

details **AKTUELL**
AUS DEN FACHBEREICHEN VON LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

DAS ANTIDISKRIMINIERUNGSGESETZ

- 2 EDITORIAL
- 3 EINLEITUNG
DAS ARBEITSRECHT IM ANTIDISKRIMINIERUNGSGESETZ
- 11 RECHTSCHUTZ GEGEN BENACHTEILIGUNGEN
- 14 EXKURS: ANTIDISKRIMINIERUNGSSCHUTZ IM ALLGEMEINEN
ZIVILRECHT
GERICHTLICHE DURCHSETZUNG DER ANSPRÜCHE
- 15 DIE ANTIDISKRIMINIERUNGSSTELLE DES BUNDES
- 16 EMPFEHLUNGEN FÜR DEN ARBEITGEBER
- 19 FAZIT

LOSCHELDER **ARBEITSRECHT**

März 2005

EDITORIAL

Die vorliegende Ausgabe der arbeitsrechtlichen Informationen unserer Kanzlei ist diesmal ausschließlich einem Einzelthema, dem Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes, gewidmet. Das Gesetz wird auf die arbeitsrechtliche Praxis großen Einfluss haben. Wir möchten Sie daher mit unserem Mandantenseminar am 07.03.2005 und dieser Schrift rechtzeitig und umfassend informieren.

Es ist auch nicht voreilig, einem bloßen Gesetzesentwurf so große Aufmerksamkeit zu widmen. Grundlegende Änderungen sind nach derzeitigem Kenntnisstand nicht zu erwarten. Das Gesetz ist gerade im arbeitsrechtlichen Teil ohnehin in weitem Umfang durch europarechtliche Vorgaben geprägt. Zum andern ist die Bundesregierung entschlossen, das Gesetz nunmehr zügig zu verabschieden. Die Umsetzungsfristen einiger der zugrunde liegenden Richtlinien sind längst abgelaufen. Der parlamentarische Fahrplan wird deshalb stringent abgehandelt:

Das Gesetz wurde am 16.12.2004 durch die Bundestagsfraktionen von SPD und Bündnis 90/DIE GRÜNEN eingebracht. Die erste Lesung erfolgte am 21.01.2005; das Gesetz wurde an die Ausschüsse verwiesen. Federführend ist der Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend. Ein ausführliches Sachverständigen-Hearing ist für den 07.03.2005 geplant; mit der zweiten und dritten Lesung im Bundestag und der Verabschiedung ist für Mitte April zu rechnen. Voraussichtlich auf seiner Sitzung vom 27.05.2005 kann der Bundesrat sodann entscheiden, ob er den Vermittlungsausschuss anruft. Bei einem Scheitern des Vermittlungsverfahrens könnte der Bundestag den Einspruch des Bundesrats allerdings mit Kanzlermehrheit zurückweisen.

Die nächste arbeitsrechtliche Ausgabe von detailsAKTUELL ist für den Frühsommer geplant. Themen werden u.a die richtige Zustellung von Kündigungen und die neue Rechtsprechung des BAG zu Widerrufsvorbehalten sein. Sorge, dass für die nächste Ausgabe nicht genügend weiterer aktueller Stoff vorliegen könnte, haben wir angesichts der unverminderten Aktivität von Gesetzgeber, EuGH, BAG, LAGs und Arbeitsgerichten nicht.

AUTOREN DIESER AUSGABE

DR. DETLEF GRIMM
detlef.grimm@loschelder.net

DR. MARTIN BROCK
martin.brock@loschelder.net

DR. NORBERT WINDELN, LL.M.
norbert.windeln@loschelder.net

DAS ANTIDISKRIMINIERUNGSGESETZ**

I. EINLEITUNG

Am 16.12.2004 haben die Bundestagsfraktionen von SPD und Bündnis 90/DIE GRÜNEN den Gesetzesentwurf für ein Antidiskriminierungsgesetz vorgelegt, das die europäischen Richtlinien 2002/73/EG, 2000/78/EG und 2000/43/EG umsetzen soll; bereits berücksichtigt ist die am 13.12.2004 beschlossene Richtlinie 2004/113/EG. Das Gesetz verbietet Benachteiligungen aus im Gesetz abschließend genannten Gründen, bestimmt umfassende Pflichtenkataloge für die Arbeitgeber und gibt den Betroffenen umfangreiche Rechtsschutzmöglichkeiten.

Der Gedanke des "anti-discrimination law" stammt aus dem angelsächsischen Rechtsraum, wo er schon seit Jahren einen hohen Stellenwert hat, auch, da außerhalb der Diskriminierungsverbote der arbeitsrechtliche Schutz nur schwach ist. In Deutschland stand dagegen der Schutz der Arbeitnehmer allgemein, unabhängig von bestimmten Diskriminierungsgründen, im Vordergrund. Die arbeitsrechtliche Stellung der Arbeitnehmer, beispielsweise durch das Kündigungsschutzgesetz oder den vom BAG entwickelten Gleichbehandlungsgrundsatz, ist gut und sicher und bietet auch Schutz vor Diskriminierungen. Spezielle gesetzliche Diskriminierungsverbote gab es im deutschen Recht zur Geschlechtsdiskriminierung (§ 611a BGB) und zur Diskriminierung von Behinderten (§ 81 Abs. 2 SGB IX). Auch diese Regelungen gehen auf europäische Richtlinien zurück. Die Schwierigkeiten bei der Umsetzung dieser Richtlinien zeigen sich auch an den mehrfachen Nachbesserungen, die die Bundesrepublik aufgrund von Urteilen des EuGH an den Regelungen zur Geschlechtsdiskriminierung vornehmen musste.

Der nun vorliegende Gesetzesentwurf ist die sehr späte Umsetzung der o.g. Richtlinien, deren Umsetzungsfrist bereits teilweise Ende 2003 ablief. Er geht allerdings teilweise über die Vorgaben der Richtlinien hinaus.

II. DAS ARBEITSRECHT IM ANTIDISKRIMINIERUNGSGESETZ

1. GESCHÜTZTER PERSONENKREIS

Der arbeitsrechtliche Teil des Gesetzes findet gem. § 6 Anwendung auf Arbeitnehmer, Auszubildende und arbeitnehmerähnliche Selbständige. Der Schutz durch das Antidiskriminierungsgesetz besteht nicht nur während des Arbeitsverhältnisses. Gem. § 6 Abs. 1 S. 2 gelten als Beschäftigte im Sinne des Gesetzes auch Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis und Personen, deren Beschäftigungsverhältnis beendet ist, etwa Pensionäre.

Ergänzend bestimmt § 20 Abs. 3 S. 2 des Gesetzes eine entsprechende Geltung der für Arbeitnehmer geltenden Regelungen für andere zivilrechtliche Sachverhalte, die mit selbständigen Dienstleistungen in Zusammenhang stehen. Das führt dazu, dass die gesetzlichen Regelungen auf alle Dienstverhältnisse, also auch auf freie Mitarbeiter, Geschäftsführer und Vorstände Anwendung finden. Die Einzelheiten sind bereits jetzt umstritten. Bei Geschäftsführern und Vorständen stellt sich insbesondere auch die Frage, ob die Regelungen des Gesetzes wegen der besonderen Vertrauensstellung dieser Personengruppen überhaupt Anwendung finden können. Diese missliche Konsequenz ist allerdings zwangsläufige Folge der gesetzlichen Regelung: Die Gesellschafter dürfen den Geschäftsführer wegen Vertrauensverlust entlassen, aber nicht wegen dessen sexueller Orientierung.

2. DISKRIMINIERUNGSGRÜNDE

Das Antidiskriminierungsgesetz schützt vor einer Benachteiligung aus bestimmten, im Gesetz abschließend in § 1 aufgezählten Gründen: Rasse oder ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Identität.

a. Rasse oder ethnische Herkunft

Der Gesetzestext definiert diesen Diskriminierungsgrund als "Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft". Damit umgeht der Gesetzgeber das Problem, "Rasse" als objektiv gegebenes Kriterium (wie noch im Grundgesetz geschehen) zu verwenden.

Entscheidend ist die subjektive Vorstellung des Diskriminierenden, nicht eine wie auch immer geartete objektiv vorliegende Rassezugehörigkeit. Diese Subjektivierung der Diskriminierungsgründe wird in § 7 Abs. 1 des Gesetzesentwurfs nochmals bekräftigt: Eine Diskriminierung liegt auch dann vor, wenn der Diskriminierende das Vorliegen eines Diskriminierungsgrundes nur annimmt.

** ALLE §§ OHNE GESONDERT BEZEICHNUNG SIND SOLCHE DES ANTIDISKRIMINIERUNGSGESETZES IN DER FASSUNG DES GESETZENTWURFES VOM 16.12.2004

LOSCHELDER **ARBEITSRECHT**

März 2005

Umfasst vom Gesetz ist damit jede Diskriminierung aufgrund von rassistischen Vorstellungen. Die Mehrheit der Fälle werden – schon aus Beweisgründen – Diskriminierungen aufgrund traditioneller Rassevorstellungen bilden. Die Benachteiligung aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft wird auch häufig als mittelbare Benachteiligung vorliegen, wenn an Kriterien wie akzentfreie Sprachbeherrschung oder bestimmte äußerliche Merkmale angeknüpft wird.

b. Geschlecht

Die Regelungen zur Diskriminierung wegen des Geschlechts (dies betrifft nicht allein die Diskriminierung von Frauen, sondern auch die von Männern, wenn beispielsweise in einer Stellenanzeige eine "Sekretärin" gesucht wird und nicht ein-/e "Sekretär-/in") werden aus den §§ 611a und 611b BGB und dem Beschäftigtenschutzgesetz in das Antidiskriminierungsgesetz übernommen.

c. Religion oder Weltanschauung

Der Schutz vor Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung durch das Antidiskriminierungsgesetz wird aufgrund der wachsenden kulturellen Vielfalt und des damit einhergehend vermehrten Auftretens unterschiedlicher Religionen und Weltanschauungen eine erhebliche Rolle spielen.

Bereits in der Vergangenheit mussten sich die Arbeitsgerichte mit der Vereinbarkeit von Arbeitsleistung und der Befolgung verbindlicher religiöser Regeln und Vorgaben befassen, so zur Frage, ob ein Kaufhaus im ländlichen Raum eine muslimische Verkäuferin in der Kosmetikabteilung, die darauf besteht, ein Kopftuch zu tragen, deswegen kündigen darf. Nach Auffassung des BAG ist dies unzulässig.

Es sind auch Sekten von dem Schutz des § 1 erfasst. Dies wird bei bestimmten, von vielen abgelehnten Splitterreligionen, wie etwa Scientology, zu Auseinandersetzungen führen. Der Begriff der Weltanschauung ist in engem Zusammenhang mit der Religion zu sehen. Es wird also eine der Religion vergleichbare Form der Weltanschauung, die der einzelne für sich persönlich als verbindlich empfindet, geschützt. Der Schutz der Weltanschauung ist aber streng auf diese Art der Weltanschauung beschränkt und umfasst nicht die politische Weltanschauung.

d. Behinderung

Der Begriff der Behinderung ist im Sinne der gesetzlichen Vorgaben zum Schutz der Behinderten, wie sie das SGB IX vorgibt, zu verstehen. Der Schutz durch das Antidiskriminierungsgesetz wird hier ergänzt durch die besonderen Regelungen des SGB

IX, etwa zum Sonderkündigungsschutz für Schwerbehinderte.

e. Alter

Ein für das deutsche Recht eher neuer Gedanke ist der weitreichende Schutz vor Altersdiskriminierung. Dieser trägt als einziges der geschützten Rechtsgüter die Problematik in sich, dass er keinen gegebenen Zustand beschreibt, sondern einen sich entwickelnden Prozess.

Die Regelung soll nicht allein ältere Arbeitnehmer vor jüngeren schützen oder umgekehrt, sondern – so die Vorstellung des Gesetzgebers – flexible Lösungen für jegliche Problematik finden, die das Alter für den konkreten Arbeitnehmer mit sich bringt. Ein Arbeitnehmer ist zu Beginn seines Berufslebens für bestimmte Aufgaben vielfach zu jung, etwa, weil er keine Berufserfahrung hat; gegen Ende seines Berufslebens wegen ggf. nachlassender Arbeitskraft hingegen zu alt.

Das Verbot der Altersdiskriminierung birgt für die Arbeitgeber die meisten Umsetzungsschwierigkeiten. Bislang durfte in weitem Umfang nach dem Lebensalter differenziert werden. Ob sich diese Regelungen halten lassen, ist nunmehr offen, wobei das letzte Wort dem in letzter Instanz entscheidenden EuGH vorbehalten bleiben wird. Auf dem Prüfstand stehen Altersgrenzen in Arbeits- oder Tarifverträgen sowie nach dem Lebensalter differenzierende Sozialplanabfindungen oder Sonderzahlungen.

Ein weiteres Problem sind Differenzierungen nach dem Alter, die vom Gesetz vorgegeben werden, etwa bei der Sozialauswahl im Fall der betriebsbedingten Kündigung. Streit wird es auch geben um die – europarechtlich ohnehin umstrittene – Möglichkeit, mit älteren Arbeitnehmern sachgrundlos ohne Einschränkung befristete Verträge abzuschließen. Kann einem Arbeitgeber, der von dieser gesetzlichen Möglichkeit Gebrauch macht, zugleich eine rechtswidrige Altersdiskriminierung vorgeworfen werden?

f. Sexuelle Identität

Der Katalog der Schutzzatbestände wird von der sexuellen Identität abgeschlossen. Darunter fallen sowohl die Homo-, als auch die Transsexualität. Auch dieser Tatbestand wirft zahlreiche Fragen auf: etwa, ob ein Arbeitgeber, der aus sozialen Motiven einen Familienvater einstellt, rechtswidrig handelt, da er mit diesen Motiven zwangsläufig einen homosexuellen Bewerber diskriminiert.

g. Benachteiligung aus mehreren Gründen

Es ist möglich, dass ein Verhalten mehrere Diskriminierungsverbote verletzt. Gerade die Diskriminierung aus Gründen der

ethnischen Herkunft und eine Diskriminierung aus Gründen der Religion werden häufig kumulativ vorliegen. Für diese Gemengelage muss sich die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung auf jedes der verletzten Diskriminierungsverbote beziehen.

3. DISKRIMINIERUNGSTATBESTÄNDE

Das Antidiskriminierungsgesetz selbst verwendet den Begriff der Diskriminierung nicht. Zentraler tatbestandlicher Anknüpfungspunkt ist der Begriff der "Benachteiligung". Dieser wird in § 3 ausführlich definiert. Das Gesetz unterscheidet zwischen unmittelbaren Benachteiligungen, mittelbaren Benachteiligungen, Belästigungen und sexuellen Belästigungen.

a. Unmittelbare Benachteiligung

Eine unmittelbare Benachteiligung gem. § 3 Abs. 1 liegt vor, wenn aus einem der in § 1 genannten Gründe eine Person eine weniger günstige Behandlung erfährt, erfahren hat oder erfahren würde als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation. Eine unmittelbare Diskriminierung liegt beispielsweise vor, wenn eine Person für eine Stelle aus rassistischen Gründen, etwa wegen türkischer Herkunft, nicht eingestellt wird. Auch Altersgrenzen sind ein Fall der unmittelbaren Diskriminierung, so, wenn ein Tarifvertrag vorsieht, dass ein 55-jähriger Arbeitnehmer mit Erreichen dieses Alters ausscheidet. Eine unmittelbare Benachteiligung liegt auch dann vor, wenn die unterschiedliche Behandlung aufgrund eines Merkmals erfolgt, das mit einem der Diskriminierungsgründe im Zusammenhang steht. Das Gesetz nennt hier ausdrücklich Schwangerschaft oder Mutterschaft als Beispiele.

b. Mittelbare Benachteiligung

Eine mittelbare Benachteiligung gem. § 3 Abs. 2 liegt vor, wenn eine ungleiche Behandlung nicht direkt an eines der in § 1 genannten Kriterien anknüpft, aber "dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren" Personen wegen eines Diskriminierungsgrundes "gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können".

Das ist insbesondere der Fall, wenn der Arbeitgeber an Kriterien anknüpft, die üblicherweise bei einer der in § 1 genannten Gruppen überdurchschnittlich häufig vorkommen. Klassisches Beispiel für eine mittelbare Diskriminierung ist die Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten. Da in Teilzeitarbeit weit überproportional Frauen beschäftigt sind, kann eine Maßnahme, die Arbeitnehmer in Teilzeitarbeit benachteiligt, demnach eine mittelbare Benachteiligung von Frauen darstellen. Ein weiterer Fall von mittelbarer Diskriminierung sind Vorgaben hinsicht-

lich der deutschen Sprachkenntnisse, die Angehörige anderer Ethnien stärker belasten als Deutsche.

Allerdings untersagt der Gesetzgeber die mittelbare Benachteiligung nur dann, wenn sie nicht einem rechtmäßigen Ziel dient und nicht zum Erreichen dieses Zieles angemessen und erforderlich ist. Damit liegt schon tatbestandlich keine mittelbare Benachteiligung vor, wenn diese erforderlich ist, um ein bestimmtes legitimes Ziel zu erreichen. Der Anwendungsbereich der mittelbaren Benachteiligung ist daher bereits auf Tatbestandsebene eingeschränkt.

c. Belästigungen

Auch Belästigungen sind gem. § 3 Abs. 3 Benachteiligungen. Eine Belästigung liegt vor, wenn durch unerwünschte Verhaltensweisen, die in Zusammenhang mit einem Diskriminierungsgrund stehen, die Würde der betreffenden Person verletzt wird, "insbesondere" weil ein Umfeld geschaffen wird, das von "Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen und Beleidigungen" gekennzeichnet ist.

Der Begriff der Belästigung ist sehr weit und geht deutlich über die Vorgaben der Richtlinie hinaus. Umfasst sind bereits einmalige Handlungen verbaler oder nonverbaler Art. Es ist auch nicht erforderlich, dass der diskriminierte Arbeitnehmer bereits erklärt hat, ein gewisses Verhalten als Belästigung zu empfinden. Es reicht aus, dass ein objektiver Dritter ein solches Verhalten als Belästigung qualifizieren würde. Nur geringfügige Eingriffe sollen als Belästigungen ausscheiden.

Eine Belästigung muss nicht vom Arbeitgeber ausgehen oder von ihm gesteuert werden. Entschädigungspflichtig ist der Arbeitgeber, wenn er die gesetzlichen Schutz- und Organisationspflichten verletzt hat, auch bei Belästigungen durch Kollegen oder Dritte.

Bei einem Gastronomiebetrieb muss der Arbeitgeber also nicht nur dafür sorgen, dass nicht eine Bedienung von einem Kollegen belästigt wird. Er muss auch Schutzmaßnahmen ergreifen, die verhindern, dass sie von Gästen belästigt wird.

d. Sexuelle Belästigung

Eine Sonderform der Belästigung ist die sexuelle Belästigung gem. § 3 Abs. 4, die vorliegt, wenn durch ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten die in § 3 Abs. 3 beschriebenen Folgen bezweckt oder bewirkt werden.

Dieser Begriff der sexuellen Belästigung ist sehr weit und gegenüber der bisherigen Definition in § 2 Abs. 2 Beschäftigtenschutzgesetz, die noch ein vorsätzliches und erkennbar abgelehntes Verhalten fordert, erheblich verschärft. Nach neuer

Rechtslage kann bereits eine einmalige, unbedachte Bemerkung eine zur Entschädigungspflicht führende sexuelle Belästigung darstellen. Da ein einmal erhobener Vorwurf der sexuellen Belästigung geeignet ist, über längere Zeit das Betriebsklima zu vergiften, ist dieser weite Tatbestand, der allerdings eine fast wörtliche Übernahme der europarechtlichen Vorgaben darstellt, problematisch. Der Vorwurf der sexuellen Belästigung wird sich in Zukunft leicht als entschädigungsbewehrte "Waffe" einsetzen lassen, vor allem in Kündigungstreitigkeiten. Gerade deshalb ist es zu bedauern, dass der Tatbestand durch die Neuformulierung seine klaren Konturen verloren hat.

4. AUSNAHMEN VOM DISKRIMINIERUNGSVERBOT

Nicht jede der in § 3 definierten Benachteiligungen führt schon zu den im Gesetz genannten weitreichenden Rechtsfolgen einschließlich der Entschädigungspflicht. Eine Benachteiligung kann aufgrund bestimmter Gründe zulässig sein. Das Gesetz sieht hier ein kompliziertes Regel-Ausnahme-System vor mit Differenzierungen bei verschiedenen Diskriminierungsgründen. Hauptproblem dieses komplizierten Regelungssystems ist, dass vielfach mit Leerformeln gearbeitet wird, so dass letztlich die meisten Fragen bis zur verbindlichen Konkretisierung durch BAG und EuGH offen bleiben müssen.

a. Positive Maßnahmen

Eine Ungleichbehandlung ist zulässig, wenn sie vorgenommen wird, um bestehende Nachteile tatsächlicher oder struktureller Art wegen eines der in § 1 genannten Gründe zu verhindern oder auszugleichen.

Zulässig sind danach gezielte Maßnahmen zur Förderung einer benachteiligten Gruppe. Diese Förderung ist nicht alleine dem Gesetzgeber vorbehalten. Vielmehr sollen nach § 5 auch Tarif- und Betriebsparteien sowie der Arbeitgeber Maßnahmen ergreifen können, um bestehende oder befürchtete Nachteile auszugleichen.

Diese Maßnahmen müssen allerdings nach ihrem objektiven Maßstab geeignet und angemessen sein und bedürfen im Einzelfall einer Abwägung mit den Rechtspositionen der von ihnen negativ Betroffenen. Das schließt, gerade auch nach der Rechtsprechung des EuGH, den absoluten Vorrang einer zu fördernden Gruppe aus.

Ein Arbeitgeber kann daher nicht auf der Grundlage des § 5 grundsätzlich nur Frauen in Führungspositionen befördern, selbst wenn er den berechtigten Eindruck haben sollte, dass es zu wenig Frauen in Führungspositionen gibt, wenn er nicht im Einzelfall eine Abwägung mit den betroffenen Rechtspositionen der nicht berücksichtigten Männer vornimmt.

Im Ergebnis wird der Arbeitgeber mit einer Vielzahl von Abwägungsunsicherheiten belastet; dies stets unter der Drohung, dass eine Fehleinschätzung zur Entschädigung verpflichtet.

b. Zulässige Differenzierung wegen des Geschlechts

Eine ungleiche Behandlung wegen des Geschlechts ist nach § 8 Abs.1 Ziff. 1 zulässig, wenn das Geschlecht eine unverzichtbare Voraussetzung für die auszuübende Tätigkeit ist. Die Rechtslage entspricht der derzeit aufgrund § 611a BGB geltenden. Die von der Rechtsprechung gefundenen Ergebnisse werden auch weiterhin Gültigkeit behalten. Unverzichtbarkeit im engeren – biologischen Sinn – liegt damit nur dann vor, wenn das gewünschte Geschlecht tatsächlich zwingende Voraussetzung ist. Das kann der Fall sein bei Ammen oder Sängerinnen. Zu dieser Fallgruppe zählen auch die Fälle der sog. Authentizitätswahrung, etwa bei Mannequins oder Schauspielerinnen.

In weiteren Fällen ist eine Differenzierung zulässig, wenn dies zur Wahrung der Intimsphäre notwendig ist oder ein legitimes öffentliches Interesse besteht. Unter den Gesichtspunkt der Wahrung der Intimsphäre können die Fälle von Pflegepersonal, Arzthelferinnen oder auch der Verkäuferinnen von Bademoden (bei Umkleidemöglichkeit) gefasst werden. Als Fälle des legitimen öffentlichen Interesses wurden spezielle Kampfeinheiten und Aufseherfunktionen in Haftanstalten gesehen.

Nicht zur Differenzierung berechtigt eine bestimmte Tendenz des Arbeitgebers. Nicht unverzichtbar ist daher ein bestimmtes Geschlecht für eine kommunale Gleichstellungsbeauftragte. Lediglich bei der Geschäftsführerin eines Frauenverbandes hielt das BAG (nicht ganz konsequent) ein bestimmtes Geschlecht für eine unverzichtbare Voraussetzung. Nicht unverzichtbar ist dagegen ein bestimmtes Geschlecht, wenn der Arbeitgeber auf Vorurteile seiner Kundschaft eingehen möchte. Auch mögliche Umsatzeinbußen soll der Arbeitgeber hinnehmen müssen. Ausnahmen können allenfalls für den Einsatz in außereuropäischen Gebieten, etwa Arabien, in denen Frauen als Verhandlungspartner schlichtweg nicht akzeptiert werden, gelten.

In weiteren Fällen, auch wenn entsprechende unternehmerische Konzepte zugrunde liegen, ist eine Differenzierung nach dem Geschlecht nicht zulässig – weder bei einem Wirt, der eine Bar mit jungen, weiblichen Bedienungen eröffnen will, weil sein unternehmerisches Konzept vorsieht, gerade dadurch die männliche Kundschaft zu erhöhtem Konsumverhalten zu veranlassen, noch bei einem Brauhaus, das aus Traditionsgründen nur männliche Bedienungen einstellen möchte.

c. Allgemeine Rechtfertigung von Benachteiligungen

Neben den positiven Maßnahmen, die konkret dem Abbau von bestehenden Nachteilen dienen sollen, und der unterschiedlichen Behandlung wegen des Geschlechts, für die die strengsten Voraussetzungen für eine Rechtfertigung gelten, bestimmt § 8 Abs. 1 Nr. 2 für Benachteiligungen aus anderen Gründen nicht ganz so enge Rechtfertigungsvoraussetzungen. Sonderregelungen gelten für die Altersdiskriminierung (§ 10) und für Religionsgemeinschaften, die Arbeitnehmer beschäftigen (§ 9).

Benachteiligungen aufgrund eines der anderen Diskriminierungsgründe sind zulässig, "wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist".

Zur Konkretisierung dieser in ihrer Unbestimmtheit bedenklichen Leerformel verweist der Gesetzgeber darauf, es müsse die Differenzierung dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen beruflichem Zweck und Schutz vor Benachteiligung standhalten. Es ist also eine Güterabwägung vorzunehmen. Eine praxistaugliche Präzisierung wird auf diese Weise allerdings nicht erreicht. Bis zu klärenden Urteilen des BAG werden die Arbeitgeber mit einer rechtlichen Grauzone leben müssen.

Die folgenden Erläuterungen zu Fallgruppen, die die Praxis besonders beschäftigen werden, können daher allenfalls versuchen, Lösungsansätze für einige besonders kritische Fälle aufzuzeigen.

aa. Zulässige Differenzierungen bei der Ausländerbeschäftigung

Als Beispiel für eine aus seiner Sicht zulässige Benachteiligung nennt der Gesetzgeber, dass Organisationen von in Deutschland anerkannten nationalen Minderheiten bevorzugt Angehörige der jeweiligen Gruppe einstellen dürfen.

Im einzelnen ergeben sich hier aber viele offene Fragen: Kann der Betreiber einer Sushi-Bar, die regelmäßig von Kunden japanischer Herkunft besucht wird und sich der besonderen Pflege der japanischen Kultur verpflichtet fühlt, wenn dies sein unternehmerisches Konzept vorsieht, auch einen Kellner japanischer Herkunft suchen? Wer dies bejahen möchte, sieht sich in der schwierigen Abgrenzung zum Besitzer eines bayerischen Braukellers, der einen farbigen Bewerber ablehnt, da er – aufgrund eines unternehmerischen Konzepts – zur Wahrung der traditionellen Atmosphäre nur echt bayerische Kellner einstellen möchte. Zulässige Differenzierungen sind hier wohl nur bei ausländischen Spezialitätenrestaurants und erforderlichen Sprachkenntnissen möglich.

Offen ist auch die Frage, ob ein Bewerber zur Wahrung des Betriebsfriedens abgelehnt werden kann, beispielsweise ein streng muslimischer Türke von einem Unternehmen, das vor allem Griechen beschäftigt. Das wird nicht der Fall sein, da ansonsten der Arbeitgeber mit den (angeblichen) Vorurteilen seiner Belegschaft ein beliebig einsetzbares Argument an der Hand hätte, die eigene Diskriminierung zu rechtfertigen.

Zumindest nach den (allerdings strengeren) Maßstäben der Rechtsprechung zur Geschlechtsdiskriminierung müsste der türkische Bewerber sogar dann eingestellt werden, wenn der Arbeitgeber Umsatzverluste bei der vornehmlich griechischen Kundschaft befürchten muss. Angesichts der sich in dieser Konstellation bereits abzeichnenden innerbetrieblichen Konflikte, in deren Verlauf der Arbeitgeber sogar entschädigungspflichtig werden kann, ist eine solche ggf. aufgezwungene Einstellung misslich.

Auch während des laufenden Arbeitsverhältnisses muss der Arbeitgeber alles tun, um Diskriminierungen zu vermeiden. Das betrifft vor allem den Schutz vor Belästigungen durch Kollegen und Kunden. Aber auch der Arbeitgeber muss streng darauf achten, nicht zu diskriminieren: Er muss es in Zukunft vielleicht sogar hinnehmen, wenn eine Stewardess gegen die Kleiderordnung verstößt und Ihren Dienst mit Kopftuch und bodenlangem Rock antreten möchte. Die Stewardess macht ggf. sogar Entschädigungsansprüche geltend, da die Kleiderordnung als solche religiös diskriminierend sei, oder da der Arbeitgeber sie aus dem Flugdienst – bei gleicher Bezahlung – versetzt hat (beides wohl zu Unrecht).

Wenn der Arbeitgeber bestimmte deutsche Sprachkenntnisse fordert, etwa gutes, akzentfreies Deutsch, liegt, anders als in den bisher genannten Fällen, keine unmittelbare sondern nur eine mittelbare Diskriminierung vor. Der Rechtfertigungsmaßstab ist hier weniger streng: Es genügt, dass ein sachlicher Grund die Ungleichbehandlung rechtfertigt und die eingesetzten Mittel erforderlich und angemessen sind. Zumindest dann, wenn ein beratender Kundenkontakt erfolgt, wird der Arbeitgeber damit gute deutsche Sprachkenntnisse fordern können. Zweifelhaft ist, ob selbst für Führungspositionen ein gänzlich akzentfreies Deutsch, wenn die sprachliche Ausdrucksfähigkeit ansonsten nicht beeinträchtigt ist, gefordert werden kann.

bb. Zulässige Differenzierungen wegen der sexuellen Identität

Wie der Schutz der durch das Antidiskriminierungsgesetz privilegierten Personengruppen in die gegenteilige Diskriminierung der ungeschützten Restbevölkerung umschlagen kann, zeigt der Fall, dass sich ein Arbeitgeber bei zwei gleich gut qualifizierten Bewerbern aus sozialen Gründen für einen Familienvater entscheidet. Der andere Bewerber fühlt sich hierdurch wegen sei-

ner Homosexualität diskriminiert: Seine Kinderlosigkeit, die ihm zum Nachteil gereiche, stehe zwangsläufig mit seiner Homosexualität in Verbindung. Tatsächlich ist zweifelhaft, ob die sozialen Motive des Arbeitgebers die Ablehnung begründen können; eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung liegt nicht vor. Nicht richtig sein kann allerdings auch der umgekehrte Schluss, dass dem homosexuellen Bewerber zwingend der Vorrang zu geben sei, da sich die zwangsläufige Diskriminierung des Familienvaters nicht mit dem besonderen Schutz von Ehe und Familie gem. Art. 6 GG vereinbaren lässt. Diese Norm, die dazu führen muss, dass die Wertung des Arbeitgebers Bestand hat, findet allerdings im Text des Gesetzes keinen Anknüpfungspunkt.

cc. Zulässige Differenzierungen wegen des Alters

Für die in der Praxis besonders konfliktträchtige Altersdiskriminierung gelten die weitesten Eingriffsmöglichkeiten: Eine unterschiedliche Behandlung ist gem. § 10 zulässig, wenn sie objektiv angemessen und erforderlich ist und auch die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Der Gesetzgeber zählt in den Ziff. 1-4 Fallgruppen auf, in denen eine Ungleichbehandlung angemessen und erforderlich sein kann, um einem legitimen Ziel zu dienen.

§ 10 Nr. 1 nennt beispielhaft die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung sowie besondere Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren Beschäftigten und Personen mit Fürsorgepflichten zu fördern oder ihren Schutz sicherzustellen. Das Gesetz ist so zu verstehen, dass eine Benachteiligung in den genannten Fällen zulässig sein kann, aber nicht zwangsläufig ist, so dass die Zulässigkeit jeweils gesondert zu prüfen ist. Aufgrund dieser Einschränkung sind die Beispiele leider nichtssagend. Offen bleibt insbesondere die Frage, ob konsequent durchgeführte Altersbefristungen gem. § 14 Abs. 3 TzBfG Diskriminierungen sein können. Das ist aber zu verneinen: Die Konsequenz, dass die betriebliche Umsetzung der gesetzlichen Vorschriften zur Förderung älterer Menschen gleichzeitig deren entschädigungspflichtige Diskriminierung sein könnte, wäre grotesk. Offenkundig wurden die hier entstehenden Kollisionsprobleme schlichtweg nicht gesehen.

Hochproblematisch ist auch der Fall, dass der Arbeitgeber, da er von der Altersdiskriminierung Gebrauch machen möchte, ältere Mitarbeiter sucht und zwangsläufig jüngere Bewerber benachteiligt. Kontrovers gesehen wird außerdem die Berücksichtigung des Lebensalters im Rahmen der Sozialauswahl. Aber auch hier gilt, dass die aus § 1 Abs. 3 KSchG folgende Pflicht, das Lebensalter bei der Sozialauswahl zu berücksichtigen,

nicht zugleich ein Verstoß gegen das Antidiskriminierungsgesetz sein kann.

Deutlich diffiziler ist die Frage, ob das Lebensalter auch im Rahmen von Sozialplänen berücksichtigt werden kann. Oftmals sehen Sozialpläne für ältere Mitarbeiter, die die Möglichkeit des Rentenbezugs haben, nur gekürzte Sozialplanabfindungen vor. Für die Zulässigkeit dieses Vorgehens spricht, dass die Betriebsparteien das Sozialplanvolumen möglichst effektiv zur Milderung der Nachteile einsetzen sollen. Mitarbeiter, die durch Rentenansprüche abgesichert sind, haben jedoch deutlich weniger Nachteile als jüngere Mitarbeiter, für die das soziale Netz bereits ausgedünnt ist und die längere Zeiten bis zum Rentenbeginn zu überbrücken haben. Richtigerweise sollte hier allerdings eine pauschale Anknüpfung als das Lebensalter vermieden und statt dessen auf die Absicherung durch die Rente abgestellt werden. Die darin liegende allenfalls noch mittelbare Diskriminierung ist durch den Sinn des Sozialplans gerechtfertigt.

§ 10 Nr. 2 und Nr. 3 erlauben Mindestanforderungen an Alter, Berufserfahrung oder Dienstalter für den Zugang zur Beschäftigung oder für bestimmte Vorteile (Nr. 2) bzw. ein Höchstalter bei spezifischen Ausbildungsanforderungen (Nr. 3). Auch diese Beispiele lassen die meisten Fragen offen. Einen wichtigen Hinweis gibt die Gesetzesbegründung mit der Aussage, eine Anknüpfung an die Berufserfahrung dürfe eher zu rechtfertigen sein als an das bloße Lebensalter. Das wird für die Einstellung richtig sein.

Welche Differenzierungen der Arbeitgeber bei der Bezahlung vornehmen darf, ist keine neue Frage. Schon bislang wurde die Differenzierung nach dem Alter im Rahmen des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht anerkannt. Möglich bleibt aber die Differenzierung nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit.

Offen ist die Zulässigkeit von Altersgrenzen. Abgesehen von besonderen Grenzen aufgrund beruflicher Anforderungen (etwa die tarifliche Altersgrenze von 55 bei Piloten), gelten arbeitsvertragliche Altersgrenzen ohnehin gem. § 41 S. 2 SGB VI als auf das 65. Lebensjahr abgeschlossen. Nach der neueren Rechtsprechung des BAG sind diese Altersgrenzen zudem Befristungen, die zu ihrer Wirksamkeit nach dem TzBfG eines sachlichen Grundes bedürfen. Als einen solchen hat das BAG das Interesse an einer ausgewogenen betrieblichen Altersstruktur ausreichen lassen. Auch wenn die Prüfungsmaßstäbe zwischen TzBfG und Antidiskriminierungsgesetz nicht koordiniert sind, sollte ein sachlicher Grund im Sinne des TzBfG auch als objektiv angemessenes und erforderliches Ziel im Sinne des Antidiskriminierungsgesetzes ausreichen.

Neben den Mindestaltersgrenzen, die § 10 Ziff. 2 anspricht, erlaubt § 10 Ziff. 3 weiterhin gewisse Höchstaltersgrenzen bei der Einstellung und zwar dann, wenn der zu besetzende Arbeitsplatz eine umfangreiche und aufwendige Einarbeitung voraussetzt. Das ist damit zu begründen, dass ein Arbeitgeber nicht gezwungen werden soll, einen Arbeitnehmer, dessen Renteneintrittsalter unmittelbar bevorsteht, langwierig und kostspielig einzuarbeiten. Es muss vielmehr eine betriebswirtschaftlich sinnvolle Dauer der abzusehenden Arbeitszeit feststehen, um eine solche Einarbeitung durchzuführen.

Schließlich gewährt die Regelung des § 10 Ziff. 4 dem Arbeitgeber die Möglichkeit, Leistungen aus den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit, insbesondere der betrieblichen Altersvorsorge, an das Erreichen bestimmter Altersgrenzen zu koppeln.

5. ERFORDERLICHE MASSNAHMEN DES ARBEITGEBERS

Adressat des arbeitsrechtlichen Teils des Antidiskriminierungsgesetzes ist der Arbeitgeber. Dieser wird zum einen durch ein direkt an ihn gerichtetes Benachteiligungsverbot auf die Einhaltung des Gesetzes verpflichtet. Zum anderen treffen ihn auch Organisations- und Schutzpflichten, um eine Benachteiligung durch Kollegen oder Dritte zu verhindern.

a. Benachteiligungsverbot

Direkt an den Arbeitgeber gerichtet ist das Benachteiligungsverbot des § 7. Dieses Benachteiligungsverbot umfasst die Stellenausschreibung, das Bewerbungsverfahren, die Durchführung des Arbeitsverhältnisses, die Arbeitsbedingungen und die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Ergänzend bestimmt das Gesetz, dass Bestimmungen in individual- oder kollektivrechtlichen Regelungen, die gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen, unwirksam sind.

b. Pflicht zur neutralen Stellenausschreibung

Das Verbot der Diskriminierung wird konkretisiert durch die Regelung in § 11, die den Arbeitgeber dazu verpflichtet, eine Stelle nicht unter Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot auszuschreiben. Bisher galt eine entsprechende Verpflichtung gem. § 611b nur für die geschlechtsneutrale Ausschreibung. Der Arbeitgeber ist gut beraten, das Verbot einzuhalten: Eine diskriminierende Stellenanzeige reicht aus, um die gesetzlich geregelte Beweislastumkehr im Prozess auszulösen.

c. Organisation des Betriebes

Neben das direkte Benachteiligungsverbot tritt die Regelung des § 12 Abs. 1, die den Arbeitgeber dazu verpflichtet, vorbeu-

gende Maßnahmen zu ergreifen, um den Schutz der einzelnen Arbeitnehmer in geeigneter Art und Weise zu gewährleisten.

Die Vorschrift begründet damit als Generalklausel die Pflicht, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen. Was erforderlich ist, bestimmt nicht der Arbeitgeber nach seiner subjektiven Einschätzung. Maßgeblich sind vielmehr objektive Gesichtspunkte. Welche Maßnahmen danach geboten sind, hängt vom jeweiligen Betrieb und der jeweiligen Betriebsgröße ab.

Das Gesetz verpflichtet den Arbeitgeber auch zu vorbeugenden Maßnahmen. Über eine Schulung und Information der Mitarbeiter zur Problematik der Diskriminierung (etwa auf einer Betriebsversammlung) hinaus sind kaum Maßnahmen denkbar. Eine erfolversprechende Prävention ist daher bei Mitarbeitern kaum und bei Dritten (insb. Kunden) gar nicht denkbar.

d. Schutz vor Diskriminierung durch Kollegen

Nach der Regelung des § 12 Abs. 2 ist der Arbeitgeber weiterhin verpflichtet, gegen Arbeitnehmer vorzugehen, die einen anderen Arbeitnehmer benachteiligen. Das Gesetz spricht von "geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen", die der Arbeitgeber ergreifen müsse und nennt beispielhaft "Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung".

Das Gesetz begründet für den Arbeitgeber eine Pflicht zum effektiven Handeln. Wenn der Arbeitgeber gegen diese Pflicht verstößt, drohen ihm Entschädigungsklagen. Im Einzelfall muss sich der Arbeitgeber also entscheiden, ob er sich bei Diskriminierungsvorwürfen einer Kündigungsschutzklage ausgesetzt sehen möchte oder einer Klage auf Entschädigung.

Sich hier richtig zu verhalten kann für den Arbeitgeber fast unmöglich werden: Eine Mitarbeiterin beschwert sich, dass ein Kollege ihr gegenüber sexuell anzügliche Bemerkungen mache. Dieser bestreitet die Vorwürfe, der Arbeitgeber mahnt ihn dennoch ab. Kurze Zeit später beschwert sich die Arbeitnehmerin erneut, da der Kollege sie mit einer obzönen Geste belästigt habe. Dieser bestreitet den Vorwurf erneut. Neutrale Zeugen gibt es nicht. Die Mitarbeiterin verlangt die Entlassung des Kollegen, andernfalls müsse sie zu ihrem Schutz von ihrem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch machen. Sie kündigt zudem eine Entschädigungsklage an.

Schon aufgrund der Beweissituation wäre eine Kündigung hier kritisch. Zudem ist zweifelhaft, ob eine einzelne Abmahnung reichen kann. Der Arbeitgeber muss hier im Rahmen der Entschädigungsklage daher ggf. einen "umgekehrten Kündigungsschutzprozess" führen und darlegen, dass eine Kündigung unwirksam gewesen wäre. Er wird vom Gesetz nicht nur mit der schwierigen und fehlerträchtigen Aufklärung des Sachverhal-

tes belastet, sondern auch mit dem hohen Risiko der rechtlichen Fehleinschätzung.

e. Schutz vor Diskriminierung durch Dritte

Der § 12 Abs. 3 verlangt vom Arbeitgeber auch, die im Einzelfall geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zu ergreifen, wenn Arbeitnehmer durch Dritte bei der Ausübung ihrer Tätigkeit benachteiligt werden. Eine solche Benachteiligung durch Dritte wird meistens in Form der Belästigung auftreten, etwa weil ein farbiger Auslieferungsfahrer durch Kunden schikaniert wird.

Die Umsetzung dieser Verpflichtung gestaltet sich durchaus schwierig. Die Gesetzesbegründung meint, "gerade in Kundenbeziehungen" sei "die Form einer angemessenen Reaktion anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles zu bestimmen." Aus dem Gesetzeswortlaut folgt allerdings nicht das Erfordernis, aktiv gegen die Kunden vorzugehen. Auch präventive Maßnahmen werden bei Kunden – wie dargestellt – kaum erfolgversprechend möglich sein. Schutzmaßnahmen können auch vorsehen, die problematischen Kunden von anderen Arbeitnehmern betreuen zu lassen. Allerdings ist bei solchen Versetzungen ihrerseits eine gewisse Nähe zur Diskriminierung gegeben: Entweder wird eine Vertreterin durch die Kunden in den arabischen Ländern belästigt oder sie wird durch ihren Arbeitgeber benachteiligt, weil sie in den besonders umsatzstarken arabischen Ländern nicht eingesetzt wird.

Hier liegt bei einem effektiven Vorgehen des Arbeitgebers die drohende Störung der Kundenbeziehungen auf der Hand: Bei einem Treffen eines konservativen Kreises wird ein offen homosexueller Kellner eingesetzt, der sich anzüglichen Bemerkungen einiger Mitglieder ausgesetzt sieht. Tauscht der Arbeitgeber den Kellner gegen einen anderen Kellner aus, kommt er dem Ansinnen seiner Gäste nach und benachteiligt ggf. den Kellner wegen seiner Homosexualität. Umgekehrt hat der Gastwirt gegen seine Gäste wenig Sanktionsmöglichkeiten, um ein angemessenes Verhalten der Gäste gegenüber seinem Kellner zu erzwingen. Wenn eine entsprechende Bitte erfolglos bleibt, kann er die benachteiligende Situation nur aus der Welt schaffen, indem er die Runde bittet, sein Lokal zu verlassen. Dies würde jedoch bei ihm zu wirtschaftlichen Einbußen führen.

Mit der Annahme einer Verpflichtung des Arbeitgebers, eine Störung von Kundenkontakten zu riskieren, wird man vorsichtig umgehen müssen. Differenzierungen sind hier auch angebracht hinsichtlich der Art der Belästigung. Auch bloßes Anstarren oder eine sexuell motivierte Bemerkung können Belästigungen sein, sind aber in der Intensität deutlich geringer als etwa direkte Tätlichkeiten.

Gerade bei nur geringfügigeren Belästigungen muss es daher zunächst ausreichen, dass der Arbeitgeber den Kunden auffordert, weitere Belästigungen zu unterlassen. Erst im Wiederholungsfall oder bei schwerwiegenden Eingriffen wird der Arbeitgeber auch weitergehende Maßnahmen ergreifen müssen. Bevor der Arbeitgeber gezwungen sein kann, Kundenbeziehungen abubrechen, muss auch der benachteiligte Arbeitnehmer ggf. eine zu seinem Schutz erfolgende Versetzung akzeptieren.

f. Betriebliche Beschwerdestelle

Den Beschäftigten eines Betriebes steht nach § 13 ein Beschwerderecht bei einer zuständigen Stelle des Betriebes zu. Soweit die Norm nicht bereits eine pure Selbstverständlichkeit enthält, geht sie nicht über den Rechtszustand durch das allgemeine Beschwerderecht gem. § 84 BetrVG hinaus. Wer die im Gesetz genannte zuständige Stelle ist, bestimmt der Arbeitgeber. Es kann der Vorgesetzte sein, aber auch eine eigens eingerichtete Beschwerdestelle oder der Betriebsrat.

g. Beteiligung des Betriebsrates

Die Rechte des Betriebsrats sind im Gesetzentwurf nur kurzfristig geregelt. Das ist konsequent, da der Betriebsrat bereits nach dem BetrVG umfassende Befugnisse zur Bekämpfung von Diskriminierungen hat. Dementsprechend kann sich das Gesetz darauf beschränken, in § 13 Abs. 2 festzustellen, dass die Rechte der Arbeitnehmervertretungen unberührt bleiben und die Arbeitnehmervertretungen in § 18 Abs. 1 zur Mitwirkung an der Beseitigung und Verhinderung von Diskriminierungen aufzufordern.

Von den allgemeinen Regelungen ist zunächst § 75 BetrVG bedeutsam, der durch das Gesetz an die Vorgaben des Antidiskriminierungsgesetzes angepasst wird und Arbeitgeber und Betriebsrat u.a. darauf verpflichtet, darüber zu wachen, dass jede unterschiedliche Behandlung von Personen wegen eines der Diskriminierungsgründe des § 1 unterbleibt. Ergänzend hat sich der Betriebsrat nach seinem Aufgabenkatalog gem. § 80 BetrVG ohnehin umfassend mit den Diskriminierungsgründen zu befassen. Er hat die tatsächliche Gleichstellung von Männern und Frauen (Nr. 2a), die Eingliederung Schwerbehinderter (Nr. 4) und die Beschäftigung älterer Arbeitnehmer zu fördern (Nr. 6) sowie gegen Rassismus vorzugehen (Nr. 7).

Eine Ausweitung der Befugnisse des Betriebsrats erfolgt durch das Gesetz zum einen, indem in § 18 Abs. 2 klargestellt wird, dass der Betriebsrat, ebenso wie eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft, bei einem groben Verstoß des Arbeitgebers gegen das Antidiskriminierungsgesetz unter den Voraussetzungen des § 23 BetrVG gegen diesen vorgehen kann. Der Betriebsrat

kann also im Beschlussverfahren vor den Arbeitsgerichten dem Arbeitgeber ein diskriminierungsfreies Verhalten aufgeben lassen und bei einem Verstoß gegen die gerichtliche Verpflichtung ein Ordnungsgeld gegen ihn erwirken. Ob diese Rechtsschutzmöglichkeit praktisch größere Relevanz erreichen wird, bleibt angesichts des guten und attraktiveren Individualrechtsschutzes abzuwarten.

Ein verstecktes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ergibt sich aus den Organisationspflichten des Arbeitgebers gem. § 12. Da hier zwangsläufig auch Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer betroffen sind, besteht insoweit das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.

III. RECHTSSCHUTZ GEGEN BENACHTEILIGUNGEN

Das Antidiskriminierungsgesetz gewährt den Beschäftigten umfangreiche Rechtsschutzmöglichkeiten für den Fall einer rechtswidrigen Benachteiligung. Kernstück des Rechtsschutzes ist ein schmerzensgeldähnlicher Entschädigungsanspruch.

1. BESCHWERDERECHT

Mildestes Vorgehen gegen Benachteiligungen durch den Arbeitgeber, Kollegen oder Dritte ist die Beschwerde gem. § 13. Rechtsfolge der Beschwerde ist zunächst nur, dass der Arbeitgeber die Beschwerde prüfen und das Ergebnis dem Arbeitnehmer mitteilen muss. Dieses Beschwerderecht ist aber deswegen von hoher praktischer Bedeutung, weil der Arbeitgeber regelmäßig erst durch die Beschwerde von dem Mißstand erfahren wird. Eine Entschädigung wegen Verletzung der Schutzpflichten gem. § 12 wird daher im Regelfall eine Beschwerde voraussetzen. Nach der Gesetzesbegründung ist diese zwar nicht Anspruchsvoraussetzung, durch eine Beschwerde kann der Arbeitnehmer aber sicher die Kenntnis des Arbeitgebers nachweisen und diesen in Zugzwang setzen. Aus Sicht des Arbeitnehmers ist eine vorherige Beschwerde also eine wichtige Obliegenheit und Dokumentationsmöglichkeit.

2. LEISTUNGSVERWEIGERUNGSRECHT

Der Beschäftigte ist nach § 14 dazu berechtigt, die Arbeitstätigkeit ohne Verlust des Arbeitsentgeltanspruchs einzustellen, wenn der Arbeitgeber keine oder offensichtlich ungeeignete Maßnahmen zu seinem Schutz ergreift. Dieses Leistungsverweigerungsrecht steht dem Beschäftigten jedoch nur dann zu, wenn er in der konkreten Situation aufgrund der Benachteiligung nicht seine Arbeitsleistung erbringen kann. Dies wird vor allem bei Belästigungen und sexuellen Belästigungen der Fall sein, da Benachteiligungen im Zweifel die Arbeitsleistung nicht unzumutbar machen. Daneben steht dem Arbeitnehmer auch weiterhin das allgemeine Leistungsverweigerungsrecht aus § 273 BGB zu.

Große praktische Relevanz werden die Zurückbehaltungsrechte nicht haben, da ihr Gebrauch für den Arbeitnehmer risikoreich ist: Wenn der Arbeitnehmer die Arbeit niederlegt, obwohl kein Zurückbehaltungsrecht bestand, ist der Arbeitgeber nach vorheriger Abmahnung zur Kündigung berechtigt.

3. DISKRIMINIERUNGSKÜNDIGUNGSSCHUTZ

Eine Kündigung, die gegen das Diskriminierungsverbot verstößt, ist gem. § 134 BGB nichtig. Auf diesen Kündigungsschutz können sich auch Mitarbeiter in der Probezeit, Arbeitnehmer in Kleinbetrieben, freie Mitarbeiter, Geschäftsführer und Vorstände berufen. Für diese Personengruppen wird der Diskriminierungskündigungsschutz eine ganz erhebliche Bedeutung erlangen; für das Normalarbeitsverhältnis bietet das KSchG weiterhin den umfassenderen Schutz.

4. ENTSCHÄDIGUNG BEI IMMATERIELLEN SCHÄDEN

Die Regelung des § 15 differenziert zwischen einem dem Schmerzensgeld vergleichbaren Entschädigungsanspruch für immaterielle Schäden und einem Schadensersatzanspruch für Vermögensschäden.

a. Entschädigung bei Benachteiligung durch den Arbeitgeber

Der Entschädigungsanspruch aus § 15 Abs. 1 betrifft Schäden, die nicht Vermögensschäden sind, also immaterielle Schäden. Ersetzt wird der seelische Schaden durch die erlittene Diskriminierung, etwa bei verweigerter Einstellung oder Beförderung.

Der Anspruch ist aus Arbeitgebersicht riskant, da er unabhängig von einem Verschulden zu gewähren ist, solange nur der Arbeitgeber selbst die Benachteiligung vornimmt. Benachteiligt der Arbeitgeber danach unbewußt oder eventuell mit genau gegenläufiger Absicht einen Arbeitnehmer, schuldet er ihm gleichwohl eine Entschädigung.

b. Entschädigung bei Durchführung einer Kollektivvereinbarung

Ein Entschädigungsanspruch steht dem Arbeitnehmer gem. § 15 Abs. 2 auch dann zu, wenn er durch eine kollektivrechtliche Vereinbarung (Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung) benachteiligt wird. Die Haftung des Arbeitgebers wird allerdings auf vorsätzliches oder grob fahrlässiges Handeln beschränkt, da bei einer kollektivrechtlichen Vereinbarung eine "höhere Richtigkeitsgewähr" zu vermuten ist. Führt der Arbeitgeber eine solche Vereinbarung durch und ist nicht eindeutig zu erkennen, dass die Regelung eine Benachteiligung darstellt, macht sich der Arbeitgeber nicht entschädigungspflichtig.

Die implizit enthaltene Verpflichtung des Arbeitgebers, jeden Tarifvertrag und jede Betriebsvereinbarung auf mögliche Verstöße gegen das Antidiskriminierungsgesetz zu überprüfen, ist hochproblematisch, gerade wenn, wie bei der Allgemeinverbindlicherklärung gem. § 5 TVG oder Einigungsstellensprüchen, die Geltung dem Arbeitgeber aufgezwungen wird.

Richtigerweise wird man daher die Fälle grober Fahrlässigkeit darauf beschränken müssen, dass sich ein offenkundiger Verstoß gegen das Antidiskriminierungsgesetz geradezu aufdrängt.

c. Entschädigung bei Benachteiligung durch Vorgesetzte

Zur Entschädigungspflicht durch den Arbeitgeber können gem. § 16 auch Benachteiligungen durch Dritte führen. Der Gesetzgeber differenziert zwischen Benachteiligungen durch weisungsberechtigte Vorgesetzte und Benachteiligungen durch Arbeitskollegen und Dritte.

Bei der Benachteiligung einzelner Arbeitnehmer durch einen Vorgesetzten hat der Arbeitgeber ohne das Erfordernis eines eigenen Verschuldens für die durch seinen Angestellten begangene Benachteiligung eine Entschädigung zu leisten. Das Handeln des Vorgesetzten wird dem Arbeitgeber voll zugerechnet.

Diese strenge Haftung ist allerdings auf die Fälle beschränkt, in denen der jeweilige Vorgesetzte in Ausübung seiner Weisungsbefugnisse gehandelt hat, also direkt in Ausübung von Arbeitgeberfunktionen. Konsequenterweise gelten daher bei einer Belästigung durch den Vorgesetzten die gleichen Regeln wie für die Belästigung durch andere Kollegen.

d. Entschädigung bei Benachteiligung durch Kollegen und Dritte

Auch die von anderen Arbeitnehmern oder sogar von Dritten begangene Benachteiligung kann eine Entschädigungspflicht des Arbeitgebers auslösen. Anders als bei der strengen Haftung für Vorgesetzte ist der Arbeitgeber in diesen Fällen nur entschädigungspflichtig, wenn er seiner bereits dargestellten Pflicht zur Ergreifung geeigneter Schutzmaßnahmen nicht nachgekommen ist.

In den Gesetzesmaterialien meint der Gesetzgeber, dass diese Konstellation vor allem die sexuelle Belästigung betrifft. Gerade bei dieser zeigen sich jedoch die Schwierigkeiten, geeignete Schutzmaßnahmen zu ergreifen. Präventive Maßnahmen werden nur den Charakter eines Appells haben können und sind nur gegenüber den Kollegen möglich, nicht aber gegenüber Kunden. Es bleibt damit nur, dass der Arbeitgeber nach einem Vorfall Schutzmaßnahmen für die betroffene Person ergreift. Das heißt konsequenterweise, dass der Arbeitgeber nach den allgemeinen Präventionsmaßnahmen regelmäßig erst nach einer Belästigung Maßnahmen ergreifen muss, um eine Wiederholung auszuschließen und erst dieser Wiederholungsfall zur Entschädigung verpflichten kann. Das gilt allerdings nur dann, wenn der Arbeitgeber angemessene Präventionsmaßnahmen nachweisen kann.

e. Höhe der Entschädigung

Das Gesetz enthält keine Vorgaben zur Höhe der Entschädigung. Bei der Bemessung der Entschädigungshöhe kann jedoch auf die Grundsätze zurückgegriffen werden, die bereits zum allgemeinen Schmerzensgeld (§ 253 Abs. 2 BGB) entwickelt wurden. Zugleich sind die europarechtlichen Vorgaben zu berücksichtigen. Die Richtlinien fordern "wirksame, verhältnismäßige und abschreckende" Sanktionen; der EuGH präzisiert, dass eine Entschädigung eine wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber haben und in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen muss.

Eine Orientierung am monatlichen Gehalt soll dabei aus Sicht des Gesetzgebers ausscheiden, da es um immaterielle Schäden gehe; maßgeblich seien Art und Schwere des Verstoßes. Zu beachten sind ferner Ausmaß und Schwere der Störungen sowie deren Folgen; außerdem der Verschuldensgrad. Bei Belästigungen durch Kollegen heißt das, dass eine anzügliche Bemerkung nur zu einem geringeren Schmerzensgeld führen wird als ein tätlicher Übergriff. Zudem ist zu berücksichtigen, ob der Arbeitgeber den Übergriffen lediglich tatenlos zugesehen hat oder ob er – wenn auch aus Sicht des Gerichts unzureichende – Gegenmaßnahmen ergriffen hat. Ähnlich spielt es bei der Einstellung eine Rolle, ob der Arbeitgeber in der Stellenanzeige "nur Deutsche" einstellen möchte, oder ob er fälschlicherweise angenommen hat, bei Verkaufspersonal einer Drogerie akzentfreies Deutsch verlangen zu können.

Die bisherigen Höchstgrenzen für Schadensersatz, die § 611a BGB vorsah, sind entfallen. Es steht aber zu erwarten, dass die Gerichte – wie bisher – die Entschädigungen mit Augenmaß festsetzen werden, schon, um nicht eine zu hohe Diskrepanz zum Schmerzensgeld bei Verletzungen, wo auch für schwere Verletzungen zum Teil nur Beträge von ca. 10.000,- Euro zugestanden werden, aufkommen zu lassen. Allerdings werden sich die Arbeitsrichter von der Ihnen gewohnten Orientierung an Monatsgehältern und deren Bruchteilen wohl nicht lösen.

5. SCHADENSERSATZ

Neben den Ansprüchen des Arbeitnehmers auf Entschädigung für immaterielle Schäden gibt das Antidiskriminierungsgesetz in § 15 Abs. 4 dem Arbeitnehmer auch noch einen verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch. Dieser Anspruch soll alle materiellen Schäden abdecken, die der Arbeitnehmer durch eine Benachteiligung erleidet.

Die Norm ist mit § 280 Abs. 1 BGB, der zentralen Haftungsnorm für vertragliche Schuldverhältnisse, identisch. Tatsächlich ist sie streng genommen überflüssig, da sich ohne sie die gleichen Arbeitnehmeransprüche aus § 280 BGB ergäben.

Gem. § 7 Abs. 3 ist jede Benachteiligung auch eine Verletzung der Pflichten aus dem Arbeitsvertrag. § 15 Abs. 4 stellt wie im allgemeinen Schuldrecht eine Verschuldensvermutung zu Ungunsten des Arbeitgebers auf; es gelten auch die §§ 276 bis 278 BGB, so dass der Arbeitgeber auch für das Verschulden seiner Angestellten einzustehen hat.

Entsteht daher einer Arbeitnehmerin ein materieller Nachteil, weil aus diskriminierenden Gründen beispielsweise nicht sie, sondern ihr Kollege befördert wurde (ein klassischer Fall des Vermögensschadens), steht ihr ein Schadensersatzanspruch gegen den Arbeitgeber zu.

Schadensersatz kann der Arbeitnehmer allerdings immer nur in Geld fordern. Bei einer diskriminierenden Nichteinstellung kann nicht als Naturalrestitution eine Einstellung verlangt werden, sondern nur Geldersatz. Das stellt § 15 Abs. 5 ausdrücklich klar.

IV. EXKURS: ANTIDISKRIMINIERUNGSSCHUTZ IM ALLGEMEINEN ZIVILRECHT

Schwerpunkt dieses Heftes ist der arbeitsrechtliche Teil des Antidiskriminierungsgesetzes. Dennoch möchten wir – der Vollständigkeit halber – einen kurzen Überblick auch über die im allgemeinen Zivilrecht geltenden Diskriminierungsverbote geben.

In § 20 enthält das Gesetz ein differenziertes allgemeines zivilrechtliches Diskriminierungsverbot. Eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder ethnischen Herkunft ist auch im Zivilrecht generell verboten. Generell untersagt ist eine Benachteiligung aus einem der genannten Diskriminierungsgründe zudem bei privatrechtlichen Versicherungen. Im Übrigen gilt das Diskriminierungsverbot bei Massengeschäften, die typischerweise ohne Ansehen der Person bzw. bei nur nachrangigem Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen.

Als Beispiele für solche Massengeschäfte nennt der Gesetzgeber Einzelhandel, Gastronomie oder Transportwesen. Ob auch die Wohnungswirtschaft ein Massengeschäft sein kann, wird Gegenstand häufigen Streits sein. Die Gesetzesbegründung meint zwar, vielfach liege wegen der erfolgenden Bewerberauswahl kein Massengeschäft vor, anders sei dies nur, wenn etwa bei der Buchung über Internet eine individuelle Mieterauswahl nicht erfolge, so bei Hotelzimmern oder Ferienwohnungen.

Das Gesetz bestimmt allerdings eine ausdrückliche Ausnahme für Mietverhältnisse, bei denen die Parteien Wohnraum auf demselben Grundstück nutzen; das kann darauf hindeuten, dass der Kreis der Massengeschäfte doch weiter zu ziehen ist. Der Begriff der Benachteiligung ist der gleiche wie im arbeitsrechtlichen Teil. Im Zivilrecht ist eine Benachteiligung gem. § 21 schon dann zulässig, wenn für sie ein sachlicher Grund vorliegt; mögliche Gründe werden durch einen ausführlichen Beispielskatalog präzisiert.

Die Rechtsfolgen des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots unterscheiden sich von den für das Arbeitsrecht vorgesehenen. Der Benachteiligte kann die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen; im Falle, dass ein Vertragsabschluss verweigert wurde, kann der Benachteiligte gem. § 22 Abs. 2 auch den Abschluss des verweigerten Vertrages verlangen. Schließlich stehen den Benachteiligten gem. § 22 Abs. 3 auch Schadenersatz- und Entschädigungsansprüche (für materielle bzw. immaterielle Schäden) zu.

V. GERICHTLICHE DURCHSETZUNG DER ANSPRÜCHE

Das Antidiskriminierungsgesetz enthält auch einige Regelungen zur gerichtlichen Durchsetzung der Arbeitnehmeransprüche.

1. FRISTEN FÜR DIE GELTENDMACHUNG DER ENTSCHÄDIGUNG

Ein Geschädigter muss seine Entschädigungsansprüche wegen immaterieller Schäden (nicht seine Schadensersatzansprüche wegen Vermögensschäden) innerhalb gesetzlich definierter Fristen verfolgen. Der Entschädigungsanspruch muss gem. § 15 Abs. 3 innerhalb von sechs Monaten zunächst schriftlich gegenüber dem Arbeitgeber geltend gemacht werden. Die Frist beginnt mit der Kenntnis des Arbeitnehmers von der Benachteiligung, bei Bewerbungen mit dem Zugang der Ablehnung. An diese schriftliche Geltendmachung schließt sich gem. § 61b ArbGG eine dreimonatige Klagefrist an.

Die Ausschlussfristen sollen die für den Arbeitgeber notwendigen Dokumentationspflichten zumindest zeitlich limitieren. Die Ausschlussfristen haben noch einen für den Arbeitgeber wichtigen Nebeneffekt. Sie verhindern, dass aus taktischen Gründen bei einer Beendigungsstreitigkeit längst vergangene Vorfälle zur Grundlage von Entschädigungsansprüchen gemacht werden können.

2. BEWEISLASTUMKEHR

Um den Betroffenen die Durchsetzung ihrer Rechte zu erleichtern, bestimmt § 23 eine Beweislastumkehr.

Der Arbeitnehmer muss zunächst in einer ersten Stufe darlegen und beweisen, dass eine Ungleichbehandlung vorliegt. Bei dieser ersten Stufe kommt ihm keine Beweiserleichterung zu Hilfe.

Eine solche greift erst auf der zweiten Stufe: dass die Benachteiligung auf einem diskriminierenden Grund beruht, muss der Arbeitnehmer nicht beweisen. Es reicht aus, wenn er Tatsachen glaubhaft macht, die eine Benachteiligung aus diskriminierenden Gründen vermuten lassen. Hierin liegt eine doppelte Beweiserleichterung: Bei der Darlegung der wahren, diskriminierenden Motive des Arbeitgebers hilft eine – allerdings auf Tatsachen gestützte – Vermutung. Zudem ist hinsichtlich dieser Tatsachen kein strenger Vollbeweis erforderlich. Es reicht aus, dass das Gericht ihr Vorliegen für "überwiegend wahrscheinlich" hält.

Kann der Kläger Tatsachen glaubhaft machen, die eine Diskriminierung vermuten lassen, muss der Arbeitgeber den (in der Praxis oftmals unmöglichen) Gegenbeweis führen, dass andere Gründe die Ungleichbehandlung rechtfertigen oder dass die

Ungleichbehandlung nach dem Antidiskriminierungsgesetz zulässig ist.

Mögliche Anknüpfungstatsachen, die eine Diskriminierung vermuten lassen, können Stellenanzeigen und Äußerungen des Arbeitgebers oder seines Vertreters sein. Beweiswert haben können auch vorangegangene Diskriminierungen oder Statistiken, die die Benachteiligung einer bestimmten Gruppe belegen.

Ein Problem, das der Gesetzgeber offenkundig nicht gesehen hat, ist, dass § 23 zwar dem Wortlaut nach auf Belästigungen und sexuelle Belästigungen anwendbar ist, hier aber das Stufenmodell nicht anwendbar ist, da oftmals gerade nicht die Gründe für die Belästigung streitig sein werden, sondern, ob diese überhaupt stattgefunden hat. In diesen Fällen, in denen streitig ist, ob eine Belästigung überhaupt stattgefunden hat, hilft die Beweislastumkehr dem Arbeitnehmer nicht.

3. UNTERSTÜTZUNG DURCH ANTIDISKRIMINIERUNGSVERBÄNDE

Gem. § 24 haben Arbeitnehmer die Möglichkeit, sich gerichtlich durch einen Antidiskriminierungsverband vertreten zu lassen. Diese Verbände können entweder den Arbeitnehmer vor Gericht vertreten oder selbst aus von dem Arbeitnehmer an sie abgetretenen Recht klagen. Um ein rein kommerzielles Eigeninteresse der Verbände an Klagen einzuschränken, bestimmt § 24 Mindestanforderungen für diese Verbände.

VI. DIE ANTIDISKRIMINIERUNGSSTELLE DES BUNDES

In Umsetzung der EU-Richtlinien wird eine Antidiskriminierungsstelle des Bundes beim Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend errichtet. Die Antidiskriminierungsstelle soll über eine möglichst hohe politische Unabhängigkeit verfügen und erhält keinen bürokratischen Unterbau. Dennoch rechnet der Gesetzgeber mit einem Vollzugsaufwand von zunächst jährlich 5,6 Mio. Euro.

Hauptaufgabe der Antidiskriminierungsstelle soll es sein, von Diskriminierungen Betroffene bei der Durchsetzung ihrer Rechte zu unterstützen. Sie soll zudem die Forschung in Fragen der Benachteiligung unterstützen und dem Bundestag alle vier Jahre einen Bericht vorlegen.

Die einseitige Zielsetzung der Antidiskriminierungsstelle wird zu Recht kritisiert. Die gesetzlich geforderte Einseitigkeit muss verhindern, dass sie von Arbeitgebern als ernsthafte Hilfe bei Problemen mit Diskriminierungen gesehen wird. Hier ist fraglich, ob nicht den Zielen des Gesetzes mit einer Stelle, die (auch) die Arbeitgeber bei der Durchführung des Gesetzes berät und unterstützt, besser gedient wäre.

LOSCHELDER **ARBEITSRECHT**

März 2005

VII. EMPFEHLUNGEN FÜR DEN ARBEITGEBER/1-6

1. STELLENANZEIGEN UNANGREIFBAR FORMULIEREN

Stärker noch als bisher muss bei der Formulierung von Stellenanzeigen darauf geachtet werden, keine Hinweise auf mögliche Diskriminierungen zu geben.

Die Suche nach einem "jungen, dynamischen Geschäftsführer" wird in der Entschädigungspflicht für ältere und weibliche Bewerber enden.

Dies führt dazu, dass Stellenanzeigen weniger aussagekräftig werden. Gerade Stellenanzeigen, die Ansatzpunkte für mögliche Diskriminierungen bieten, ziehen Bewerber, die es allein auf eine Entschädigungszahlungen abgesehen haben, überhaupt erst an.

2. RICHTIG ABSAGEN

Um die Beweislastumkehr auszulösen, muss der Arbeitnehmer Tatsachen vortragen, die eine Diskriminierung vermuten lassen. Ziel des Arbeitgebers sollte es daher sein, Bewerbern möglichst wenig Anknüpfungspunkte zu geben.

Die in den Bewerbungsprozess involvierten Personen sollten daher sorgfältig prozessual verwertbare Äußerungen unterlassen; das Absageschreiben sollte so neutral und inhaltsleer wie möglich formuliert werden.

Um sich gegenüber dem abgelehnten Bewerber ggf. auf den Ablauf der Frist zur Geltendmachung der Entschädigung gem. § 15 Abs. 3 berufen zu können, sollte zumindest bei "Risikobewerbern" ein Zugangsnachweis beschafft werden.

Da für die Absage als solche Fristen nicht einzuhalten sind, kann das auch eine Zustellung des Ablehnungsschreibens per Einschreiben/Rückschein sein.

3. BEWERBUNGSPROZESS DOKUMENTIEREN

Falls ein abgelehnter Bewerber dennoch klagt, ist es für den Arbeitgeber wichtig, darlegen zu können, warum der Bewerber abgelehnt wurde. Die Bewerbungsunterlagen aller Bewerber sollten daher so lange aufbewahrt werden, bis mit erfolgreichen Klagen wegen der Ausschlussfristen nicht mehr zu rechnen ist.

4. INNERBETRIEBLICHE ANTIDISKRIMINIERUNGSVEREINBARUNG SCHLIESSEN

Der Arbeitgeber sollte prozessual gut darlegbare Antidiskriminierungsmaßnahmen, die auch präventive Maßnahmen umfassen, vornehmen.

Die gerichtliche Akzeptanz solcher Maßnahmen kann durch eine Beteiligung des Betriebsrats – die nach § 87 Abs. 1 BetrVG ohnehin vorzunehmen ist – gesteigert werden.

Inhalt der Antidiskriminierungsvereinbarung sollten präventive Maßnahmen durch die Schulung und Information der Mitarbeiter sein (z.B. in einem innerbetrieblichen Antidiskriminierungskodex), ein festgelegtes Verfahren für Beschwerden und ihre Behandlung sowie ein Verfahren für den Fall, dass der Arbeitgeber von sich aus Diskriminierungen bemerkt.

Bei einer solchen ausführlichen Betriebsvereinbarung wird es schwerer fallen, dem Arbeitgeber unzureichende Schutzmaßnahmen vorzuwerfen.

5. DISKRIMINIERUNGEN ÜBERPRÜFEN

Arbeitsverträge und Betriebsvereinbarungen sollten auf etwaige Benachteiligungen untersucht werden um im Einzelfall zu entscheiden, ob ggf. eine Diskriminierung vorliegen kann und ob diese beseitigt werden muss.

Die materiellrechtlich gewichtigsten Änderungen werden die Fragen der Altersdiskriminierung betreffen.

6. MITARBEITER SCHULEN

Bei Belästigungen durch Kollegen kann der Arbeitgeber ggf. schon bei einem erstmaligen Vorfall entschädigungspflichtig sein, wenn er die gesetzlich vorgeschriebenen präventiven Maßnahmen unterlassen hat.

Es empfiehlt sich daher, alle Mitarbeiter beweisbar auf die Einhaltung des Antidiskriminierungsgesetzes zu verpflichten und entsprechende Folgen für den Fall der Nichteinhaltung anzudrohen.

LOSCHELDER **ARBEITSRECHT**

März 2005

VII. EMPFEHLUNGEN FÜR DEN ARBEITGEBER/7+8

7. BESCHWERDEN DOKUMENTIEREN

Nach Beschwerden über Belästigungen durch Kollegen oder Kunden kann sich der Arbeitgeber nicht mehr allein auf die Präventivmaßnahmen stützen, sondern muss, um seinen Pflichten aus § 12 nachzukommen, aktiv werden.

Dazu sollte er die Beschwerde und deren Behandlung genau dokumentieren. Hierzu gehören die Äußerungen des angeblich Diskriminierenden und evtl. gehörter Zeugen sowie die Antwort an den beschwerdeführenden Arbeitnehmer.

8. KONSEQUENTE KONFLIKTLÖSUNG IM EINZELFALL

Bei Beschwerden muss der Arbeitgeber eine gerichtlich nachvollziehbare Aktivität entfalten.

Falls die Voraussetzungen für eine Ermahnung, Abmahnung, Versetzung oder Kündigung vorliegen, sollte diese ausgesprochen werden; falls nicht, etwa, weil sich der Sachverhalt nicht aufklären lässt, zumindest eine entsprechende Erinnerung an die Regeln der Antidiskriminierung.

Auch hier ist das Vorgehen des Arbeitgebers gut zu dokumentieren.

VIII. FAZIT

In den Chor der Stimmen, die das Antidiskriminierungsgesetz pauschal ablehnen, wollen wir nicht einstimmen.

Das Ziel des Gesetzes ist nachvollziehbar; zudem müssen viele Regelungen des Gesetzes ohnehin aufgrund der Pflicht zur Umsetzung der entsprechenden EU-Richtlinien in das deutsche Recht aufgenommen werden.

Allerdings ist fraglich, ob es wirklich nötig ist, die schon weitreichenden europäischen Richtlinien noch zu verschärfen und so die deutschen Arbeitgeber stärker zu belasten als ihre europäischen Wettbewerber. Insoweit hätte man sich etwas mehr Verständnis für die Probleme der Praxis, die das Gesetz umsetzen muss, erhofft, zumal das Gesetz für die Arbeitgeber kostenneutral, wie von der Bundesregierung angenommen, aufgrund des erheblichen Umsetzungs- und Beratungsaufwands nicht sein kann.

Das größte Kopfzerbrechen wird der Praxis die Unbestimmtheit des Gesetzes machen. Der Gesetzgeber hat bewusst darauf verzichtet, konkretisierende Regelungen aufzustellen. Statt dessen hat er durch unbestimmte Tatbestände ("rechtmäßiges Ziel", "angemessen", "wesentliche berufliche Anforderungen", "unverzichtbare Voraussetzungen", etc.) und Rechtsfolgen ("angemessene Entschädigung", [Leistungsverweigerung] "soweit erforderlich", "ungeeignete Maßnahmen") die inhaltlichen Wertentscheidungen an die Arbeitsgerichte delegiert, die in den nächsten Jahren damit befaßt sein werden, diese Begriffe mit greifbaren Regeln auszufüllen.

Das Fazit ist paradox: Die inhaltliche Reichweite des Gesetzes und seine Folgen für die Praxis sind sicher erst in einigen Jahren anhand der Konkretisierungen durch die Arbeitsgerichte abzuschätzen. Für diese Konkretisierung ist den Arbeitsgerichten jenes Augenmaß zu wünschen, dass sie bei der Umsetzung der AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht bislang bewiesen haben.

Die Publikation *Details Aktuell* aus dem Fachbereich Arbeitsrecht ist eine unregelmäßig erscheinende Veröffentlichung von Loschelder Rechtsanwälte und beinhaltet keinen konkreten Rechtsrat und keine Rechtsbewertung zu einem speziellen Sachverhalt.

Die veröffentlichten Artikel sind allgemeine Zusammenfassungen zu rechtlichen Fragen der Personalarbeit, zu gesetzgeberischen Entwicklungen und zu Veränderungen aufgrund aktueller Entscheidungen.

Wir empfehlen deshalb dringend, bei konkreten Rechtsfragen einen Arbeitsrechtler unserer Sozietät zu konsultieren. Dieser wird Ihre speziellen rechtlichen Fragen unter Berücksichtigung Ihres konkreten Sachverhaltes gerne beantworten.

Diese Veröffentlichung kann auf unserer Internet-Homepage unter www.loschelder.net aufgerufen werden. Dort finden Sie weitere interessante Veröffentlichungen unserer Sozietät.

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Hohenstaufenring 30 – 32
50674 Köln

Telefon 0049 (0)221 650 65-0
Telefax 0049 (0)221 650 65-110

www.loschelder.net