt und daher eine dogmatische Schärfung dieses Verfassungssatzes noch nicht eingelöst ist, dazu *Tischbirek*, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, § 26 Rn. 24 ff.

Während § 7 IntTG – anders als das übrige Landesrecht Hessens zur Bekämpfung rassistischer Diskriminierung – die mittelbare Diskriminierung immerhin ausdrücklich nennt, bergen Art. 2 Abs. 3 und 4 RL 2000/43/EG weitere Herausforderungen, denen auch das neue IntTG nicht gerecht wird. Denn die Richtlinie besagt dort, dass auch bestimmte Belästigungen und die Anweisung zur Diskriminierung selbstständig als Diskriminierung gelten sollen. Eine richtlinienkonforme Auslegung des Verfassungsrechts ist hier zwar ebenfalls möglich und geboten. Transparenter wäre es jedoch zweifelsfrei, die Richtlinienumsetzung nicht allein generalklauselartigen Verfassungssätzen und damit weitgehend der Auslegungsarbeit der Rechtsanwenderinnen zu überantworten, sondern diese Figuren gesetzlich auszubuchstabieren und entsprechend zu fixieren.

Unzureichend ist in diesem Zusammenhang auch der Verweis des § 6 Abs. 2 HessHG auf das AGG. Schon systematisch ist unklar, ob die Vorschrift hier auch rassistische Diskriminierungen in den Blick nimmt; näher liegt hier ein Verständnis, wonach die Regelung allein die Gleichstellung der Geschlechter bezweckt. Doch auch unabhängig davon greift die Vorschrift in ihrer Verweisteknik inhaltlich zu kurz, wenn sie zwar auf § 3 Abs. 4 AGG, nicht jedoch auch auf § 3 Abs. 2, 3 und 5 AGG Bezug nimmt (vgl. insofern Art. 2 Abs. 2 lit. b), Abs. 3 und 4 RL 2000/43/EG). Auch kann der enge Anwendungsbereich des HessHG nicht das gesamte Bildungswesen – wie von der Richtlinie in Art. 3 Abs. 1 lit. g) gefordert – erreichen.

(b) Die Möglichkeiten der verfassungskonformen Auslegung des einfachen Rechts stoßen hingegen an deutliche Grenzen, wo die Antirassismusrichtlinie bestimmte flankierende Regelungen fordert, die das materielle Diskriminierungsverbot stützen sollen.

(aa) Defizite im Amtshaftungsrecht

Hier ist zuerst der diskriminierungsrechtliche Staatshaftungsanspruch zu nennen. So ist es ein zentraler Baustein aller vier EU-Antidiskriminierungsrichtlinien, dass Diskriminierungen nicht lediglich in der Sache verboten, sondern darüber hinaus mit einem effektiven Sanktionenregime konfrontiert werden müssen. Für die Antirassismusrichtlinie formuliert Art. 15:

„Die Mitgliedstaaten legen die Sanktionen fest, die bei einem Verstoß gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Anwendung dieser Richtlinie zu verhängen sind, und treffen alle geeigneten Maßnahmen, um deren Durchsetzung zu gewährleisten. Die Sanktionen, die auch Schadenersatzleistungen an die Opfer umfassen können, müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. [...]“

Diese vergleichsweise offene Richtlinienformulierung wird dabei durch eine noch sehr viel strengere Rechtsprechung des EuGH konkretisiert. Die Leitentscheidung für die Anforderungen an den diskriminierungsrechtlichen Schadenersatzanspruch ist dabei die Rechtssache Draehmpaehl,

C-180/95, Slg. 1997 I-2212.

Das Urteil Draehmpaehl erging zwar ausweislich seines frühen Entscheidungszeitpunkts noch nicht unmittelbar zu den vier aktuellen Antidiskriminierungsrichtlinien, sondern zur damaligen Richtlinie 76/207/EWG, die in Deutschland u.a. im vormaligen § 611a Abs. 1 und 2 BGB umgesetzt wurde,

Richtlinie 76/207/EWG des Rates v. 09.02.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen, Abl. EG Nr. L 39 vom 14.02.1976, S. 40 (im Folgenden RL 76/207/EWG).

Es muss jedoch davon ausgegangen werden, dass die Grundsätze jener Entscheidung auch die Auslegung der Antirassismusrichtlinie leiten. Denn die Richtlinie 76/207/EWG ist die direkte Vorgängerrichtlinie zur Rahmenrichtlinie 2000/78/EG. Letztere nimmt in ihrem zweiten Erwägungsgrund sogar direkt auf erstere Bezug. Ferner verpflichtet die Rahmenrichtlinie dazu, das bereits vorgefundene Schutzniveau nicht zu unterschreiten, sondern im Gegenteil weiter anzuheben. Sie will also nicht großzügiger, sondern strenger als ihre Vorgängerrichtlinie gegen Diskriminierungen wirken,

vgl. insbes. Erwägungsgrund 28 und Art. 8 RL 2000/78/EG.

Der Standard der RL 76/207/EWG ist somit als Mindeststandard auf die RL 2000/78/EG zu übertragen. Er ist darüber hinaus aber auch auf die Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG anzu-

wenden. Denn beide Richtlinien sind „aus einem Guss“. Sie sind zeitgleich entstanden, bedienen sich derselben Figuren und sind in großen Teilen – insbesondere bei der Sanktionenfrage – gar wortgleich,

vgl. Art. 17 RL 2000/78/EG mit dem oben wiedergegebenen Art. 15 RL 2000/43/EG: einzig anstelle der Vokabel „Durchführung“ wird „Durchsetzung“ benutzt, wobei es sich allenfalls um eine inkonsistente Übersetzung handeln dürfte, die ohne inhaltliche Konsequenzen bleibt. In den englischen Richtlinienfassungen heißt es dann auch einheitlich *„take all measures necessary to ensure that they are applied“*.

Die Draehmpaehl-Rechtsprechung stellt konkretisierte Forderungen an das mitgliedstaatliche Sanktionenregime. Zwar anerkennt das Urteil, dass die Richtlinien nicht zwingend zum Verhalten eines Schadensersatzanspruches verpflichten, sondern einen solchen Anspruch nur beispielhaft als eine Möglichkeit aufführen, um die geforderten „wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden“ Sanktionen zu garantieren. In dem Moment, wo von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht wird, fordert der EuGH jedoch zwingend eine verschuldensunabhängige Ausgestaltung dieses Schadensersatzanspruches. Allein der Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot muss die Schadensersatzpflicht auf Rechtsfolgenseite auslösen, ohne dass weitere Voraussetzungen eingezogen werden dürfen, welche die Ersatzpflicht doch noch entfallen lassen können. Nur diese direkte Ersatzpflicht könne den unionsrechtlichen Anforderungen genügen. Eine Verschuldensabhängigkeit oder gar bestimmte Rechtfertigungsmechanismen stünden einer vollständigen Richtlinienumsetzung entgegen:

„Der Gerichtshof hat im vorerwähnten Urteil Dekker (Randnr. 25) außerdem folgendes ausgeführt: Entscheidet sich ein Mitgliedstaat für eine Sanktion, die sich in den Rahmen einer Regelung über die zivilrechtliche Haftung des Arbeitgebers einfügt, so muß der Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot für sich genommen ausreichen, um die volle Haftung seines Urhebers auszulösen, ohne daß die im nationalen Recht vorgesehenen Rechtfertigungsgründe berücksichtigt werden können.

Somit ist festzustellen, daß die Richtlinie einer innerstaatlichen gesetzlichen Regelung entgegensteht, die wie § 611a Absätze 1 und 2 BGB für einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bei der Einstellung die Voraussetzung des Verschuldens aufstellt.“

EuGH, Rs. C-180/95, I-2195 (Draempael), Rn. 18 f.

Die derzeitige Rechtslage in Hessen genügt nicht den Anforderungen dieser EuGH-Rechtsprechung. Bei rechtswidrigem Staatshandeln – auch durch Länderbeamte oder Landesrichterinnen – gilt § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG (bzw. Art. 136 Abs. 1 Verf HE). Der Amtshaftungsanspruch sanktioniert Rechtsverletzungen mit einer Schadensersatzpflicht. Die solchermaßen sanktionierten Rechtsverletzungen umfassen auch Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts infolge rassistischer Diskriminierungen,

vgl. etwa BGHZ 78, 274 (279 f.).

Der Amtshaftungsanspruch ist damit Sanktion im Sinne des Art. 15 RL 2000/43/EG und muss mithin „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein. Dies gelingt jedoch aus zweierlei Gründen nicht. Denn zum einen ist der Amtshaftungsanspruch ausweislich § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB verschuldensabhängig ausgestaltet. Zum anderen sind in § 839 Abs. 2 und 3 BGB besondere Rechtfertigungsgründe vorgesehen, die wiederum einer direkten Haftungsfolge entgegenstehen können.

Das Landesrecht Hessens sieht sich folglich aufgrund eines europarechtlich unzulänglichen, bundesrechtlichen Schadenersatzanspruches dem Vorwurf einer unzureichenden Richtlinienumsetzung ausgesetzt, der nur durch die Schaffung eines verschuldensunabhängigen und rechtfertigungsfreien landesrechtlichen Schadenersatzanspruches entkräftet werden kann. Ein solcher landesrechtlicher Schadenersatzanspruch ist jedoch nicht ersichtlich. Zwar sieht § 64 HSOG,

Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG) in der Fassung vom 14. Januar 2015, GVBl. I 2005, S. 14,

eine verschuldensunabhängige Ausgleichspflicht vor. Diese bezieht sich jedoch nur auf das Handeln der Polizei- und Ordnungsbehörden und ist somit zu eng mit Blick auf den Geltungsbereich der Antirassismusrichtlinie. Doch auch für das Polizei- und Ordnungsrecht genügt sie nicht den Richtlinienanforderungen, da gemäß § 65 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 HSOG Nichtvermögensschäden infolge von Diskriminierungen (bzw. Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts) nicht erfasst sind,

vgl. auch *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Auflage 2013, S. 512 ff. und 526; festzuhalten bleibt indessen, dass das Handeln der Polizei- und Ordnungsbehörden nur insofern von der Richtlinie erreicht wird, als dass es „soziale Vergünstigungen“, oder den „Zugang zu und Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ umfasst. Die klassische polizeiliche Gefahrenabwehr ist hier regelmäßig nicht unionsrechtlich überlagert.

Somit verbleibt Opfern rassistischer Diskriminierung auch hier allein der Amtshaftungsanspruch mit den oben aufgezeigten Defiziten.

In diesem Zusammenhang ist noch ein weiteres Umsetzungsdefizit zu nennen, welches wiederum eine das materielle Diskriminierungsverbot flankierende Richtlinienregelung betrifft. Art. 8 der RL 2000/43/EG verlangt eine Beweiserleichterung zugunsten des Diskriminierungsopfers in Diskriminierungsschutzprozessen:

„Die Mitgliedstaaten ergreifen im Einklang mit ihrem nationalen Gerichtswesen die erforderlichen Maßnahmen, um zu gewährleisten, dass immer dann, wenn Personen, die sich durch die Nichtanwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für verletzt halten

und bei einem Gericht oder einer anderen zuständigen Stelle Tatsachen glaubhaft machen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, es dem Beklagten obliegt zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat.“

Ist es also im Prozess streitig, ob eine verbotene Diskriminierung stattgefunden hat, soll der klägerinnenseitige Nachweis entsprechender Indizien genügen, um sodann der Gegenseite den Entlastungsbeweis aufzubürden.

An dieser Stelle ist dem verbreiteten Missverständnis entgegenzutreten, die EU-Richtlinien verlangten nach einer „Beweislastumkehr“. Dies ist nicht der Fall. Die bloße (unsubstantiierte) Behauptung einer Diskriminierung führt noch nicht dazu, dass der Gegenseite der Entlastungsbeweis aufgebürdet wird. Hierzu bedarf es vielmehr des glaubhaften Vortrags von Indizien, die einen Diskriminierungssachverhalt nahelegen; vgl. zum Ganzen auch die Parallelregelung des §§ 22 AGG und die einschlägigen Kommentierungen dazu, etwa *Thüsing*, in: *Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg*, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. I, 9. Auflage 2021, AGG § 22 Rn. 11 ff.

Art. 8 der RL 2000/43/EG trägt damit der Tatsache Rechnung, dass sich der Vollbeweis einer Diskriminierung regelmäßig nur unter Rückgriff auf die inneren Motivlagen der „Täter“ führen lässt, die der Sphäre des Opfers jedoch ebenso regelmäßig entzogen sind. Denn wo das Diskriminierungsopfer zwar das Recht auf seiner Seite hat, die erforderlichen Beweise jedoch kaum erbringen kann, sind die materiellen Diskriminierungsverbote nur noch wenig wert,

so wurde in den Interviews zur Evaluation des AGG herausgestrichen, dass die im AGG niedergelegte Beweiserleichterung des § 22 als der praktisch wirksamste Baustein des Gesetzes gelte, vgl. *Berghahn/Klapp/Tischbirek*, Evaluation des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, Reihe der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, S. 157 ff.

Die Gefahr einer solchen asymmetrischen Beweisbelastung ist dabei freilich im Zivil- und Arbeitsrechtsprozess besonders hoch, wo den Parteien nach dem Beibringungsgrundsatz sämtliche Beweisführung überantwortet ist. Übernimmt hingegen das Gericht die Sachverhaltsaufklärung, wie etwa im Verwaltungsprozess infolge des Untersuchungsgrundsatzes des § 86 Abs. 1 VwGO, stellt sich das Problem der Informationsasymmetrie nicht mit gleicher Schärfe. Konsequentermaßen erlaubt es Art. 8 Abs. 5 RL 2000/43/EG daher auch den Mitgliedstaaten, von der grundsätzlich geforderten Beweiserleichterung abzusehen, wenn in einem Verfahren „die Ermittlung des Sachverhalts dem Gericht oder den zuständigen Stellen obliegt“.

Nach einer Analyse des Landesrechts Hessens folgt aus diesen Grundsätzen jedoch wiederum ein Umsetzungsdefizit zwingender Richtlinienvorgaben im Zusammenhang mit rassistischen Diskriminierungen. Zwar ist hier nach Art. 8 Abs. 5 der Antirassismusrichtlinie das weite Feld

staatlichen Handelns ausgenommen, für welches nach § 40 Abs. 1 VwGO im Grundsatz Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten zu erlangen ist. Doch ist nicht alles Handeln der Länder im Streitfall nur der Verwaltungsgerichtsbarkeit zugeteilt. Für bestimmte Fälle besteht im Gegenteil eine Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte,

§ 40 Abs. 2 Satz 1 nennt hier Ansprüche aus Aufopferung für das gemeine Wohl, aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung sowie Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten.

Das prominenteste und zugleich praktisch bedeutsamste Beispiel für eine solche Zuständigkeit der Zivilgerichte für den Rechtsschutz gegen staatliches Handeln ist wiederum das Staatshaftungsrecht. So ist auch der Amtshaftungsanspruch, der – wie gesehen – auch rassistische Diskriminierungen sanktioniert, schon von Verfassungs wegen den ordentlichen Gerichten zugewiesen, vgl. Art. 34 Satz 3 GG. Außerhalb des Geltungsbereichs des AGG, dessen § 22 eine im Grundsatz richtlinienkonforme Beweiserleichterung vorsieht, fehlt es dann jedoch an einer Umsetzung des Art. 8 Abs. 1 RL 2000/43/EG. Denn eine entsprechende Beweiserleichterung ist ansonsten nicht vorgesehen,

für den Bereich des Staatshandelns der Länder obliegt es sodann auch diesen, die geforderte Beweiserleichterung vorzuhalten. Die Länder sind dabei auch nicht kompetenziell gesperrt, weil dem Bund die Gesetzgebungszuständigkeit für das gerichtliche Verfahren (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4 GG) zusteht. Denn die Beweislast entspringt immer dem materiellen Recht und speist sich somit aus der entsprechenden materiellen Kompetenz, wenngleich sie damit auch prozessuale Konsequenzen zeitigt, *Prütting*, in: Rauscher/Krüger, Münchener Kommentar zur ZPO, Bd. I, 6. Auflage 2020, § 286 Rn. 140 ff. m.w.N.; da die Länder also die Gesetzgebungszuständigkeit etwa für das öffentliche Bildungswesen innehaben, sind sie auch befugt (und für das Staatshaftungsrecht darüber hinaus europarechtlich verpflichtet) die Beweislast bildungsrechtlicher Ansprüche mitzuregeln. Ein Beispiel für eine solche landesrechtliche Beweiserleichterung liefert etwa § 4 Abs. 2 HessBGG (dazu noch unten, S. 34), der hier freilich nicht anwendbar ist.

Das Fehlen eines landesrechtlichen Sanktionenregimes bei rassistischen Diskriminierungen in Hessen erweist sich damit in mehrfacher Hinsicht als defizitär. Denn die „wirksame, verhältnismäßige und abschreckende“ Sanktionierung rassistischer Diskriminierungen über das Staatshaftungsrecht wird dreifach in europarechtswidriger Weise erschwert: erstens über ein zusätzliches Verschuldenserfordernis, zweitens über die Anerkennung verschiedener Rechtfertigungsgründe und drittens über die Verweigerung einer Beweiserleichterung im Amtshafungsprozess.

(bb) Beteiligungsrechte von Opferverbänden

Ein weiteres Umsetzungsdefizit im Bereich der Rechtsdurchsetzung ist schließlich bei den Beteiligungsrechten von Antidiskriminierungsverbänden zu beklagen. Art. 7 Abs. 2 der Antirassismusrichtlinie bestimmt, dass solchen Verbänden Beteiligungsrechte in Diskriminierungsschutzprozessen zukommen:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Verbände, Organisationen oder andere juristische Personen, die gemäß den in ihrem einzelstaatlichen Recht festgelegten Kriterien ein rechtmäßiges Interesse daran haben, für die Einhaltung der Bestimmungen dieser Richtlinie zu sorgen, sich entweder im Namen der beschwerten Person oder zu deren Unterstützung und mit deren Einwilligung an den in dieser Richtlinie zur Durchsetzung der Ansprüche vorgesehenen Gerichts- und/oder Verwaltungsverfahren beteiligen können.“

Die Richtlinie lässt hier zwar offen, in welcher Form die Verbandsbeteiligung erfolgen soll. Zu denken wäre etwa an eine Verbandsklage, wie sie etwa im Umwelt- und Verbraucherschutzrecht bereits seit längerem besteht,

vgl. § 64 BNatSchG; §§ 3 ff. UKlaG. Auch das Landesrecht Hessens kennt die Verbandsklage, siehe § 17 HessBGG (dazu noch unten S. 34).

Das AGG sieht statt einer solchen Verbandsklage eine Beteiligung der Verbände über Prozessbeistandschaften vor,

vgl. § 23 Abs. 2 AGG.

An einer entsprechenden Regelung fehlt es jedoch wiederum für die hiesigen Materien, die zwar dem Geltungsbereich der Antirassismusrichtlinie unterfallen, nicht jedoch zugleich von einer (Fort-)Geltung des AGG profitieren. In Ermangelung ergänzender landesrechtlicher Regelungen kann eine Beteiligung der Betroffenenverbände in den Bereichen öffentliche Bildung, soziale Vergünstigungen, Zugang zu und Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen lediglich nach den allgemeinen Vorschriften in den Prozessordnungen erfolgen. Für den Verwaltungsprozess ist hier § 67 Abs. 7 VwGO zu nennen, der zwar im Grundsatz ebenfalls die Möglichkeit der Prozessbeistandschaft für Verbände vorsieht, aber gleichwohl nicht den Voraussetzungen der Antirassismusrichtlinie genügt. Denn § 67 Abs. 7 VwGO unterscheidet zwischen einer zwingenden Zulassung als Beistand nach Satz 2 und einer fakultativen nach Satz 3, die im Ermessen des Gerichts steht. Die Betroffenenverbände gehören jedoch in aller Regel nicht zu dem im Gesetz genannten Personenkreis, der von der zwingenden Regel des Satzes 2 profitiert (siehe dort die implizite Verweisung auf den Katalog des Abs. 2); sie sind daher auf eine positive Ermessensentscheidung des Gerichts angewiesen.

Für den Amtshaftungsprozess und andere Diskriminierungsschutzprozesse vor den ordentlichen Gerichten gilt die Parallelregelung zu § 67 Abs. 7 VwGO in § 90 ZPO. Die genannten Probleme stellen sich dort gleichermaßen.

Der Ermessensspielraum des § 67 Abs. 7 Satz 3 VwGO, wonach Verbände nur zuzulassen sind, wenn dies „sachdienlich ist und hierfür nach den Umständen des Einzelfalls ein Bedürfnis besteht“, ist jedoch nicht mit der zwingenden Formulierung der Antirassismusrichtlinie zu vereinbaren, die auf eine Beteiligung der Verbände besteht. Auch hier kann das Landesrecht zumindest eine Klarstellung erwirken, indem es den Betroffenenverbänden unbedingte Beteiligungsrechte einräumt.

Eine solche Klarstellung würde auch wieder nicht an einer fehlenden Gesetzgebungskompetenz der Länder für das Prozessrecht scheitern. Denn die Prozessordnungen lassen hier landesrechtliche Konkretisierungen – die bis zur Einführung einer Verbandsklage führen können – ausdrücklich zu, vgl. § 42 Abs. 2, 1. Halbsatz VwGO („soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist“). Das muss dann erst recht für die Beistandschaft als Minus zur Verbandsklage gelten, zumal das Landesrecht hier lediglich eine unionsrechtlich indizierte Ermessensreduktion nachvollzöge. Insofern bliebe hier auch auf die Möglichkeit der europarechtskonformen Auslegung des § 67 Abs. 7 Satz 3 VwGO zu verweisen, die allerdings – wie alle Konformauslegung – zulasten der Transparenz des Rechts geht.

(3) Zwischenergebnis: Umsetzungsdefizite mit Blick auf die Antirassismusrichtlinie

Das Landesrecht Hessens erweist sich nach alledem in verschiedenen Punkten als defizitär hinsichtlich der Vorgaben der Antirassismusrichtlinie. Unklarheiten bestehen bereits beim Diskriminierungsbegriff als solchem, wo die eher grundsätzlich als tiefenscharf formulierten Diskriminierungsverbote des GG und der Landesverfassung offenlassen, ob sie sich auch gegen die bloß mittelbare rassistische Diskriminierung, die Belästigung und die Anstiftung zur Diskriminierung im Sinne der Richtlinie wenden lassen wollen. Deutliche Richtlinienverstöße sind zudem bei den Richtlinienvorgaben zu beklagen, die eine effektive gerichtliche Durchsetzung des Verbots rassistischer Diskriminierung bezwecken. Dies sind im Einzelnen das Fehlen eines adäquaten Schadensersatzanspruchs, eine europarechtswidrige Beweislastverteilung vor den ordentlichen Gerichten, insbesondere beim Amtshaftungsanspruch, sowie Unklarheiten bei den Beteiligungsrechten der Opferverbände vor Gericht. Hierbei handelt es sich nicht lediglich um juristische Spitzfindigkeiten. Im Gegenteil hat eine systematische Befragung von Richterinnen, Anwältinnen und Verbänden anlässlich der bereits zuvor genannten Evaluation des AGG ergeben, dass just diese Rechtsschutzbestimmungen das praktische bedeutsamste Kernstück des Antidiskriminierungsrechts auf Bundesebene bilden,

dazu *Berghahn/Klapp/Tischbirek*, Evaluation des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, Reihe der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, S. 157 ff., 160 f.

Im Landesrecht Hessens fehlen die entsprechenden Regelungen zwar nur teilweise im Beamtenrecht, wo das AGG nach der Föderalismusreform noch fortwirkt (hier bedarf es insbesondere der Einführung eines verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruches für materielle Schäden, vgl. § 15 Abs. 1 Satz 2 AGG). In der öffentlichen Bildung, bei den sozialen Vergünstigungen sowie dem „Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ klaffen die Umsetzungslücken jedoch weit auf und können durch die Fachgesetze nicht geschlossen werden.

Hier wird auch das neue Integrations- und Teilhabegesetzes nichts zur Schließung dieser Umsetzungslücken beitragen können. Die knappe Regelung des § 7 IntTG nennt neben der unmittelbaren zwar auch die mittelbare Diskriminierung, nicht jedoch auch die Belästigung oder die Anweisung zur Diskriminierung, wie sie in Art. 2 der RL 2000/43/EG ebenfalls verpönt sind. Zu konkreten Fragen des Haftungsrechts, der Beweiserleichterung und der prozessualen Befugnisse von Antidiskriminierungsverbänden schweigt sich das Gesetz aus; im Gegenteil hindert § 22 IntTG jeglichen Rechtsschutz.

b) Die Rahmenrichtlinie (RL 2000/43/EG)

Wie oben dargestellt, hat die Rahmenrichtlinie einen sehr viel engeren sachlichen Geltungsbereich als die Antirassismusrichtlinie, der sich auf das Berufsleben beschränkt und somit hauptsächlich im öffentlichen Dienstrecht in die Länderzuständigkeiten hineinreicht. Hier verpönt die Richtlinie jedoch eine ganze Liste von Diskriminierungskategorien, welche die Religion oder Weltanschauung, eine Behinderung, das Alter und die sexuelle Ausrichtung umfasst (vgl. Art. 1 RL 2000/78/EG).

Für die Frage nach Umsetzungsdefiziten im Landesrecht Hessens kann hier zunächst auf das oben unter 1. a. (1) zur Antirassismusrichtlinie Gesagte verwiesen werden. Dank einer Fortgeltung des AGG auch für die Landeszuständigkeiten im Landesbeamtinnenrecht ist ein großer Teil der Richtlinienvorgaben hier (noch) umgesetzt, die soeben für die Antirassismusrichtlinie problematisiert wurden.

So besteht zumindest für immaterielle Schäden ein verschuldensunabhängiger Ersatzanspruch nach § 15 Abs. 2 i.V.m. § 24 AGG; Opferverbände sind zwingend nach § 23 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 24 AGG am Verfahren zu beteiligen.

Entsprechend gilt aber auch hier, dass der landesrechtliche Umsetzungsstand regelmäßig nicht schlechter, aber eben auch nicht besser ist als derjenige des AGG. Denn Umsetzungsdefizite im AGG muss sich nun auch das Land Hessen für seine nach der Föderalismusreform hinzugewonnenen Zuständigkeiten zurechnen lassen.

Siehe wiederum die Evaluationsstudie von *Berghahn/Klapp/Tischbirek*; insbes. zur Richtlinienwidrigkeit des § 2 Abs. 4 AGG, die Richtlinienwidrigkeit des § 15 Abs. 1 Satz 2 AGG sowie des § 15 Abs. 4 Satz 2 Alt. 1 AGG.

Eine Besonderheit bietet das Landesrecht Hessens allerdings bei Diskriminierungen wegen einer Behinderung. Denn hier hält es mit dem HessBGG ein spezielles Diskriminierungsschutzgesetz vor. Mit diesem landesrechtlichen Werkzeug gelingt es, manches Defizit des AGG für den Bereich des Diskriminierungsschutzes wegen einer Behinderung abzustellen. Dies gilt insbesondere für die Figur der „angemessenen Vorkehrungen“. Sie findet sich nicht nur in Art. 5 der Rahmenrichtlinie, sondern ist auch prominent in Art. 2 Uabs. 4 der UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) verankert,

zum Erfordernis einer Zusammenschau von Rahmenrichtlinie und UN-BRK siehe *EuGH*, Rs. C-335/11 und C-337/11., ECLI:EU:C:2013:22 (Ring/Skouboe Werge), Rn. 30. Die UN-BRK ist am 03.05.2008 in Kraft getreten. Die Bundesrepublik Deutschland hat die Konvention mit Gesetz vom 31.12.2008 ratifiziert, BGBl. II, S. 1419. Damit gilt die Konvention zunächst im Rang einfachen Gesetzesrechts auch innerstaatlich. Das übrige innerstaatliche Recht – das Landesrecht wie auch das AGG – sind jedoch aufgrund der „Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes“, die dem Konventionsrecht besondere Autorität verleiht, nach Möglichkeit völkerrechtskonform auszulegen, BVerfGE 111, 307 (324 ff.). Mit dem Beitritt der EU zur UN-BRK (Beschluss 2010/48/EG des Rates, Abl. EG L 23 vom 27.01.2010, S. 35) nimmt diese darüber hinaus aber auch am Vorrang des EU-Rechts vor dem nationalen Recht teil, vgl. Art. 216 Abs. 2 AEUV, und überformt das EU-Sekundärrecht und das mitgliedstaatliche Recht gleichermaßen.

Die Figur der „angemessenen Vorkehrungen“ findet im AGG demgegenüber keine direkte Entsprechung, was mit Blick auf Menschen mit Behinderung wenn nicht gar zu einem offenen Umsetzungsdefizit, so doch wenigstens zu nicht unerheblichen Transparenzproblemen führt. Zwar wird teilweise in der Rechtsprechung vertreten, dass Art. 5 Abs. 2 UN-BRK, der neben Art. 2 Uabs. 4 UN-BRK ebenfalls die Figur der angemessenen Vorkehrung führt, unmittelbar anwendbar sei und jedenfalls die Auslegung des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG leiten müsse, wonach ganz allgemein „niemand [...] wegen seiner Behinderung benachteiligt werden“ darf,

siehe BSGE 110, 194.

Doch selbst bei einem solchen Verständnis bleibt zu betonen, dass die Figur der angemessenen Vorkehrung sehr viel konkreter ist als das allgemeine Gleichstellungsgebot des Verfassungsrechts und im Sinne der Rechtsklarheit einer ausdrücklichen Regelung bedarf,

vgl. *Berghahn/Klapp/Tischbirek*, Evaluation des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, Reihe der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, S. 33 ff.; das BAG versucht hingegen, eine richtlinienkonforme Auslegung über § 241 Abs. 2 BGB zu bewerkstelligen,

vgl. BAGE 147, 60, Rn. 53. Siehe auch *Aichele*, Barrieren im Einzelfall überwinden: Angemessene Vorkehrungen gesetzlich verankern, Deutsches Institut für Menschenrechte, Monitoring-Stelle zur UN-Behindertenrechtskonvention.

Dieses Defizit wird durch § 1 Nr. 3 HessBGG behoben, der nicht nur den Begriff der „angemessenen Vorkehrungen“ explizit im hessischen Landesrecht verankert, sondern direkt auf das einschlägige Völkerrecht verweist und festhält, dass die Versagung „angemessener Vorkehrung“ als eine besondere Form der Diskriminierung zu werten ist.

Wo § 23 AGG eine zwar richtlinienkonforme, aber vergleichsweise schwache Verbändebeteiligung über Verfahrensbeistandschaften vorsieht, ermöglicht § 16 HessBGG die Prozessstandschaft durch Verbände und § 17 HessBGG eine Verbandsklage für die Belange von Menschen mit Behinderung. Auch hier greift das HessBGG also über das AGG hinaus und stärkt den Diskriminierungsschutz. Mit § 4 Abs. 2 HessBGG normiert das Landesrecht ferner – wie bereits erwähnt – eine Beweislastleichterung zugunsten von Diskriminierungsopfern. Auch diese Regelung hat neben der entsprechenden Vorschrift des § 22 AGG eigenes Gewicht, weil der Anwendungsbereich des HessBGG bei Diskriminierungen wegen einer Behinderung über denjenigen des AGG hinausreicht. Denn das HessBGG bindet ausweislich seines § 9 Abs. 1 und 2 sämtliche Träger öffentlicher Belange in Hessen in ihrer gesamten Verwaltungstätigkeit, während die Anwendbarkeit des AGG im Landesrecht Hessens im Wesentlichen auf das Öffentliche Dienstrecht des Landes (§ 24 AGG) sowie auf durch Landesbehörden geschlossene privatrechtliche Massenverträge (§ 19 Abs. 1 AGG) beschränkt bleibt.

Allerdings fehlt es auch im Kontext des HessBGG an einem verschuldensunabhängigen Ersatzanspruch für materielle Schäden. Hier bleibt es also bei den richtlinienwidrig unzureichenden Regelungen in § 15 Abs. 1 Satz 2 AGG und § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG bei Diskriminierungen im öffentlichen Dienst.

c) Die Genderrichtlinie (RL 2006/54/EG)

Mit einem fast identischen Geltungsbereich zur Rahmenrichtlinie verpönt die RL 2006/54/EG jegliche berufsbezogene Diskriminierung wegen des Geschlechts (siehe oben S. 13 f.). Wiederrum gilt das oben Gesagte zu den Umsetzungsdefiziten des (fortgeltenden) AGG, wobei die Genderrichtlinie in Art. 18 sogar eine selbstständige Rechtspflicht zur Schaffung eines Schadensersatzanspruchs statuiert, die neben die allgemeine Verpflichtung zu einer „wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden“ Sanktionierung nach Art. 25 der RL 2006/54/EG tritt.

Hieran ändert sich auch nichts durch die ergänzenden Regelungen des hessischen HGIG. Das HGIG bezweckt die Gleichstellung der Geschlechter, vgl. § 1 HGIG; hierzu verbietet es neben unmittelbaren – zumindest der Sache nach – auch mittelbare Diskriminierungen, vgl. § 4

Abs. 3 HGIG. Dabei entwirft das Gesetz schwerpunktmäßig Fördermaßnahmen zur Gleichstellung von Frauen und Männern im öffentlichen Dienst: Es verpflichtet zur Erstellung von Frauenförder- und Gleichstellungsplänen (§§ 5 ff. HGIG) und befiehlt die Bestellung von Frauen- und Gleichstellungsbeauftragten (§§ 15 HGIG). In den Plänen sieht es teilweise bestimmte Frauenquoten vor (siehe etwa § 6 Abs. 5 und 6 HGIG). Entsprechendes gilt für die Ausbildungsplatzvergabe (siehe § 8 Abs. 1 HGIG). Das Gesetz setzt damit deutliche Akzente mittels im AGG so genannter „positiver Maßnahmen“ (vgl. § 5 AGG). Es tritt damit aber ergänzend neben das AGG und nicht an seine Stelle. Indem es zwar weitere, proaktive Instrumente der Geschlechtergleichstellung im öffentlichen Dienst bereithält, dabei aber das hauptsächlich reaktive Instrumentarium des AGG unangetastet lässt, kann es dessen (Umsetzungs-)Mängel nicht beheben.

d) Die RL 2004/113/EG

Die Liste der im Landesrecht Hessens zu beklagenden Umsetzungsdefizite verlängert sich mit Blick auf die RL 2004/113 EG die – wie oben gesehen – eine Erweiterung des Verbots der Geschlechterdiskriminierung über das Arbeitsleben hinaus auf den Güter- und Dienstleistungsverkehr bewirkt, solange diese der Öffentlichkeit „ohne Ansehen der Person“ zur Verfügung gestellt werden und außerhalb des Privat- und Familienlebens stehen, vgl. Art. 3 Abs. 1 RL 2004/113/EG. Ausgenommen ist hier allerdings der Bildungsbereich sowie der Inhalt von Medien und Werbung, vgl. Art. 3 Abs. 3 RL 2004/113/EG.

Für die RL 2004/113/EG gilt damit Ähnliches wie für die Antirassismusrichtlinie in ihren Materien, die nicht bloß das Arbeitsleben zum Gegenstand haben. Anders als im Recht des öffentlichen Dienstes kommt es hier nicht zu einer (Fort-)Geltung des AGG, soweit Landeszuständigkeiten betroffen sind, wie dies im weiten Feld des Güter- und Dienstleistungsverkehrs häufig der Fall ist. Somit stellen sich auch hier die Probleme einer mangelhaften gesetzlichen Konkretisierung des Diskriminierungsbegriffs – insbesondere mit Blick auf mittelbare Diskriminierungen und (sexuelle) Belästigungen (Art. 2 lit. b bis d RL 2004/113/EG). Hinzu kommt eine fehlende Spiegelung des Art. 4 Abs. 1 lit. a der Richtlinie, der besagt, dass jede Benachteiligung aufgrund Schwangerschaft und Mutterschaft zugleich als unmittelbare Diskriminierung der Frau gelten muss. Diesen Mängeln mag zwar wiederum über eine richtlinienkonforme Auslegung des Art. 3 Abs. 2 GG bzw. des Art. 1 Abs. 2 Verf HE entgegengetreten werden. Was bleibt ist jedoch eine mangelnde Transparenz des geltenden Rechts, welches sich hier nicht aus einer einfachen Lektüre der Gesetze (oder gar der Verfassung) erschließen lässt, sondern vertiefte Kenntnisse des europäischen Richtlinienrechts erfordert, solange dieses nicht vollständig im nationalen Recht abgebildet ist.

Daneben kommt es wieder zu den bereits beschriebenen Rechtsschutzdefiziten, die allerdings nicht mehr ohne Weiteres im Auslegungswege behoben werden können: Insbesondere beim Schadensersatz für erlittene Diskriminierungen fehlt ein verschuldensunabhängiger Anspruch (vgl. Art. 8 Abs. 2 und Art. 14 RL 2004/113/EG). Vor den ordentlichen Gerichten fehlt es an einer Beweiserleichterung für Diskriminierungsoffer (Art. 9 Abs. 1 RL 2004/113/EG). Schließlich fordert auch die RL 2004/113/EG zwingend eine Beteiligungsmöglichkeit von Antidiskriminierungsverbänden im Diskriminierungsschutzprozess (Art. 8 Abs. 3), die sich im einschlägigen Landesrecht Hessens nicht findet.

III. Empirisches zur subjektiven Diskriminierungswirklichkeit

Nur kurz und ergänzend soll im Folgenden ein cursorischer Überblick über bestehende empirische Studien zur subjektiven Diskriminierungswirklichkeit in Deutschland gegeben werden. Allgemein lässt sich sagen, dass der Stand der empirischen Forschung noch deutlich ausbaufähig ist. Insbesondere quantitative Ansätze sind rar. Diese müssen sich im Wesentlichen auf Selbstauskünfte stützen, zumal gerade bei den Kategorien von „Rasse“ und „ethnischer Herkunft“ staatliche Erhebungen politisch und datenschutzrechtlich umstritten sind,

näher zu dieser Problematik *Baumann/Egenberger/Supik*, Erhebung von Antidiskriminierungsdaten in repräsentativen Wiederholungsbefragungen. Bestandsaufnahme und Entwicklungsmöglichkeiten, Expertise im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, 2019, S. 83 ff. und passim.

Wichtigste Akteurin ist hier die Antidiskriminierungsstelle des Bundes, die regelmäßig empirische Studien in Auftrag gibt. Die wichtigsten sollen hier kurz vorgestellt werden:

1. „Diskriminierungserfahrungen in Deutschland“

Die wohl am meisten beachtete Studie der letzten Jahre zur Diskriminierungswirklichkeit ist die Studie „Diskriminierungserfahrungen in Deutschland“ aus dem Jahre 2016,

hier und im Folgenden: *Antidiskriminierungsstelle des Bundes*, Diskriminierungserfahrungen in Deutschland. Erste Ergebnisse einer repräsentativen Erhebung und einer Betroffenenbefragung, https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Expertisen/expertise_diskriminierungserfahrungen_in_deutschland.pdf?__blob=publicationFile&v=8 (zuletzt abgerufen am 07.09.2022).

Erhoben wurden Daten zu allen Diskriminierungskategorien der oben genannten vier Antidiskriminierungsrichtlinien. Die Studie hat außerdem den Anspruch erhoben, grundsätzlich alle Lebensbereiche abzubilden und damit auch über den bloßen Bereich des Arbeitslebens hinauszureichen, auf den sich etwa die Rahmenrichtlinie beschränkt.

Auf der Grundlage eines Fragebogens, der mithilfe des Berliner Instituts für empirische Integrations- und Migrationsforschung entwickelt wurde, konnten in einem ersten Schritt 18.162 Menschen in Deutschland ab einem Alter von 14 Jahren (nichtrepräsentativ) befragt werden. Von den Befragten haben 12.698 über eigene, teils mehrfache Diskriminierungserfahrungen berichtet.

Für eine ausführliche Auswertung dieses nichtrepräsentativen Teils der Studie, siehe nunmehr *Antidiskriminierungsstelle des Bundes*, Diskriminierung in Deutschland. Dritter Gemeinsamer Bericht der Antidiskriminierungsstelle des Bundes und der in ihrem Zuständigkeitsbereich betroffenen Beauftragten der Bundesregierung und des Deutschen Bundestages, 2017, https://www.antidiskriminierungsstelle.de/Shared-Docs/downloads/DE/publikationen/BT_Bericht/gemeinsamer_bericht_dritter_2017.html (zuletzt abgerufen am 07.09.2022), S. 204 ff.

Die Fragebogenerhebung wurde in einem zweiten Schritt durch eine telefonische, stichprobenartige Repräsentativbefragung von etwa 1000 Personen ergänzt. Hier gab mit 31,4 % knapp ein Drittel der Befragten an, in den letzten 24 Monaten wenigstens einmal aufgrund einer der in den Richtlinien genannten Kategorien diskriminiert worden zu sein. Besonders häufig wurde dabei eine Altersdiskriminierung beklagt (14,8 %), gefolgt von Diskriminierungen wegen des Geschlechts bzw. der Geschlechtsidentität (9,2 %), wegen der Religion oder Weltanschauung (8,8 %), wegen der „Rasse“ oder der ethnischen Herkunft (8,4 %) und wegen einer Behinderung oder Beeinträchtigung (7,9 %; Mehrfachnennungen waren möglich).

Aufgeschlüsselt auf die verschiedenen Lebensbereiche zeigte sich eine besonders hohe Quote im Arbeitsleben (48,9 % der beklagten Diskriminierungen), gefolgt von der Öffentlichkeit oder der Freizeit (40,7 %), bei Geschäften oder Dienstleistungen (32,8 %), im privaten Bereich (28,7 %), in Ämtern und Behörden (27,8 %), im Gesundheits- und Pflegebereich (26,4 %), im Bildungsbereich (23,7 %), im Internet oder in Medien (22,1 %) sowie auf dem Wohnungsmarkt (18,6 %; Mehrfachnennungen waren wiederum möglich).

Die Studie lässt dabei die Daten für sich sprechen; konkrete Handlungsempfehlungen werden nicht gegeben.

2. Einzelstudien zu spezifischen Diskriminierungskategorien

Die Ergebnisse der umfangreichen allgemeinen Studie „Diskriminierungserfahrungen in Deutschland“ werden durch ein knappes Dutzend speziellerer Studien verfeinert, die sich nur mit einzelnen Diskriminierungskategorien auseinandersetzen.

(a) Zuletzt hat die Antidiskriminierungsstelle des Bundes etwa eine Studie zur Kategorie der sexuellen Identität vorgelegt, die auf der oben genannten Studie „Diskriminierungserfahrungen in Deutschland“ basiert, die dortigen Erhebungen jedoch um 30 Gruppen- und Einzelinterviews erweitert,

Kalkum/ Otto, Diskriminierungserfahrungen in Deutschland anhand der sexuellen Identität. Ergebnisse einer quantitativen Betroffenenbefragung und qualitativer Interviews, 2017, https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Expertisen/expertise_diskrimierungserfahrungen_in_de_anhand_der_sex_identitaet.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 07.09.2022).

Die große Mehrheit der Diskriminierungserfahrungen wurden hier mit Bezug auf die sexuelle Identität von lesbischen oder schwulen Personen berichtet (74,9 %). Mit Blick auf die Diskriminierungsform gab die Mehrheit eine herabwürdigende Darstellung an (53,3 %), gefolgt von Beleidigungen und Beschimpfungen (39,9 %) und rechtlichen Benachteiligungen (39,4 %). In 7,2 % der Fälle gaben die Betroffenen an, dass sie wegen ihrer sexuellen Identität eine Einrichtung, ein Geschäft, eine Behörde o.ä. nicht besuchen bzw. nicht nutzen durften. In 6,7 % der Fälle wurde eine im Vergleich schlechtere Bewertung der Leistung beklagt. In 1,1 % der Fälle wurde der Person gekündigt oder sie musste eine Bildungseinrichtung verlassen; in 1,0 % der Fälle wurde angegeben, dass ein schlechteres Gehalt als bei einer anderen Person mit vergleichbarer Tätigkeit gezahlt wurde.

(b) Aus dem Jahre 2013 liegt eine Studie von Ernst von Kardorff, Heike Ohlbrecht und Susen Schmidt vor, die den Zugang zum Arbeitsmarkt von Menschen mit Behinderungen betreffen,

von Kardorff/Ohlbrecht/Schmidt, Zugang zum allgemeinen Arbeitsmarkt für Menschen mit Behinderungen. Expertise im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, 2013, https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Expertisen/expertise_zugang_zum_allg_arbeitsmarkt_f_menschen_mit_behinderungen.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 07.09.2022).

Sie betont die große Bedeutung, welche die Teilhabe am Arbeitsleben für Menschen mit Behinderungen hat. Als Voraussetzungen für eine gelungene Inklusion werden ausgemacht: „der Wille und die Entscheidung auf Seiten der Unternehmensverantwortlichen zur Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen und dies umgesetzt in einer einschlägigen im gesamten Unternehmen kommunizierten Strategie, angefangen von einer individuell passfähigen Arbeitsumgebung bis hin zu innovativen Arbeitszeitmodellen und der Nutzung spezieller Maßnahmen, wie Unterstützte Beschäftigung oder Arbeitsassistenz“. Die Studie macht auch deutlich, dass Menschen mit – zumindest nicht stark auffälligen – körperlichen Einschränkungen weitaus bessere Chancen auf dem Arbeitsmarkt haben als Menschen mit einer psychischen und/oder geistigen Behinderung.

Als Handlungsempfehlungen führt die Studie u.a. die Etablierung eines Behinderungsbegriffs mit einem Fokus auf der Feststellung individueller Unterstützungsbedarfe, die bei der Arbeitsmarktklusion auf einem individuellen Assessment der Arbeitsfähigkeit beruhen und auf entsprechende Hilfen zur Unterstützung am Arbeitsplatz ausgerichtet sind, an.

(c) Aus dem Jahr 2012 datiert ferner eine Studie, welche die Diskriminierungswirklichkeit spezifisch von Menschen mit Migrationshintergrund in den Blick nimmt,

Sachverständigenrat deutscher Stiftungen für Integration und Migration, Benachteiligungserfahrungen von Personen mit und ohne Migrationshintergrund im Ost-West-Vergleich, Expertise für die Antidiskriminierungsstelle des Bundes, 2012, <https://www.svr-migration.de/wp-content/uploads/2012/08/SVR-Expertise-fuer-ADS.pdf> (zuletzt abgerufen am 07.09.2022).

Laut der Studie nimmt die Zuwanderungsbevölkerung insbesondere bei der Wohnungssuche, auf dem Arbeitsmarkt, in Bildungsstätten sowie auf Behörden eine starke Benachteiligung wahr. 9,4 % der Befragten mit Migrationshintergrund fühlen sich bei der Wohnungssuche, 10 % auf dem Arbeitsmarkt, 6,5 % im Bildungsbereich und 9 % auf Ämtern und Behörden „sehr stark“ oder „eher stark“ benachteiligt.

(d) Der große Verdienst einer letzten Studie von 2011, die hier abschließend kurz vorgestellt werden soll, ist es, die Bedeutung intersektionaler Diskriminierungserfahrungen – also solcher Erfahrungen, die durch ein Zusammentreffen mehrerer Diskriminierungskategorien charakterisiert sind – zu beleuchten,

Dern/Inowlocki/Oberlies/Bernstein, Mehrdimensionale Diskriminierung. Eine empirische Untersuchung anhand von autobiografisch-narrativen Interviews, Teilexpertise erstellt im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes durch die Fachhochschule Frankfurt am Main/Hochschule Esslingen, 2011, https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Expertisen/expertise_mehrdimensionale_diskriminierung_empirische_untersuchung.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 07.09.2022).

Die qualitative Studie macht dabei häufige Kreuzungspunkte der verschiedenen Diskriminierungskategorien aus. Die sexuelle Orientierung – insbesondere im Bereich Arbeit, Schule und Familie – geht dabei typischerweise mit bestimmten Geschlechtervorstellungen einher. Beim islamischen Kopftuch kreuzen sich „Rasse“ oder ethnische Herkunft, Religion und Geschlecht. Behinderung und Alter, aber auch durch Suchtkrankheiten bedingte Behinderungen und Geschlecht gehen regelmäßig einher, ebenso wie „Rasse“ und Geschlecht vor der Diskotür.

Als rechtliche Handlungsempfehlungen sprechen die Autorinnen die Schließung von Rechtsschutzlücken infolge einer nur begrenzten Reichweite des AGG, insbesondere im öffentlichen Raum und der Schule, an. Angeregt wird auch eine strafrechtliche Sanktionierung diskriminierenden Verhaltens.

IV. Vorgaben an die institutionelle Einbettung des Diskriminierungsschutzes in Hessen

Die derzeit geltenden europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien enthalten neben den oben genannten materiellen und prozessualen Vorgaben auch den Befehl an die Mitgliedstaaten, „eine oder mehrere Stellen [zu benennen], deren Aufgabe darin besteht, die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Personen ohne Diskriminierung [...] zu fördern.“ Das Unionsrecht fordert, dass diese Stellen „die Opfer von Diskriminierungen unabhängig dabei [...] unterstützen, ihrer Beschwerde wegen Diskriminierung nachzugehen; unabhängige Untersuchungen zum Thema Diskriminierung [durchführen]; unabhängige Berichte [...] veröffentlichen und Empfehlungen [vorlegen], die mit diesen Diskriminierungen in Zusammenhang stehen“,

siehe Art. 13 RL 2000/43/EG sowie die Parallelregelungen in Art. 12 RL 2004/113/EG und Art. 20 RL 2006/54/EG. Die Rahmenrichtlinie enthält keine entsprechende Verpflichtung.

Der derzeitige Richtlinienentwurf fordert somit – vom Wortlaut her – zunächst nur mindestens eine solche Antidiskriminierungsstelle; mit der Antidiskriminierungsstelle des Bundes (ADS) wurde im AGG eine entsprechende Institution geschaffen, die zwar beim Bundesministerium für Familien, Senioren und Jugend angesiedelt,

vgl. § 25 Abs. 1 und 2 AGG,

dem Ministerium aber nicht untergeordnet, sondern organisatorisch ausgegliedert ist und als selbständige Bundesbehörde im Wesentlichen weisungsungebunden agiert,

vgl. § 25 Abs. 3 AGG i.V.m. §§ 26 f. AGG sowie *Benecke*, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, BeckOGK AGG, Stand: 01.03.2022, § 25 Rn. 2; *Ernst*, in: Däubler/Beck, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 5. Aufl. 2022, AGG § 25 Rn. 4.

Folgerichtig ist die Leiterin der Stelle nach der letzten Neufassung des AGG direkt vom Deutschen Bundestag als eine Bundesbeauftragte für Antidiskriminierung legitimiert,

vgl. die §§ 25 Abs. 3, 26 ff. AGG in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes vom 23.05.2022, BGBl. I S. 768.

Aufgrund der föderalen Struktur der Bundesrepublik Deutschland und den oben beschriebenen Kernkompetenzen auch der 16 Bundesländer, die von den EU-Antidiskriminierungsrichtlinien ebenfalls angesprochen werden, erscheint es indessen sinnvoll, dass auch die einzelnen

Länder entsprechende Stellen für ihren Hoheitsbereich vorhalten; sofern die ADS als Bundesinstitution ihre Berichts-, Beratungs-, Förderungs- und Forschungsstrukturen allein auf den Geltungsbereich des AGG beschränken sollte (was die innerstaatliche Kompetenzverteilung nahelegt), bestünde aus Gründen des Unionsrechts sogar eine Pflicht zur Schaffung entsprechender Landesstellen, um den Vorgaben des Art. 13 RL 2000/43/EG, des Art. 12 RL 2004/113/EG und des Art. 20 RL 2006/54/EG gerecht zu werden. § 29 AGG lässt dabei aus Sicht des Bundesrechts ausdrücklich ein solches Nebeneinander von Bundes-, Landes- und gar regionalen Stellen zu.

Das Land Hessen verfügt seit dem Jahr 2015 über eine „Stabstelle Antidiskriminierung“ im Hessischen Ministerium für Soziales und Integration, welche in ihren fünf Arbeitsschwerpunkten Öffentlichkeitsarbeit, Prävention, Sensibilisierung, Vernetzung und Beratung in dem Aufgabenkreis tätig ist, den Art. 13 RL 2000/43/EG, Art. 12 RL 2004/113/EG und Art. 20 RL 2006/54/EG umschreiben,

vgl. die Vorstellung der Stabstelle auf der Homepage des Ministeriums für Soziales und Integration, <https://soziales.hessen.de/Soziales/Antidiskriminierung/Antidiskriminierungsstelle> (zuletzt abgerufen am 07.09.2022).

Anders als die ADS des Bundes ist die hessische „Stabstelle Antidiskriminierung“ jedoch nicht organisatorisch selbständig und formal weisungsungebunden, sondern vollständig in das Landesministerium eingegliedert. Zwar liegt bislang noch keine einschlägige EuGH-Rechtsprechung zu den genannten Richtlinienvorschriften vor. Es erscheint jedoch schon europarechtlich mehr als zweifelhaft, ob die in den Richtlinien texts geforderte Unabhängigkeit der Antidiskriminierungsstellen in ihrer Untersuchungs-, Beratungs- und Berichtstätigkeit bei vollständiger Eingliederung in die Ministerialhierarchie gewährleistet sein kann. Im Gegenteil wird davon auszugehen sein, dass die geforderte materielle Unabhängigkeit der Stellen auch organisatorisch-institutionell über eine gesetzlich verbrieft Weisungsungebundenheit gesichert sein muss,

siehe vonseiten des Europarats: *European Commission against Racism and Intolerance (ECRI)*, General Policy Recommendation No. 2 on Specialized Bodies to Combat Racism, Xenophobia, Anti-Semitism and Intolerance at National Level, adopted on 13 June 1997, CRI(97)36, S. 7 (Kapitel D, Prinzip 5), welche der EU als wichtiger Orientierungspunkt bei der Formulierung der genannten Richtlinienvorgaben gedient haben, siehe *Franke/Merx*, ZESAR 2005, S. 321 (322).

Ferner verlangt das Unionsrecht zur effektiven Aufgabenwahrnehmung der Stellen zumindest implizit deren hinreichende personelle und sachliche Ausstattung,

vgl. nochmals die *ECRI*, a.a.O., sowie (zur ADS des Bundes) *Ernst*, in: Däubler/Beck, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 5. Aufl. 2022, AGG § 25 Rn. 4; sehr viel deutlicher

zum Ganzen nunmehr aber auch unmittelbar für die EU der aktuelle Vorschlag der *Europäischen Kommission* für eine Richtlinie des Rates über Standards von Gleichstellungsstellen vom 07.12.2022, COM(2022) 689 final, 2022/0401 (APP).

V. Zwischenergebnis: Defizite und erreichte Meilensteine im Landesrechts Hessens

Die genannten empirischen Studien verdeutlichen, dass Menschen auch dort von Diskriminierungserfahrungen berichten, wo nicht der Bund, sondern die Bundesländer in der Verantwortung stehen. Dies gilt insbesondere für den Bereich der öffentlichen Bildung, aber auch für das Handeln von Ämtern und Behörden, insbesondere der Polizei, sowie für das Arbeitsleben, das jedenfalls im öffentlichen Dienstrecht ebenfalls zu großen Teilen Ländersache ist. Welche Konsequenzen aus diesen dokumentierten Erfahrungen zu ziehen sind und ob sich daraus auch ein legislativer Handlungsbedarf ergibt, ist grundsätzlich dem Ermessen des Landesgesetzgebers übertragen, dem sodann auch die politische Verantwortung für das von ihm bereitgestellte Schutzniveau zukommt. Dieser Grundsatz kennt jedoch eine wichtige Ausnahme in den Bereichen, wo das höherrangige Recht und insbesondere die vier EU-Antidiskriminierungsrichtlinien bestimmte Umsetzungsbefehle enthalten, die innerstaatlich der Kompetenzsphäre der Länder zuzurechnen sind. Hier ist das legislative Ermessen auf null reduziert; der Landesgesetzgeber ist rechtlich verpflichtet, die Richtlinienvorgaben zu erfüllen.

Die strengsten Vorgaben enthält das europäische Recht für das öffentliche Dienstrecht. Hier sind neben der Antirassismusrichtlinie auch die Rahmenrichtlinie und die Genderrichtlinie zu beachten. Sie verbieten nicht nur materiell Diskriminierungen wegen der „Rasse“ oder der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters und der sexuellen Ausrichtung. Sie stützen die Diskriminierungsverbote zudem mit Mindestanforderungen an den Rechtsschutz. In Ermangelung allgemeiner Diskriminierungsschutzgesetzgebung in Hessen droht hier zunächst ein vollumfänglicher Umsetzungsausfall, der jedoch durch eine Fortgeltung des AGG über Art. 125a GG weitgehend aufgefangen werden kann. Allerdings ist auch das AGG nicht frei von Umsetzungsdefiziten, wie insbesondere § 2 Abs. 4 AGG, § 15 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 AGG und § 15 Abs. 4 Satz 2 Alt. 1 AGG zeigen. Diese Umsetzungsfehler muss sich nunmehr auch das Land Hessen zurechnen lassen, bis es mittels eigener Gesetzgebung für eine richtlinienkonforme Rechtslage sorgt. Das HessBGG zum Schutz von Menschen mit Behinderung führt in seinem Anwendungsbereich zu wichtigen Fortschritten gerade mit Blick auf die „angemessenen Vorkehrungen“ im Einklang mit der UN-BRK, den Beteiligungsrechten von Betroffenenverbänden und bei der Beweislast. Auch das HessBGG kann jedoch die Umsetzungsprobleme im Bereich des Staatshaftungsrechts nicht beheben. Das HGIG leistet einen wichtigen Beitrag zur Geschlechtergleichstellung im öffentlichen Dienst. In seiner Wirkweise ist es jedoch eher dem Bereich der „positiven Maßnahmen“ zuzuordnen. Die genannten Umsetzungsdefizite des repressiven Richtlinienrechts kann es nicht beheben.

Die Vorgaben des EU-Rechts an die Länder beschränken sich jedoch nicht auf das öffentliche Dienstrecht. Die Antirassismusrichtlinie stellt die gleichen Anforderungen, wie sie im Arbeitsrecht gelten, bei rassistischen Diskriminierungen auch für den gesamten Bereich der öffentlichen Bildung, für die sozialen Vergünstigungen und für den Zugang und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen. Im letztbenannten Bereich, dem Güter- und Dienstleistungsverkehr, tritt neben die Antirassismusrichtlinie zudem die RL 2004/113/EG. Sie erstreckt die europarechtlichen Anforderungen auf Diskriminierungen wegen des Geschlechts. Damit sind durch die beiden letztgenannten Richtlinien weitere zentrale Tätigkeitsfelder des Landes betroffen: die Kindertagesstätten, Schulen und Hochschulen, die Museen, die Freizeiteinrichtungen, die staatlichen Gas- und Wassergesellschaften, die Kultur- und Verkehrsbetriebe, die Sparkassen und viele mehr. Anders als noch im öffentlichen Dienstrecht gilt hier jedoch das AGG nur dann, wenn in der Form privatrechtlicher (Massen-)Verträge (vgl. § 19 Abs. 1 und 2 AGG) gehandelt wird, was insbesondere im Bildungsbereich kaum der Fall ist. Somit tun sich gewichtige, weitere Umsetzungslücken auf. Zwar beanspruchen sowohl Art. 3 Abs. 2 und 3 des Grundgesetzes als auch die vereinzelt gesetzlichen Diskriminierungsverbote im Landesrecht Hessens uneingeschränkte Geltung. Diese Rechtssätze enthalten jedoch meist nur vergleichsweise offene Grundsatzregelungen, welche die seitens der Richtlinie geforderte Detailschärfe vermissen lassen. Es fehlt dem hessischen Landesrecht insbesondere an Regelungen, die neben der unmittelbaren Diskriminierung auch die mittelbare Diskriminierung, die diskriminierende Belästigung sowie die Anstiftung zur Belästigung explizit verpönen. Beim Rechtsschutz fehlen vor allem unionsrechtlich zwingend geforderte Regelungen für eine Beweiserleichterung, für Beteiligungsrechte von Betroffenenverbänden und für ein effektives Staatshaftungsrecht.

Mit der Stabstelle Antidiskriminierung hält das Land Hessen seit einigen Jahren eine Antidiskriminierungsstelle vor, welche die in den Richtlinien geforderte Beratungs-, Untersuchungs- und Berichtstätigkeiten zu ihren Aufgaben zählt. Die Stelle ist jedoch nicht in dem vom Richtlinienrecht geforderten Maße als unabhängig anzusehen, zumal sie vollständige in die Ministerialhierarchie eingegliedert ist; sie verfügt zudem über keine unmittelbare parlamentarische Legitimation.

Als Folge dieser Umsetzungsfehler drohen dem Land Hessen Schadensersatzpflichten nach den Grundsätzen der *Francovich*-Rechtsprechung des EuGH,

EuGH, Rs. C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357 (Andrea Francovich), Rn. 28 ff.,

jedenfalls soweit und sofern eine unmittelbare Anwendung des Richtlinienrechts ausgeschlossen ist,

nach ständiger Rechtsprechung des EuGH kann Richtlinienrecht, welches hinreichend klar und bestimmt ist jedenfalls gegenüber staatlichen Akteuren auch ohne Umsetzungsakt unmittelbare Anwendung finden, sobald die Frist zur Umsetzung der Richtlinie abgelaufen ist, vgl. *EuGH*, Rs. 41/74, Slg. 1974, 1337 (Yvonne van Duyn), Rn. 12 ff. Dieser Mechanismus lässt die Umsetzungspflicht als solche jedoch unberührt.

Ferner riskiert das Land Hessen, den Bund hier zum Gegner eines Vertragsverletzungsverfahrens zu machen, vgl. Art. 258 und Art. 259 AEUV,

zur politischen Natur der Kommissionsentscheidung über die Einleitung von Vertragsverletzungsverfahren siehe nochmals oben S. 20.

Resultierende finanzielle Lasten sind bei alledem nach Art. 104a Abs. 6 Satz 1 GG vom Land Hessen und nicht vom Bund zu tragen,

explizit zum Fall fehlender oder unzureichender Umsetzung von EU-Richtlinien etwa *Siekmann*, in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 104a, Rn. 58. Siehe auch die Regelung des § 1 des Lastentragungsgesetzes (LastG) des Bundes mit einem korrespondierenden Erstattungsanspruch des Bundes in § 5 Abs. 1.

VI. Empfehlungen für einen effektiven und unionsrechtskonformen Diskriminierungsschutz in Hessen

Dem hessischen Landesgesetzgeber stehen aus unionsrechtlicher Perspektive mehrere Möglichkeiten offen, die erwähnten Umsetzungsdefizite abzustellen. Die europarechtlichen Vorgaben enthalten im Ausgangspunkt lediglich Mindestschutzbestimmungen. Das Landesrecht darf also nicht unter das von den Richtlinien skizzierte Schutzniveau fallen, es darf aber sehr wohl ein höheres Maß an Diskriminierungsschutz vorsehen. Aus europarechtlicher Perspektive würden damit etwa im Bildungsbereich spezielle Landesgesetze genügen, die lediglich dort rassistische Diskriminierungen verbieten und zugleich nur dort die erforderlichen Rechtsschutzmechanismen bereitstellen. Dies könnte etwa über eine Novellierung des HessHG und des SchulG bewerkstelligt werden; zugleich bedurfte es aber auch entsprechender Regelungen für die anderen Bildungseinrichtungen im europarechtlichen Sinne (Kindertagesstätten, Museen, Bibliotheken, Rundfunk etc.). Für den Güter- und Dienstleistungsverkehr müsste der Landesgesetzgeber dann weitere Gesetze erlassen, die wiederum bereichsspezifischen Diskriminierungsschutz vermitteln, hier jedoch für rassistische und sexistische Diskriminierungen etc.

1. Vorzüge allgemeiner Antidiskriminierungsgesetzgebung

Der Bund hat mit dem AGG eine andere Regelungstechnik gewählt, nämlich diejenige eines allgemeinen Antidiskriminierungsgesetzes. So hat er etwa im privatrechtlichen Güter- und

Dienstleistungsverkehr ein Diskriminierungsverbot eingeführt, das im Interesse der Rechtsvereinheitlichung in § 19 AGG teilweise über die Vorgaben der EU-Richtlinien hinausgeht. Denn das AGG verbietet hier nicht nur Ausgrenzungen aufgrund der „Rasse“ und des Geschlechts – wie vom EU-Recht gefordert –, sondern (mit Ausnahme der Weltanschauung) auch wegen der anderen Kategorien, die (hier eigentlich nur für das Arbeitsrecht) in der Rahmenrichtlinie genannt sind (also etwa die Behinderung oder die sexuelle Identität etc.).

Für einen solchen generellen Ansatz, der grundsätzlich argumentiert und für alle Bereiche einen einheitlichen Diskriminierungsschutz bereitstellt, spricht auch aus rechtsdogmatischer Perspektive einiges. Ein allgemeines Diskriminierungsschutzgesetz ist für den Rechtssuchenden wie für die Rechtsanwenderin in hohem Maße transparent. Denn es erleichtert die Rechtsfindung, wenn nicht erst aufwendig Anwendungs- und Geltungsbereiche voneinander abgegrenzt werden müssen, sondern überall dasselbe gleich effektive Regelungsregime herrscht.

Aber auch das Verfassungsrecht des Grundgesetzes und der hessischen Verfassung streiten für einen einheitlichen Ansatz. Denn auch die dort niedergelegten Diskriminierungsverbote beschränken sich nicht auf bestimmte Regelungsbereiche – etwa die Bildung oder den Dienstleistungsverkehr –, sondern missbilligen es ganz grundsätzlich, wenn der Staat diskriminiert. Zugleich erklären die Bundes- und die Landesverfassung nicht nur den Rassismus und die Geschlechterdiskriminierung für besonders missbilligenswert. Sie verbieten im selben Atemzug zudem vorurteilsgeleitete Unterscheidungen aufgrund u.a. einer Behinderung (so zumindest das Grundgesetz), der Religion und der Herkunft. Ein allgemeines Landesantidiskriminierungsgesetz, das als Querschnittsgesetz das gesamte Landeshandeln und sämtliche Diskriminierungskategorien gleichermaßen anspricht, vermag es, diese Verfassungsgrundsätze aufzunehmen und entlang der erforderlichen Detailvorgaben aus dem Unionsrecht einheitlich auszubuchstabieren.

Ein allgemeines Landesantidiskriminierungsgesetz mag dabei zwar dort zu einer Mehrbelastung des Landeshaushalts führen, wo Diskriminierungsschutzklagen bislang allein an der derzeitigen Ausgestaltung des Staatshaftungsrechts gescheitert sind. Denn die Effektivierung auch des Sekundärrechtsschutzes bei Diskriminierungen soll es ja gerade bewirken, dass bestimmte Diskriminierungen nicht entschädigungsfrei bleiben. Der Konnexitätsgrundsatz des Art. 137 Abs. 6 Verf HE verlangt deswegen jedoch nicht bereits eine Kostenregelung zugunsten der Gemeinden und Gemeindeverbände. Denn die bloße Effektivierung von Rechtsschutz bedeutet weder eine eigenständige Verpflichtung der Gemeinden oder Gemeindeverbände zur Erfüllung staatlicher Aufgaben, noch die Übertragung neuer oder die Veränderung bestehender eigener oder übertragener Aufgaben. Die materielle Verpflichtung der Gemeinden und Gemeindeverbände auf den Nichtdiskriminierungsgrundsatz ergibt sich bereits aus europäischem Primärrecht, aus Bundes- und Landesverfassungsrecht sowie aus hergebrachtem einfachen Landesrecht (siehe oben S. 5 f. und 15 ff.). Auch ohne ein Landesantidiskriminierungsgesetz sind die Kommunalbeamten bereits zur Nichtdiskriminierung

verpflichtet (dies gälte vor dem Hintergrund des Art. 3 Abs. 1 GG im Übrigen auch für bestimmte Erweiterungen des Katalogs der Diskriminierungskategorien über diejenigen des Art. 3 Abs. 3 GG hinaus). Insofern bewirkte ein Landesantidiskriminierungsgesetz hier lediglich die Effektuierung bestehender, nicht jedoch die Schaffung neuer (materieller) Standards (vgl. dagegen *StGH Hessen*, Urteil vom 06.06.2012 – P. St. 2292 –, juris, Rn. 60 ff., wo es um die Modifikation materieller Standards auf der Primärebene ging). Die bloße Verpflichtung auf die Einhaltung von Grundrechten kann hier nicht zum Kostenargument gerinnen. Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn ein Landesantidiskriminierungsgesetz die Gemeinden und Gemeindeverbände tatsächlich substantiell mit neuen Aufgaben betraut (z.B. wenn es die Verpflichtung zum Aufbau kommunaler Antidiskriminierungsstellen schafft etc.).

2. Stärkung der Antidiskriminierungsstelle

Zur Verwirklichung des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes bedarf es jedoch nicht nur bestimmter Anpassungen im materiellen Recht. Das diskriminierungsschutzrechtliche Regelungsregime muss zudem in eine adäquate Institutionenarchitektur gefügt sein. Daher erscheint eine Stärkung der Landesantidiskriminierungsstelle als weiterer wichtiger Baustein zur Fortentwicklung des hessischen Antidiskriminierungsrechts. Dabei gilt es einerseits, der Verwaltung diskriminierungsschutzrechtliche Expertise zur Verfügung zu stellen, die sich nicht zuletzt aus einer horizontalen bzw. intersektionalen Betrachtungsweise nährt. Andererseits erfordert ihre Beratungs-, Vermittlungs- und Kontrollfunktion ein Mindestmaß an Unabhängigkeit der Stelle, die einer vollumfänglichen Eingliederung in die Ministerialhierarchie entgegensteht. Beide Anforderungen können konfliktieren, weshalb der Gesetzgeber verschiedene Konstruktionsmöglichkeiten abzuwägen haben wird.

Für eine Erhöhung der Unabhängigkeit und der Effektivität der Antidiskriminierungsstelle empfiehlt sich ihre möglichst direkte und weitreichende parlamentarische Legitimierung und deren jedenfalls organisatorische Ausgliederung aus der Ministerialhierarchie. Die Leitung der Stelle könnte dabei einer Unabhängigen Landesbeauftragten für Antidiskriminierung überantwortet sein, die durch den Landtag gewählt wird und in ihrer Amtsausübung allein dem Gesetz unterworfen ist,

ausführlich zum traditionellen Bild der Ombudsstelle als Organ der Verwaltungskontrolle mit unmittelbarer parlamentarischer Verankerung *Haas*, Der Ombudsmann als Institution des Europäischen Verwaltungsrechts, 2012, *passim*.

Die institutionelle Stellung der Antidiskriminierungsstelle und ihrer Leitung sollte dabei ebenso wie ihre Befugnisse im Landesantidiskriminierungsgesetz fixiert werden. Zur effektiven Wahrnehmung ihrer Aufgaben müsste der Antidiskriminierungsstelle insbesondere ein Akteneinsichtsrecht zugesprochen werden; zudem sollte sie befugt sein, Verstöße gegen das Antidiskriminierungsrecht des Landes festzustellen und ggf. öffentliche Stellen zu konkreten aufzufordern,

vgl. zu den Befugnissen das Beispiel des § 14 LADG Berlin (insbes. Abs. 3 und 4).

Zur Vermeidung eines Verlusts horizontaler antidiskriminierungsrechtlicher Expertise in der Verwaltung könnte andererseits auch eine Zweiteilung der Struktur erwogen werden, wonach neben eine parlamentarische Ombudsperson oder -stelle mit den genannten Beratungs-, Vermittlungs- und Kontrollbefugnissen eine Antidiskriminierungsstelle als oberste Landesbehörde tritt. Dabei bedarf es jedoch einer präzisen Abgrenzung der Kompetenzen zwischen (parlamentarischer) Ombuds- und (exekutiver) Landesantidiskriminierungsstelle, um ineffiziente Dopplungen und Rechtskonflikte zu vermeiden.

Dies könnte wiederum für eine Verzahnung der beiden Seiten sprechen, wie sie etwa in den reformierten §§ 25 ff. AGG zum Ausdruck kommen. So sieht das Bundesrecht zwar eine unmittelbar parlamentarisch legitimierte „Unabhängige Bundesbeauftragte für Antidiskriminierung“ vor. Sie ist weisungsungebunden und untersteht allein der Rechtsaufsicht der Bundesregierung,

vgl. § 26a Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 AGG n.F.

Zugleich obliegt ihr die Leitung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, die als solche jedoch dem Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend zugeordnet ist,

vgl. § 25 Abs. 1 AGG, welcher insoweit noch der alten Rechtslage entspricht.

Auch einer solchen teilweise eingegliederten Antidiskriminierungsstelle müssten jedoch hinreichende Sach- und Personalmittel zur Sicherung ihrer Unabhängigkeit vom Landtag direkt zugewiesen werden,

vgl. § 25 Abs. 2 AGG sowie die *European Commission against Racism and Intolerance (ECRI)*, General Policy Recommendation No. 2 on Specialized Bodies to Combat Racism, Xenophobia, Anti-Semitism and Intolerance at National Level, adopted on 13 June 1997, CRI(97)36, S. 7 (Kapitel D, Prinzip 5).

Die konkrete Ausgestaltung der Ombuds- und/oder Antidiskriminierungsstellen steht dabei weitgehend im gesetzgeberischen Ermessen, welches sich jedoch neben den Art. 13 RL 2000/43/EG, Art. 12 RL 2004/113/EG und Art. 20 RL 2006/54/EG auch von den genannten ECRI-Empfehlungen leiten lassen sollte. Zugleich sollte das weitere legislative Schicksal des Vorschlags für eine Richtlinie des Rates über Standards von Gleichstellungsstellen,

Europäische Kommission, Richtlinienvorschlag vom 07.12.2022, COM(2022) 689 final, 2022/0401 (APP),

im Auge behalten werden. Die Wahl für eine der aufgezeigten Optionen wird dabei nicht zuletzt entscheidend davon beeinflusst sein, welche (Untersuchungs- und Kontroll-)Kompetenzen der Stelle im Einzelnen zugestanden werden.

3. Maßnahmen zur Vertiefung diskriminierungskritischer Kompetenzen in der hessischen Verwaltung

Ein (neues) Gesetz allein lässt Diskriminierungen nicht einfach verschwinden. Auch ein modernes Antidiskriminierungsgesetz muss daher in einen weiten Strauß an Maßnahmen eingebettet sein, die der Effektuierung von Diskriminierungsschutz dienen. Hierzu zählt der Aufbau einer vielschichtigen und niedrighschwellig zugänglichen Beratungsinfrastruktur ebenso wie eine vielfältige Projektförderung. Abschließend sei aber auch auf Möglichkeiten hingewiesen, um diskriminierungskritische Kompetenzen in der hessischen Verwaltung zu stärken und auch so zu einer Effektuierung des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes beizutragen. Mögliche Maßnahmen umfassen etwa – in Anlehnung an § 11 LADG Berlin, der als Vorbild für eine entsprechende hessische Regelung in einem allgemeinen hessischen Landesantidiskriminierungsgesetz dienen könnte – die Entwicklung und Durchführung von spezifisch auf die hessische Verwaltung zugeschnittenen Fortbildungs- und Qualifizierungsprogrammen. Die Teilnahme an solchen Programmen könnte allgemein oder zumindest für Personen in Leitungsfunktionen verpflichtend sein. Ferner kann die „Diversity“-Kompetenz zum obligatorischen Kriterium für dienstrechtliche Beurteilungen gemacht werden. Bei juristischen Personen des Privatrechts, an denen das Land Anteile hält, kann versucht werden, über ein entsprechendes Abstimmungsverhalten in den Gesellschafterinnengremien vergleichbare Mechanismen durchzusetzen.

Neben die gezielte Schulung der Mitarbeitenden könnte zudem eine Analyse der einzelnen Organisations- und Arbeitsabläufe in der hessischen Verwaltung auf mögliche strukturelle Diskriminierungslagen treten. Periodische Berichte des Landesantidiskriminierungsstelle mit einer Auswertung der bearbeiteten Beschwerdefälle ermöglichen zudem eine gezielte sach- und fachspezifische Reflexion der hessischen Verwaltungspraxis. Diese Maßnahmen mögen als Elemente eines präventiven Diskriminierungsschutzes die oben dargestellten repressiven Instrumente in einem zeitgemäßen hessischen Landesantidiskriminierungsgesetz abrunden.



Impressum

Herausgeber

Hessisches Ministerium für Soziales und Integration

Sonnenberger Str. 2/2a

65193 Wiesbaden

Telefon: 0611-3219-0

Redaktion und Erstellung: Prof. Dr. iur. Alexander Tischbirek

Verantwortlich (v.i.S.d.P.) Alice Engel

poststelle@hsm.hessen.de

<https://soziales.hessen.de>

Druck: Hausdruckerei

Erscheinungsdatum: April 2023