

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

- 3 EDITORIAL
- 4 DAS AGG – GRUNDZÜGE DES GESETZES
- 9 DAS AUS FÜR DIE FAMILIENFÖRDERUNG?
- 10 DAS VERBOT DER ALTERSDIKRIMINIERUNG UND DIE RECHTSPRECHUNG DES EUGH
- 14 DIE UMSETZUNG DES AGG IM BETRIEB – WAS MÜSSEN ARBEITGEBER TUN?
- 19 ARBEITSRECHT ABSURD: DAS AGG – EIN GESETZ MIT PANNEN

LOSCHELDER **ARBEITSRECHT**  
September 2006

**AUTOREN DIESER AUSGABE**

DR. DETLEF GRIMM  
detlef.grimm@loschelder.de

DR. MARTIN BROCK  
martin.brock@loschelder.de

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

## EDITORIAL

Die vorliegende Ausgabe unserer arbeitsrechtlichen Mandantenzeitschrift ist bereits das zweite Heft, das sich ausschließlich mit den gesetzlichen Regelungen zur Gleichbehandlung befasst. Das im Heft 3/2005 ausführlich vorgestellte Antidiskriminierungsgesetz (ADG) scheiterte am vorzeitigen Ende der 15. Legislaturperiode. Die Neuauflage des Gesetzes im Jahre 2006 – jetzt als „Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz“ (AGG) – bringt jedoch wenig Änderungen. Im Kern handelt es sich beim AGG um ein geringfügig modifiziertes ADG. Eine deutliche Ausweitung des Antidiskriminierungsschutzes ergab sich lediglich im – hier nicht weiter behandelten – zivilrechtlichen Teil. Das AGG ist am 18.8.2006 in Kraft getreten (BGBl. I Nr. 39 vom 17.8.2006, S. 1897)

Die Rechtslage ist dennoch eine andere als noch im letzten Jahr. In seiner aufsehenerregenden Entscheidung zur Altersbefristung gem. § 14 Abs. 3 TzBfG entschied der EuGH, dass die europarechtlichen Diskriminierungsverbote unmittelbar anwendbares Recht sind. Gegen das europäische Antidiskriminierungsrecht verstoßende Gesetze dürfen von den deutschen Gerichten nicht angewendet werden. Im Ergebnis sind über das AGG hinaus zahlreiche Regelungen des deutschen Rechts in ihrer Wirksamkeit zweifelhaft geworden; auch das AGG selbst ist nur soweit wirksam, als es die europarechtlichen Vorgaben genau umsetzt. Bereits jetzt ist absehbar, dass einige Vorschriften des AGG unwirksam sind, da sie die europarechtlichen Vorgaben nur unzureichend umsetzen.

Wir stellen zu Beginn des Heftes die Regelungen des AGG kurz dar (ab Seite 4). Ein kürzerer Artikel befasst sich sodann mit der möglichen Kollision von europarechtlichem Antidiskriminierungsrecht und der Familienförderung (Seite 9). Die Konsequenzen aus der neuen Rechtsprechung des EuGH und deren Folgen für das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters stellen wir ab Seite 10 vor.

Des Weiteren erläutert das Heft, welche Maßnahmen die Unternehmen zur Umsetzung des AGG ergreifen müssen. Unsere Stichworte aus dem Heft zum ADG sind durch die zu diesen Fragen erschienen Aufsätze und Bücher bestätigt worden. Wir nutzen die notwendig gewordene „Neuaufgabe“, um noch etwas weiter ins Detail zu gehen (ab Seite 14).

Der Gesetzgebungsprozess des AGG liefert Stoff für die Rubrik „Arbeitsrecht absurd“ (Seite 19).

### DAS AGG – GRUNDZÜGE DES GESETZES

Das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz befasst sich mit dem arbeitsrechtlichen und dem allgemeinen zivilrechtlichen Diskriminierungsschutz. Für das Arbeitsrecht relevant sind der erste Abschnitt des Gesetzes mit allgemeinen Regelungen zur Diskriminierung, der zweite Abschnitt mit Regelungen zum Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung sowie der vierte Abschnitt zum Rechtsschutz. Die übrigen Abschnitte – Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr, Regelungen für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse, Antidiskriminierungsstelle des Bundes sowie Schlussvorschriften – sind für das Arbeitsrecht in nur geringerem Maße relevant.

#### I. WESENTLICHER INHALT DES GESETZES

Ziel des Gesetzes ist es, Benachteiligungen durch Arbeitgeber aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder sexueller Identität zu verhindern oder zu beseitigen (Benachteiligungsverbot, § 7 Abs. 1 AGG). Dies gilt in allen betrieblichen Situationen. Arbeitgeber sind verpflichtet, geeignete Schutzmaßnahmen zugunsten ihrer Beschäftigten zu treffen. Treten Benachteiligungen ein, drohen den Arbeitgebern finanzielle Ansprüche des benachteiligten Arbeitnehmers. Zugunsten benachteiligter Arbeitnehmer bestehen Beweiserleichterungen. Sie können sich überdies durch Betriebsräte, Gewerkschaften, Antidiskriminierungsverbände oder die neugeschaffene Antidiskriminierungsstelle des Bundes unterstützen lassen.

Geschützt werden „Beschäftigte“. Das sind Arbeitnehmer, Auszubildende, arbeitnehmerähnliche Personen und Heimarbeiter. Als Beschäftigte gelten auch Stellenbewerber und die Personen, deren Beschäftigungsverhältnis bereits beendet ist (§ 6 AGG). Bei Leiharbeitnehmern ist neben dem Verleiher auch der Entleiher Arbeitgeber im Sinne des AGG. Geschäftsführer und Vorstände sind insoweit geschützt, als es um die Zugangsbedingungen zur Erwerbstätigkeit geht.

#### II. DISKRIMINIERUNGSGRÜNDE

Die vom Gesetz erfassten Diskriminierungsgründe werden in § 1 AGG abschließend aufgezählt.

##### 1. Aus Gründen der Rasse und ethnischer Herkunft

Die Diskriminierung „aus Gründen der Rasse“ umfasst alle Diskriminierungen aus rassistischen Motiven. Das Gesetz lehnt die Vorstellung, dass es verschiedene Rassen gebe, ausdrücklich ab. Entscheidend ist damit nicht, ob jemand einer anderen Rasse angehört, sondern die subjektive, rassistische

Vorstellung des Diskriminierenden. Objektiv gefasst ist dagegen die ethnische Herkunft, die die Abstammung und die nationalen Ursprünge bzw. das „Volkstum“ umfasst. Das setzt nicht notwendigerweise eine andere Nationalität voraus: Die ethnische Herkunft kann auch deutsche Minderheiten wie Sorben oder Friesen umfassen.

In der Praxis werden offene Benachteiligungen aus diesen Gründen nur selten vorkommen. Relevant werden kann die ethnische Herkunft allerdings im Bereich der mittelbaren Benachteiligung, da Ausländer beispielsweise häufig schwerer hohe Anforderungen an die Beherrschung der deutschen Sprache erfüllen werden.

##### 2. Geschlecht

Die Diskriminierung wegen des Geschlechts umfasst nicht lediglich die Diskriminierung von Frauen, auch wenn deren Schutz häufiger relevant werden wird. Auch Männer können diskriminiert werden, etwa ein männlicher Bewerber für eine ausdrücklich als „Sekretärin“ ausgeschriebene Stelle.

##### 3. Religion und Weltanschauung

Die Begriffe Religion und Weltanschauung setzen voraus, dass ihnen eine Gewissheit über bestimmte Aussagen zum Weltganzen sowie zur Herkunft bzw. zum Ziel menschlichen Lebens zu Grunde liegt. Beide bestimmen die Ziele des Menschen und erklären auf eine umfassende Weise den Sinn der Welt und des menschlichen Lebens.

Rechtlich zweifelhaft ist neben den „klassischen“ Streitpunkten, ob bestimmte Glaubensgemeinschaften tatsächlich eine Religion sind – z. B. „Scientology“ –, vor allem die Frage, inwieweit politische Weltanschauungen sich auf den Schutz des AGG berufen können. Zumindest im Rahmen der Religionsfreiheit in Art. 4 GG kann die Weltanschauung einen Schutz wie die Religion nur dann genießen, wenn sie im Hinblick auf Geschlossenheit und Sinngebungskraft Religionen vergleichbar ist. Das kann u. E. auf das AGG übertragen werden, so dass bloße politische Ansichten nicht umfasst sind. Die Gefahr einer weiten Auslegung hat der Gesetzgeber allerdings gesehen und für den allgemeinen zivilrechtlichen Schutz vor Benachteiligungen die Weltanschauung ausdrücklich gestrichen, um nicht rechtsradikalen Gruppen die Berufung auf das Gesetz zu ermöglichen.

Die Arbeitgeber beschäftigen wird vor allem, inwieweit sich betriebliche Gegebenheiten mit den Vorgaben des Islam vereinbaren lassen. Streitpunkt in der Vergangenheit war bereits das Tragen von Kopftüchern.

#### 4. Behinderung

Der Begriff der Behinderung ist nicht eingeschränkt auf die Schwerbehinderung im Sinne des SGB IX. Allerdings ist davon auszugehen, dass sämtliche Schwerbehinderte i. S. des SGB IX auch Behinderte im Sinne des AGG sind. Der EuGH hat klargestellt, dass nicht jede Krankheit bereits eine Behinderung ist. Eine Krankheit könnte dann lediglich eine Behinderung sein, wenn sie von langer Dauer ist. Ungeklärt bleibt aber, ob und ab welcher Intensität Krankheit eine Behinderung darstellen kann. Die in Deutschland bislang mögliche Kündigung auf Grund dauernder Dienstunfähigkeit bzw. lang andauernder Erkrankung steht jedenfalls auf dem europarechtlichen Prüfstand.

#### 5. Alter

Das Lebensalter als Diskriminierungsgrund ist die für das deutsche Recht größte Herausforderung durch das AGG, da Differenzierungen nach dem Lebensalter bislang üblich und weit verbreitet waren. Das Verbot der Benachteiligung auf Grund des Lebensalters umfasst nicht lediglich ältere Arbeitnehmer, auch jüngere Arbeitnehmer werden geschützt.

#### 6. Sexuelle Identität

Der Schutz auf Grund der sexuellen Identität betrifft homo- und bisexuelle, transsexuelle sowie zwischengeschlechtliche Menschen. Offen ist, inwieweit das AGG auch den Schutz heterosexueller Menschen in einem homosexuell geprägten Umfeld gewährleistet.

### III. BEGRIFF DER BENACHTEILIGUNG

§ 7 AGG verbietet dem Arbeitgeber jede Benachteiligung wegen eines gesetzlichen Diskriminierungsgrundes; § 12 AGG verpflichtet den Arbeitgeber auf den Schutz seiner Beschäftigten vor Benachteiligungen. Die Definition der Benachteiligung in § 3 AGG ist daher für das Gesetz grundlegend.

#### 1. Unmittelbare Benachteiligung (§ 3 Abs. 1 AGG)

Eine unmittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Erfasst wird jedes Tun oder Unterlassen des Arbeitgebers. Eine unmittelbare Benachteiligung liegt etwa vor, wenn jemand wegen seines Geschlechtes oder seines Alters nicht eingestellt wird oder wenn der Arbeitgeber beim Entgelt nach dem Lebensalter differenziert.

#### 2. Mittelbare Benachteiligung (§ 3 Abs. 2 AGG)

Bedeutsamer für die Praxis werden die Fälle der mittelbaren Diskriminierung sein. Eine mittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines gesetzlichen Diskriminierungsgrundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.

Die mittelbare Benachteiligung umfasst damit alle Fälle, in denen der Arbeitgeber nicht direkt auf einen Diskriminierungsgrund – etwa das Alter – Bezug nimmt, sondern sich auf objektive Kriterien beruft, die sich jedoch im Ergebnis für eine bestimmte in § 1 AGG genannten Personengruppe benachteiligend auswirken: Ein Arbeitgeber, der sehr gute deutsche Sprachkenntnisse verlangt, benachteiligt im Ergebnis aufgrund der ethnischen Herkunft. Mittelbare Benachteiligung liegt auch vor, wenn eine bestimmte Sozialleistung an eine bestimmte Betriebszugehörigkeitsdauer geknüpft ist.

Musterbeispiel für die mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts waren in der Vergangenheit schon Benachteiligungen wegen Teilzeitbeschäftigung: Da mehr Frauen als Männer Teilzeitbeschäftigte sind, sind diese in höherem Maße betroffen. Denkbar ist auch, im Erfordernis einer ununterbrochenen Beschäftigung für Beförderungen eine mittelbare Frauendiskriminierung zu sehen, da diese bei Frauen statistisch seltener vorliegen wird als bei Männern. Gleiches wird für Sozialplanregelungen gelten, die Zeiten der Elternzeit nicht als Betriebszugehörigkeitszeiten anerkennen.

Da damit der Anwendungsbereich der mittelbaren Diskriminierung sehr weit gezogen wird, ist eine ausgleichende Einschränkung erforderlich. Eine mittelbare Benachteiligung setzt ergänzend zur Ungleichbehandlung voraus, dass diese nicht durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt wird und die hierfür eingesetzten Mittel erforderlich und angemessen sind. Anders als bei den übrigen Formen der Benachteiligung wird die Rechtfertigung bei der mittelbaren Benachteiligung schon auf Tatbestandsebene überprüft. Eine mittelbare Benachteiligung (Nationalität/ethnische Herkunft) liegt beispielsweise nicht vor, wenn das Erfordernis der akzentfreien Beherrschung der deutschen Sprache für den Arbeitsplatz notwendig ist.

Das ist wichtig, da der Kontrollmaßstab bei der mittelbaren Benachteiligung deutlich gemildert ist: Bei der mittelbaren

Benachteiligung reicht ein sachliches Ziel. Für die allgemeine Benachteiligung wegen beruflicher Anforderungen schreibt § 8 Abs. 1 AGG als weitaus strengeren Rechtfertigungsmaßstab vor, dass der Grund eine „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ darstellt.

### 3. Belästigung (§ 3 Abs. 3 AGG)

Eine „Belästigung“ liegt vor, wenn unerwünschte Verhaltensweisen, die mit einem Diskriminierungsgrund im Zusammenhang stehen, bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betroffenen Personen verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes „Umfeld“ geschaffen wird. Belästigungen können zum Beispiel Verleumdungen, Beleidigungen und abwertende Äußerungen, Anfeindungen, Drohungen und körperliche Überfälle sein, sofern kontinuierliches Handeln zu erkennen ist. Insoweit dürfte Klagen wegen Mobbing in Zukunft nur unter den schon jetzt geltenden engen Voraussetzungen Erfolg beschieden sein.

Die entscheidende Tatsache, dass die belästigende Verhaltensweise unerwünscht sein muss, bedeutet nach der Gesetzesbegründung nicht, dass dies vorher ausdrücklich zum Ausdruck gebracht wurde. Es soll ausreichend sein, dass die Handelnden aus der Sicht eines objektiven Beobachters davon ausgehen konnten, dass ihr Verhalten unter den gegebenen Umständen für einen Betroffenen nicht erwünscht ist oder nicht akzeptiert wird. Damit können auch erstmalige Vorkommnisse bereits eine Belästigung sein. Allerdings wird im Kontrollmaßstab auf eine objektive Sicht abgestellt und losgelöst von einem möglicherweise allzu empfindlichen subjektiven Verständnis des Betroffenen bewertet – es kommt also nicht auf eine „Mimosensicht“ an. Es ist zu erwarten, dass die Rechtsprechung den Begriff der Belästigung ebenso vorsichtig und differenziert fasst, wie sie dies bereits mit dem „Mobbing“ getan hat. Dass ersichtlich indiskutable rassistische Äußerungen nicht von einer vorherigen Ablehnung des Betroffenen abhängen können, ist dann nur richtig und konsequent.

### 4. Sexuelle Belästigung (§ 3 Abs. 5 AGG)

Die Überlegungen zum allgemeinen Begriff der Belästigung gelten auch für die „sexuelle Belästigung“, die eine Belästigung auf Grund eines sexuell bestimmten Verhaltens ausdrücklich benennt.

## IV. PFLICHTEN DES ARBEITGEBERS

### 1. Benachteiligungsverbot (§ 7 AGG)

Gemäß § 7 Abs. 1 dürfen Beschäftigte im Arbeitsverhältnis wegen eines der gesetzlichen Diskriminierungsgründe nicht benachteiligt werden.

Ausnahmeregelungen von diesem Grundsatz sieht das Gesetz in § 2 Abs. 2 AGG und § 2 Abs. 4 AGG für die betriebliche Altersversorgung und den Kündigungsschutz vor. Ob diese Bereichsausnahmen europarechtlich Bestand haben können, ist mehr als zweifelhaft. Die Frage, in welchem Umfang das europarechtliche Diskriminierungsverbot auf die betriebliche Altersversorgung Anwendung finden kann, ist jedenfalls Gegenstand eines ausführlichen Vorlagebeschlusses des BAG vom 27.06.2006 (3 AZR 352/05) an den EuGH. Auch die Wirksamkeit der Bereichsausnahme für den Kündigungsschutz wird von den meisten Autoren für unwirksam gehalten. Es spricht damit viel dafür, dass diskriminierende Kündigungen gem. § 134 BGB, § 7 Abs. 1 AGG nichtig sind und damit ein „Antidiskriminierungskündigungsschutz“ geschaffen wird, der als zusätzliches Element im Abfindungspoker eingesetzt werden kann.

Umfasst werden vom Diskriminierungsverbot gemäß § 6 AGG sämtliche Arbeitnehmer, einschließlich Bewerbern und Personen, deren Beschäftigungsverhältnis beendet ist. Soweit es den Zugang zur Erwerbstätigkeit sowie den beruflichen Aufstieg betrifft, sind auch Selbstständige und Organmitglieder (insbesondere Geschäftsführer und Vorstände) vom Anwendungsbereich der arbeitsrechtlichen Vorschriften des AGG umfasst (§ 6 Abs. 3 AGG).

### 2. Schutz der Arbeitnehmer vor Benachteiligungen

Neben das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG, welches das Verhalten des Arbeitgebers selbst regelt, tritt die Verpflichtung gemäß § 12 AGG, die Arbeitnehmer auch vor Benachteiligungen durch Kollegen oder Dritte zu schützen.

Dieser Schutz muss auch vorbeugende Maßnahmen umfassen. Eine umfassende Schulung zum Zwecke der Verhinderung von Benachteiligungen gilt gem. § 12 Abs. 2 AGG als Erfüllung dieser Pflicht. Der Gesetzgeber hat hier den Ansatz für eine Schulungsindustrie gelegt.

Bei Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot muss der Arbeitgeber die geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zur Unterbindung der Benachteiligung – das Gesetz nennt hier Abmahnung, Umsetzung, Versetzung und Kündigung – ergreifen.

### V. MÖGLICHKEITEN DER RECHTFERTIGUNG

Nicht jede Benachteiligung ist dem Arbeitgeber untersagt. Unmittelbare Benachteiligungen können aus den im Gesetz genannten Gründen gerechtfertigt sein. Bei der mittelbaren Benachteiligung ist das Fehlen solcher Rechtfertigungsgründe sogar Voraussetzung dafür, dass überhaupt eine Benachteiligung vorliegt. Bei Belästigungen und sexuellen Belästigungen ist eine Rechtfertigung allerdings regelmäßig nicht vorstellbar.

Das AGG bewirkt, dass benachteiligende Handlungen des Arbeitgebers einer umfassenden Kontrolle unterworfen werden. Die Rechtfertigung einer unmittelbaren Benachteiligung auf Grund beruflicher Anforderungen ist dabei recht streng: Eine unterschiedliche Behandlung ist gem. § 8 AGG nur zulässig, wenn der diskriminierende Grund wegen der Art der ausübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübungen eine „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Forderung angemessen ist. Wegen der Vielzahl der unbestimmten Rechtsbegriffe ist eine sichere Einzelfallprognose nur schwer möglich.

Wie streng der Gesetzgeber die Regelung der entscheidenden beruflichen Aufforderung gefasst sehen will, ergibt sich durch seine Aussage in der Gesetzesbegründung, dass eine Absetzung des Schutzstandards hinsichtlich des Merkmals Geschlecht mit der Änderung des Wortlaut nicht verbunden sei: Für die Rechtfertigung der Geschlechtsdiskriminierung schrieb § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB vor, dass das Geschlecht eine „unverzichtbare Voraussetzung“ für die Tätigkeit sein müsse. Die sehr strengen Vorgaben an Rechtfertigungen wegen einer Ungleichbehandlung des Geschlechts werden damit auf alle Diskriminierungsgründe übertragen werden.

Ausnahmen und erleichterte Rechtfertigungsmöglichkeiten gelten für die Bereiche Religion und Weltanschauung (§ 9 AGG) bzw. Alter (§ 10 AGG). Für Tendenzunternehmen gelten keine Besonderheiten mehr, d.h. Gewerkschaften, Presseunternehmen und Arbeitgeberverbände können nicht mehr verlangen, dass sich Bewerber mit der Tendenz identifizieren; entsprechende Fragen sind unzulässig.

Für den Fall, dass eine Maßnahme aus mehrere Diskriminierungsgründe betrifft, ist die Rechtfertigung in Bezug auf jeden der Diskriminierungsgründe zu prüfen.

Positive Maßnahmen zum Ausgleich bestehender Benachteiligungen oder Verhinderung zukünftiger Benachteiligungen (sog. „Affirmative Actions“) hat der Gesetzgeber trotz intensiver Kritik zugelassen (§ 5 AGG). Hier besteht die Gefahr, dass gezielt Differenzierungen gefördert werden. Zudem ist die

Zulässigkeit solcher Maßnahmen (sie müssen „geeignet und angemessen sein“) nicht prognostizierbar, weshalb wir von deren Durchführung gegenwärtig abraten.

### VI. RECHTE DER BESCHÄFTIGTEN

Grundlegend bestimmt bereits § 7 Abs. 2 AGG, dass Bestimmungen in Vereinbarungen, die gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG verstoßen, unwirksam sind. Das wird im Ergebnis, etwa bei benachteiligenden Arbeitsbedingungen, im Regelfall eine Anpassung nach oben, also zu Gunsten des Beschäftigten, nach sich ziehen, weil der Gesetzgeber keine Regelung bezüglich der Folge der Unwirksamkeit getroffen hat. Auch diskriminierende Abmahnungen und Kündigungen sind unwirksam.

In § 13 AGG gibt das Gesetz den Betroffenen ein Beschwerderecht. Anders als früher ist keine eigene „betriebliche Beschwerdestelle“ einzurichten. Es genügt, dass eine bestehende Stelle (oder ein bestimmter Mitarbeiter) im Betrieb als zuständig erklärt wird. Daneben muss der Arbeitgeber sicherstellen, dass Beschwerden geprüft und die Ergebnisse den Beschwerdeführern mitgeteilt werden.

Ein Leistungsverweigerungsrecht (falls der Arbeitgeber keine oder offensichtlich unzureichende Maßnahmen zur Unterbindung von Belästigungen trifft) ist in § 14 AGG geregelt. Da der Arbeitnehmer das Risiko der Fehleinschätzung trägt, wird es in der Praxis kaum relevant werden. § 16 AGG regelt ein Maßregelungsverbot zugunsten derjenigen Mitarbeiter, die ihre Rechte geltend machen oder diese unterstützende Personen.

Die für die Praxis wichtigste Sanktion ist § 15 AGG: Gemäß § 15 Abs. 1 AGG ist der Arbeitgeber bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot verpflichtet, den hierdurch entstandenen (materiellen) Schaden zu ersetzen. Wäre der Bewerber auch bei einem benachteiligungsfreien Auswahlverfahren nicht eingestellt worden (und kann der Arbeitgeber dies beweisen) verursacht die Benachteiligung aber regelmäßig keine Vermögensinbuße. Es bleibt dann der Entschädigungsanspruch.

Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der Betroffene zudem gem. § 15 Abs. 2 AGG eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Die Entschädigung stellt eine Art Schmerzensgeld wegen der erlittenen Diskriminierung dar. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll der Anspruch wohl verschuldensunabhängig bestehen. Die Höhe wird von den Gerichten unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls bemessen werden, wobei diese nach Vorgabe des Europarechts abschreckende Wirkung für den Arbeitgeber

haben muss. Entsprechend der eher zurückhaltenden deutschen Rechtsprechung ist unseres Erachtens aber nicht zu befürchten, dass britische oder gar amerikanische Größenordnungen übertragen werden. Für den Fall der Nichteinstellung besteht eine Begrenzung: Wäre der Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden, darf die Entschädigung drei Monatsgehälter nicht übersteigen.

Der Arbeitgeber haftet auch für benachteiligende Kollektivverträge wie z.B. Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträge, jedoch nur bei vorsätzlichem oder groß fahrlässigen Verhalten.

Für den Fall der verweigerten Einstellung besteht gemäß § 15 Abs. 6 AGG kein Einstellungsanspruch, jedoch können sich Schadenersatz- und Entschädigungsansprüche ergeben.

Für die Durchsetzung des Schadenersatz- und Entschädigungsanspruchs schreibt § 15 Abs. 4 AGG (vorbehaltlich tariflicher Regelungen) eine Frist zur schriftlichen Geltendmachung von 2 Monaten vor. Die Frist beginnt mit Kenntnis von der Benachteiligung, bei Bewerbungen mit Zugang der Ablehnung. Diese Frist wird ergänzt durch die Klagefrist des § 61b Abs. 1 ArbGG von 3 Monaten. Will sich der Arbeitnehmer gegen eine diskriminierende Kündigung zur Wehr setzen, gilt die dreiwöchige Frist nach dem Kündigungsschutzgesetz. Problematisch ist, dass Ansprüche aus unerlaubter Handlung und aus Vertragsverletzung von der Zweimonatsfrist des § 15 Abs. 4 AGG nicht erfasst sind.

#### VII. BEWEISLASTVERTEILUNG IM PROZESS

Die Beweislastverteilung in der gerichtlichen Auseinandersetzung war noch bis zum Schluss Gegenstand der politischen Diskussion. Geeinigt hat sich die große Koalition schließlich auf folgende Fassung des § 22 AGG:

„Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz von Benachteiligung vorgelegen hat.“

Ob dies europarechtskonform ist, ist zweifelhaft. Artikel 10 Abs. 1 der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG lässt es ausreichen, dass entsprechende Indizien „glaubhaft gemacht“ werden. Für eine Glaubhaftmachung kann ein geringerer Grad der richterlichen Überzeugung ausreichen, zudem könnte ein Betroffener gegebenenfalls als Mittel der Glaubhaftmachung eine eidesstattliche Versicherung vorlegen.

Das kann relevant werden, wenn etwa Vorgänge in einem Bewerbungsgespräch unter vier Augen dargelegt werden sollen. Die Frage ist allerdings offen. Bislang hat das BAG die Beweislastregelung des § 611a BGB vom EuGH unbeanstandet im Sinne der nunmehr vom Gesetz gewordenen Regelung ausgelegt.

Es dürfte genügen, dass Umstände vorgetragen werden, die es wahrscheinlich erscheinen lassen, dass eine Benachteiligung aufgrund eines Diskriminierungsmerkmals erfolgt ist. Dann verlagert sich die Beweislast auf den Arbeitgeber. Im Bewerbungsfall müsste der Arbeitgeber z.B. die Daten sämtlicher vergleichbarer Bewerber vorlegen und im Prozess darlegen können, aus welchem Grund einem anderen Bewerber der Vorzug gegeben wurde.

#### VIII. BETRIEBSRAT, GEWERKSCHAFTEN, ANTIDISKRIMINIERUNGS-VERBÄNDE

Der Betriebsrat sowie eine im Betrieb vertretende Gewerkschaft können mittels § 17 Abs. 2 AGG, der auf die Voraussetzungen des § 23 Abs. 3 BetrVG verweist, den Arbeitgeber bei Benachteiligungen mittels Klage zu einem rechtmäßigen Handeln zu zwingen versuchen. Zuletzt klargestellt wurde nach den Beratungen im Rechtsausschuss, dass dieses Recht lediglich bei einem groben Verstoß besteht und dass Rechtsansprüche von einzelnen Arbeitnehmern (z.B. Entschädigungsansprüche) nicht geltend gemacht werden dürfen. Dies stellt eine sehr begrüßenswerte Klarstellung dar.

Daneben können sich Benachteiligte gem. § 23 AGG durch privatrechtliche Antidiskriminierungsverbände unterstützen lassen. Der Rechtsausschuss wollte die Befugnisse der Antidiskriminierungsverbände beschneiden, die nicht, wie noch vom ursprünglichen Gesetzentwurf vorgesehen, auch als Bevollmächtigte des Arbeitnehmers vor Gericht auftreten können sollen. Ob dies wirklich gelungen ist, ist sehr zweifelhaft (vgl. Arbeitsrecht absurd, S. X).

## DAS AUS FÜR DIE FAMILIENFÖRDERUNG?

Vom Gesetzgeber offenkundig nicht gesehen – jedenfalls aber nicht geregelt – wurde das Konfliktpotential, das sich aus der Kollision einer Familienförderung mit den europarechtlichen Gleichbehandlungsgeboten ergibt. Dieser Konflikt ist durchaus von juristisch brisanter Qualität: Das allgemeine Rechtsgut der Förderung von Ehe und Familie gemäß Artikel 6 GG kollidiert mit den europarechtlichen Gleichbehandlungsvorgaben, die als Rechtfertigungsgrund die Familienförderung nicht vorsehen.

Befürchtungen, Maßnahmen der Familienförderung wie kostenlose Betriebskindergärten könnten als mittelbare Benachteiligung homosexueller Mitarbeiter künftig unzulässig sein, sind aber wohl unbegründet. Homosexuelle Personen werden häufiger kinderlos sein als heterosexuelle, so dass Heterosexuelle prozentual gesehen stärker vom Betriebskindergarten profitieren als Homosexuelle. Eine mittelbare Benachteiligung liegt jedoch nicht bereits bei einer Ungleichbehandlung vor, die Homosexuelle stark gegenüber anderen Personen benachteiligen kann. Hinzukommen muss, dass der Arbeitgeber kein rechtmäßiges Ziel verfolgt oder die Mittel zur Erreichung dieses Ziels nicht angemessen und erforderlich sind. Die Förderung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf, die durchaus auch als positive Maßnahme im Sinne der Erwerbsfähigkeit von Frauen gemäß § 5 AGG gewertet werden kann, ist als solche aber ein rechtmäßiges Ziel. Auch die Angemessenheit der Maßnahme lässt sich kaum bestreiten.

Nicht ganz so eindeutig ist die Lösung jedoch, wenn sich ein Arbeitgeber bei einer Einstellung dafür entscheidet, einen Familienvater statt eines homosexuellen Bewerbers einzustellen. Hier ist schon zweifelhaft, ob überhaupt noch eine mittelbare Benachteiligung vorliegt oder nicht schon tatsächlich eine unmittelbare Benachteiligung gegeben ist. Eine unmittelbare Benachteiligung wäre nur zu rechtfertigen, wenn eine wesentliche entscheidende berufliche Anforderung vorliegt: Das ist beim Wunsch des Arbeitgebers, Familien zu fördern, nicht der Fall. Aber auch wenn man eine mittelbare Benachteiligung annimmt, da alleine auf den Umfang der Unterhaltspflichten abgestellt würde, ist zweifelhaft, ob der EuGH noch von einer rechtmäßigen Maßnahme ausginge.

Im Ergebnis bewirkt das Verbot einer Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung eine Privilegierung der von den Diskriminierungsverboten geschützten Personengruppen. Mit der Einstellung eines homosexuellen Bewerbers – zu Lasten des Familienvaters – wäre der Arbeitgeber immer auf der sicheren Seite. Wie die grundlegende Kollision zwischen europäischem Recht und Verfassungsrecht von den Gerichten aufgelöst wird, bleibt abzuwarten.

# LOSCHELDER **ARBEITSRECHT**

## September 2006

### DAS VERBOT DER ALTERSDISKRIMINIERUNG UND DIE RECHTSPRECHUNG DES EUGH

Das Verbot der Altersdiskriminierung im AGG stellt die Praxis vor gänzlich neue Probleme. Bislang war das Lebensalter ein bei vielen Personalentscheidungen herangezogenes Kriterium; viele Gesetze schreiben sogar ausdrücklich Altersgrenzen fest, die sich nunmehr als problematische Altersdiskriminierung darstellen können.

Die Umsetzungsschwierigkeiten werden nicht geringer sein als beim Verbot der Geschlechtsdiskriminierung, das BAG und EuGH umfassend beschäftigt hat. Die Umstellungsprobleme im Bereich der betrieblichen Altersversorgung sowie bei der Einstellung von Mitarbeitern waren groß; die Folgen einer geschlechtsdiskriminierend ausgestalteten betrieblichen Altersversorgung belasten viele Unternehmen. Viele Arbeitgeber mussten auch Lehrgeld in Form von Schadenersatz zahlen für falsch formulierte Stellenanzeigen.

Die übrigen Diskriminierungsgründe haben nicht das gleiche Gewicht wie die verbotene Diskriminierung nach Geschlecht bzw. Alter, schon weil sie – prozentual gesehen – geringere Teile der Bevölkerung betreffen. Ein Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung ist für die deutschen Unternehmen seit der Einführung des § 81 Abs. 2 SGB IX nichts grundlegend Neues. Die Personalpraxis hat sich darauf weitgehend eingestellt.

Die übrigen Diskriminierungsgründe – Rasse, ethnische Herkunft, Religion und sexuelle Orientierung – werden als Kriterien arbeitsrechtlicher Entscheidungen ohnehin nur in Ausnahmefällen herangezogen werden. Für die Praxis relevant werden kann hier allenfalls die Frage, inwieweit ein neuer Umgang der Unternehmen mit ausländischen Mitarbeitern erreicht werden muss. Ansonsten ergeben sich die Herausforderungen der Unternehmen bei diesen Diskriminierungsgründen weniger aus möglicherweise zu rechtfertigenden Benachteiligungen durch das Unternehmen als vielmehr durch Belästigungen, die von anderen Mitarbeitern ausgehen.

#### I. DIE GESETZLICHE REGELUNG ZUR ALTERSDISKRIMINIERUNG

§ 10 AGG enthält einen ausführlichen Katalog von Regelungen zur Rechtfertigung von Altersdiskriminierungen. In der Umsetzung sind diese Regelungen jedoch problematisch, da keine klaren Vorgaben für zulässige Differenzierungen vorgegeben werden sondern eher Fingerzeige für im Einzelfall vorzunehmenden Abwägungen.

#### II. EUROPARECHTLICHE VORGABEN

Erschwerend kommt hinzu, dass der Versuch einer Regelung in § 10 AGG durch die neueren europarechtlichen Entwicklungen noch zusätzlich entwertet wird. Das Urteil in der Sache „Mangold“, mit dem der EuGH die Regelung zur erleichterten Befristung älterer arbeitsloser Arbeitnehmer in § 14 Abs. 3 TzBfG für unanwendbar erklärte, hat weit über diesen Einzelfall hinaus grundlegende Bedeutung.

Die Grundaussage des EuGH ist, dass es einen allgemeinen europarechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz gebe, der durch die Antidiskriminierungsrichtlinien näher konkretisiert werde. Gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßende und nicht gerechtfertigte nationale Regelungen sind – wie § 14 Abs. 3 TzBfG – unanwendbar. Im Ergebnis beansprucht der EuGH damit ein umfassendes Prüfungsrecht mit zusätzlicher Verwerfungskompetenz für sämtliche nationalen Regelungen. Das Urteil ist, gerade da sich der EuGH vorbehält, Gesetze ohne Vertrauensschutz für die Arbeitgeber für unanwendbar zu erklären, juristisch falsch und eine politisch problematische Grenzüberschreitung des EuGH. Für die Rechtsanwendung ist es jedoch eine Realität.

Bei der Prüfung, ob eine nationale Regelung gegen den Gleichbehandlungssatz verstößt, ist der EuGH streng. Es lässt sich durchaus diskutieren, ob die Regelung zur Altersbefristung nicht angemessen ist. Sie erfolgte aus arbeitsmarktpolitischen Gründen ausdrücklich zu Gunsten älterer Arbeitnehmer, um deren Einstellung zu fördern. Der EuGH stellt hier jedoch recht apodiktisch fest, es lasse sich nicht rechtfertigen, wenn eine große Gruppe von Arbeitnehmern allein auf Grund des Lebensalters von unbefristeten Normalarbeitsverhältnissen ausgeschlossen werden könne.

Das muss man wohl so verstehen, dass der EuGH gerade generalisierende und feste Kriterien – die aus Gründen der Rechtssicherheit sinnvoll sind – für problematisch hält. Die vom EuGH präferierten Einzelfallabwägungen sind unsicher, und das Ergebnis der gerichtlichen Überprüfung ist nur schwer zu prognostizieren.

### III. FOLGEN FÜR DAS DEUTSCHE RECHT

Die Folgen der neuen Rechtsprechung des EuGH für das deutsche Recht sind weitreichend. Richtigerweise müsste der Gesetzgeber eine umfassende Revision des deutschen Rechts auf mögliche Diskriminierungen, gerade auch Altersdiskriminierungen, vornehmen. Viele gesetzliche Vorschriften sind europarechtswidrig, so dass sie nicht mehr angewendet werden dürfen. Der Gesetzgeber ist hier gefordert, die Regelungen europarechtskonform umzugestalten bzw., wo dies nicht möglich ist, zu streichen. Das Risiko der Europarechtswidrigkeit in Kauf zu nehmen und die Folgen auf die Arbeitgeber überzuwälzen ist ein unhaltbarer Zustand.

Diese Bedenken betreffen auch weite Teile der Regelungen in § 10 AGG. Die Norm, die Arbeitgebern an sich Rechtsicherheit geben sollte, ist damit selbst zum Problemfall geworden und schlägt eher in das Gegenteil aus: Da das Gesetz selbst unter dem ständigen Vorbehalt der Nichtgeltung bei Unvereinbarkeit mit den europarechtlichen Vorgaben steht, wird die scheinbare Rechtsicherheit zur Falle. Auch wenn § 10 Nr. 5 AGG Altersgrenzen für ausdrücklich zulässig erklärt, ist dies ohne Belang, wenn der EuGH Altersgrenzen für europarechtlich unzulässig halten sollte.

Es ist also gefährlich, sich auf die Vorgaben des AGG zu verlassen. In seiner Entscheidung vom 26.04.2006 (7 AZR 500/04) hat zumindest der für das Befristungsrecht zuständige 7. Senat des BAG deutlich gemacht, dass er gewillt ist, die Vorgaben des EuGH minutiös und umfassend umzusetzen. Er hat einen Vertrauensschutz für die Arbeitgeber, die im Vertrauen auf die Wirksamkeit des § 14 Abs. 3 TzBfG ältere Arbeitnehmer eingestellt hatten, verneint. Der 7. Senat meint schlicht, da eine mögliche Europarechtswidrigkeit von § 14 Abs. 3 TzBfG stets diskutiert worden sei, hätte sich ohnehin kein Arbeitgeber auf die Wirksamkeit der Norm verlassen dürfen.

### IV. EINZELTHEMEN:

#### 1. Einstellung und Arbeitsbedingungen

§ 10 Nr. 1 AGG erlaubt die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung und zur beruflichen Bildung sowie zu besonderen Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Bedingungen für Entlohnung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses, um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren Beschäftigten und Personen mit Fürsorgepflichten zu fördern oder ihren Schutz sicherzustellen.

Die Ungleichbehandlung darf erfolgen, um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen und älteren Beschäftigten zu fördern. Schematisierende Lösungen, wie das alleinige Abstellen auf eine Altersgrenze, sind, wie der EuGH in seiner Entscheidung zur Altersbefristung gemäß § 14 Abs. 3 TzBfG deutlich gemacht hat, mit hoher Wahrscheinlichkeit fehlerhaft und damit unwirksam. Europarechtlich problematisch sein können damit auch Regelungen in Tarifverträgen, die für ältere oder jüngere Mitarbeiter von Altersgrenzen abhängige Tarifsenkungen vorsehen.

Unter welchen Voraussetzungen verschlechternde Arbeitsbedingungen für ältere bzw. jüngere Mitarbeiter möglich sind, hat der EuGH noch nicht entschieden. Notwendig wird es auf jeden Fall sein, die Dauer der verschlechternden Arbeitsbedingungen eng zu befristen und die Anwendung der verschlechterten Arbeitsbedingungen auf die Fälle zu beschränken, in denen vorher tatsächlich eine längere Arbeitslosigkeit vorlag.

#### 2. Mindestanforderungen an Alter, Berufserfahrung oder Dienstalter

Die Regelung in § 10 Abs. 2 AGG, die unterschiedliche Behandlungen durch die Festlegung der Mindestanforderungen an das Alter, die Berufserfahrung und das Dienstalter zulässt, beruht auf Artikel 6 Abs. 1 Satz 2 lit. b der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG. Auch bei der Anwendung dieser Norm ist große Vorsicht angebracht. Gerade die Festlegung eines Mindest- oder Höchstalters ist kritisch. Bis auf eng umgrenzte Einzelfälle werden solche Altersgrenzen nicht rechtmäßig sein.

Auf dem Prüfstand stehen hier beispielsweise auch die Altershöchstgrenzen für eine Verbeamtung, wie sie im deutschen Beamtenrecht üblich sind. Die Europäische Union selbst verzichtet seit einem Protest des Europäischen Bürgerbeauftragten Södermann bei allen Einstellungen auf eine Altersgrenze. Die frühere Altersgrenze von 45 Jahren wurde aufgegeben. Diese eigene Praxis der Europäischen Union kann einen deutlichen

Hinweis auf das geben, was diese von ihren Mitgliedsländern erwartet.

Die Unternehmen müssen sich für Einstellungen auf neue Spielregeln einstellen. Anders als bisher können Bewerbungen von Mitarbeitern auf Grund fester oder ungeschriebener Altersgrenzen nicht mehr aussortiert werden. Rechtlich möglich können dagegen Mindestanforderungen an die Berufserfahrung sein, wenn es sich um Positionen handelt, für die eine entsprechende Berufserfahrung erforderlich ist.

Die praktische Reichweite des Verbots wird stark davon abhängen, welche Anforderungen die Gerichte im Rahmen der Beweiserleichterung des § 22 AGG an den Beweis der Indizien legen. Hier kann es gegebenenfalls als Indiz schon ausreichen, dass kein älterer Arbeitnehmer zu einem Bewerbungsgespräch eingeladen wurde.

### 3. Altersdiskriminierung bei der betrieblichen Altersversorgung

Welche Folgen die konsequente Durchsetzung des Verbots der Altersdiskriminierung im Bereich der betrieblichen Altersversorgung hat, lässt sich noch nicht sicher abschätzen. Eine erste Abschätzung der Folgen ermöglicht ein Beschluss des BAG vom 27.06.2006 (BAG vom 27.06.2006 – 3 AZR 342/05). Mit diesem Beschluss legt das BAG dem EuGH unter anderem die Frage vor, ob vom Verbot der Diskriminierung wegen Alters eine Regelung der betrieblichen Altersversorgung erfasst wird, nach der eine Hinterbliebenenversorgung an Ehegatten nicht gewährt wird, wenn diese mehr als 15 Jahre jünger sind als der verstorbene ehemalige Arbeitnehmer. Bislang jedenfalls waren solche Altersabstandsklauseln zur Begrenzung des Risikos des Arbeitgebers üblich und empfehlenswert.

Auch die Regelung zur Unverfallbarkeit von Betriebsrenten gem. § 1b Abs. 1 S. 1 BetrAVG steht auf dem europarechtlichen Prüfstand: Vor Vollendung des 30. Lebensjahres des Arbeitnehmers kann eine Anwartschaft auf betriebliche Altersversorgung nicht unverfallbar werden. Einem 29-jährigen Arbeitnehmer kann daher eine sich über 10 Jahre erstreckende Anwartschaft auf betriebliche Altersversorgung verloren gehen, während ein 36-jähriger Arbeitnehmer mit einer nur 5-jährigen Anwartschaft geschützt wäre.

### 4. Altersgrenzen

Die meisten Arbeitsverträge legen eine Altersgrenze fest und sehen vor, dass das Arbeitsverhältnis, ohne dass es einer Kündigung bedarf, mit Ablauf des 65. Lebensjahres endet. Diese Regelungen sollen durch § 10 Nr. 5 AGG abgesichert werden. Ob dies gelingen kann, ist nicht unzweifelhaft. In der Rechts-

sache „Palacios della Villa“ (C-411/05) untersucht der EuGH auf Vorlage eines spanischen Gerichts eine entsprechende Regelung des spanischen Rechts.

Falls der EuGH die spanische Regelung für unwirksam hielte, wäre wohl auch das Ende der Altersgrenzen in deutschen Arbeitsverträgen gekommen. Ohne Altersgrenzen besteht das Arbeitsverhältnis grundsätzlich auf Lebenszeit des Arbeitnehmers. Dieser hätte nach geltendem Sozialrecht die Möglichkeit, nach vollendetem 65. Lebensjahr neben dem Arbeitsentgelt, das zudem von den Beiträgen zur Renten- und Arbeitslosenversicherung befreit wäre, Rente zu beziehen. Hier können Arbeitnehmer durchaus versucht sein, einige „fette Jahre“ mitzunehmen bzw. sich diese Option durch den Arbeitgeber mit hohen Abfindungssummen abkaufen zu lassen. Die Erfahrungen, die in Deutschland mit dieser Rechtslage bestehen – diese ergab sich aus einer schleunigst revidierten Entscheidung des Gesetzgebers im Jahr 1994 – waren ernüchternd. Prof. Dr. Peter Hanau beschrieb die Position der privilegierten Rentner mit der eines „Paschas des Arbeitsrechts“.

### 5. Kündigungsrecht und Altersdiskriminierung

Der Gesetzgeber hat versucht, die problematische Kollision zwischen dem Kündigungsrecht auf Grund des Kündigungsschutzgesetzes und dem Recht der Altersdiskriminierung dadurch zu regeln, dass gemäß § 2 Abs. 4 AGG für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz gelten sollen. Die Regelung wird im arbeitsrechtlichen Schrifttum allgemein für unwirksam gehalten. Die europäischen Richtlinien sehen ausdrücklich auch die Gewährung eines Diskriminierungskündigungsschutzes vor, dieser kann daher vom deutschen Gesetzgeber nicht ausgeschlossen werden.

Ergänzend versucht § 10 Nr. 6 AGG zu regeln, inwieweit das Lebensalter bei der Sozialauswahl berücksichtigt werden kann bzw. muss: jedenfalls ein genereller Vorrang des Lebensalters wird ausgeschlossen. Entscheidend sein soll der Einzelfall, insbesondere die Chancen auf dem Arbeitsmarkt. Damit wird sich auch sehr bald die Frage stellen, inwieweit die heute üblichen Schemata zur Sozialauswahl noch rechtmäßig sein können.

Die derzeit in Deutschland üblichen Punktesysteme bauen mehr oder weniger alle darauf auf, dass die Dauer der Betriebszugehörigkeit und das Lebensalter parallel mit gleichen bis ähnlichen Punktzahlen pro Jahr belegt werden und darüber hinaus zusätzliche Punkte für Behinderung und Unterhaltspflichten vergeben werden. Hierin liegt eine starke Bevorzugung

älterer Arbeitnehmer, da eine lange Dauer der Betriebszugehörigkeit fast zwangsläufig mit einem höheren Lebensalter einhergeht. Über eine längere Dauer der Betriebszugehörigkeit werden im Regelfall nur Arbeitnehmer verfügen, die älter sind. Im Ergebnis werden die im Betrieb verbrachten Lebensjahre doppelt berücksichtigt – bei der Dauer der Betriebszugehörigkeit und beim Lebensalter. Hierin kann durchaus eine Diskriminierung jüngerer Mitarbeiter gesehen werden.

Möglicherweise ergibt sich hier für die Unternehmen eine interessante Änderung der Rechtsprechung dahingehend, dass sich die Sozialauswahl nicht wie bisher auf den Bestandsschutz für ältere Arbeitnehmer beschränkt. Zwar deutet die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers in § 10 Nr. 6 AGG, dass insbesondere die Chancen auf dem Arbeitsmarkt entscheiden sollen, eher auf eine weitergehende Privilegierung älterer Mitarbeiter, diese Regelung steht jedoch unter dem Vorbehalt der Überprüfung an Hand der vorangehend geschilderten allgemeinen europarechtlichen Überlegungen.

Soweit das Recht der Sozialauswahl damit künftig auch mitbestimmt wird durch das europarechtliche Verbot der Altersdiskriminierung, stehen auch zahlreiche Regelungen, die versuchen, den Kontrollumfang bei der Sozialauswahl zu verringern – beispielsweise § 1 Abs. 5 KSchG für eine Namensliste in einem Interessenausgleich – zur europarechtlichen Disposition. Wenn § 1 Abs. 1 KSchG dazu führen würde, dass eine europarechtswidrige Sozialauswahl bestanden hat, wäre er unwirksam.

Eine weitgehende Einigkeit besteht darüber, dass im Kündigungsrecht die Regelung in § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB, dass bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer für die Bestimmung der Kündigungsfrist Zeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahres des Arbeitnehmers liegen, nicht berücksichtigt werden, europarechtswidrig und unwirksam ist.

### 6. Regelungen zur Unkündbarkeit

Auch vertragliche oder tarifvertragliche Unkündbarkeitsregelungen, die wiederum vorrangig älteren Arbeitnehmern zu Gute kommen, stehen auf dem Prüfstand. Regelungen in einigen Metalltarifverträgen, nach denen ein Beschäftigter, der das 53 aber noch nicht das 65. Lebensjahr vollendet hat und dem Betrieb mindestens 3 Jahre angehört, ordentlich unkündbar ist, werden mit großer Wahrscheinlichkeit unwirksam sein. Die grobe Fehlerhaftigkeit dieser Privilegierung gegenüber einem 52-jährigen Arbeitnehmer mit längerer Dauer der Betriebszugehörigkeit und höherer Unterhaltspflichten liegt auf der Hand.

Bei weniger krassen Regelungen – bei denen neben dem Lebensalter auch die Dauer der Betriebszugehörigkeit eine Rolle spielt – ist allerdings denkbar, dass diese auch weiterhin wirksam sein können.

### 7. Differenzierungen in Sozialplänen nach dem Lebensalter

§ 10 Nr. 8 AGG versucht die bisher üblichen und oft verwandten Differenzierungen in Sozialplänen nach dem Lebensalter abzusichern. In dieser Frage werden ähnliche Überlegungen relevant werden wie bei den Überlegungen zur Sozialauswahl: Jedenfalls ist ein vollständiger Ausschluss von älteren Mitarbeitern, die durch die staatliche Rente wirtschaftlich abgesichert sind, europarechtlich zweifelhaft.

### V. FAZIT

Bereits diese erste Skizze der möglichen Folgen einer konsequenten Umsetzung des europäischen Gleichbehandlungsgrundsatzes in Bezug auf die Altersdiskriminierung zeigt, welche Bedeutung das europäische Recht für das deutsche Recht hat. Die Regelungen des AGG sind wenig mehr als ein erster, weitgehend misslungener gesetzgeberischer Versuch, die sich ergebenden Folgen einzudämmen.

# LOSCHELDER **ARBEITSRECHT**

## September 2006

### DIE UMSETZUNG DES AGG IM BETRIEB – WAS MÜSSEN DIE ARBEITGEBER TUN?

Das AGG stellt die Weichen für zahlreiche Entscheidungen im Betrieb neu. Anders als viele arbeitsrechtliche Gesetze, die lediglich Teilbereiche des Arbeitsrechts – etwa die Beendigung oder den Inhalt von Arbeitsverträgen – betreffen, beansprucht das AGG umfassende Geltung für sämtliche Bereiche des Arbeitsrechts – von der Einstellung bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses und darüber hinaus noch für die Durchführung der betrieblichen Altersversorgung. Zugleich bestimmt das AGG völlig neue Herausforderungen für die betriebliche Praxis. Die Vermeidung von Benachteiligungen war bislang lediglich in Teilbereichen eine grundlegende Vorgabe an die Personalpraxis.

Dies ändert sich durch das AGG. Die Unternehmen müssen künftig durch organisatorische Maßnahmen sicherstellen, dass Benachteiligungen wegen eines der gesetzlichen Diskriminierungsgründe unterbleiben. Zugleich muss darauf geachtet werden, dass der Arbeitgeber in einem Rechtsstreit über eine etwaige Diskriminierung, bei dem dem Arbeitnehmer die Beweiserleichterungen des § 22 AGG helfen, durch eine gute Dokumentation der Personalvorgänge gewappnet ist.

#### I. VERMEIDUNG UNMITTELBARER UND MITTELBARER DISKRIMINIERUNGEN

Das Unternehmen selbst trifft zunächst die Pflicht, nicht selbst – unmittelbar oder mittelbar – zu diskriminieren.

##### 1. Antidiskriminierungs-Audit

In einem ersten Schritt ist es erforderlich, die bestehenden Arbeitsverträge, betrieblichen Einheitsregelungen, Regelungsabreden, Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge darauf durchzuprüfen, ob sie gegebenenfalls gegen das AGG verstoßen können. Da in Fragen der Geschlechtsdiskriminierung entsprechende Diskriminierungsverbote schon länger in Deutschland gelten, wird hier wenig Anpassungsbedarf bestehen.

Relativ häufig vorkommen können jedoch Altersdiskriminierungen. Hier sollte in allen Fällen, in denen Altersdiskriminierungen vorliegen, reagiert werden. Betriebliche Einheitsregelungen sollten, soweit möglich, angepasst werden, gleiches gilt für Regelungsabreden, Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge. Bei Betriebsvereinbarungen sollte insbesondere darauf geachtet werden, dass die Vergütungsstruktur diskriminierungsfrei erfolgt; gleiches gilt für Versorgungsregelungen: Sind Regelungen in (Rahmen-)Sozialplänen oder sonstigen Regelungen im Zusammenhang mit Restrukturierungen diskriminierungsfrei? Was ist mit Punkteschemata zur Durchführung der Sozialauswahl?

Die Abänderung diskriminierender Arbeitsverträge ist dem Arbeitgeber nicht einseitig möglich. Hier würden – gegebenenfalls massenhaft durchgeführt – Änderungskündigungen wohl über das Ziel hinausschießen. Empfehlenswert ist es, bei diskriminierenden Regelungen in Arbeitsverträgen dem Mitarbeiter anzubieten, eine Änderungsvereinbarung, die die Diskriminierung beseitigt, abzuschließen. Dies kann es ermöglichen, sich im Streitfall darauf zu berufen, der Arbeitnehmer habe die vom Arbeitgeber angebotene diskriminierungsfreie Regelung abgelehnt, so dass er sich rechtsmissbräuchlich verhalte, wenn er dem Arbeitgeber gerade diese Diskriminierung vorwerfe.

Diese notwendige erste Prüfung wird dadurch erschwert, dass in zahlreichen Fragen die Reichweite des AGG und insbesondere das vorrangig zu beachtende europarechtliche Diskriminierungsverbot noch nicht abgeschätzt werden kann. Ein Musterbeispiel hierfür ist die als offen zu bezeichnende Frage, ob Altersgrenzen auf das 65. Lebensjahr rechtmäßig sind. Hier wäre es, bis eine klare Entscheidung durch den EuGH vorliegt, falsch, vorschnell zu reagieren. Die bisherigen Regelungen sollten zunächst beibehalten werden.

Dies bedeutet für den Arbeitgeber jedoch, dass die Überprüfung der für den Betrieb geltenden Regelungen kein einmaliger Akt ist, sondern, angepasst an die Entwicklung des europäischen Rechts, laufend fortgeführt werden muss.

##### 2. Einstellung von Mitarbeitern

###### a) Stellenanzeige

Einfacher und klarer zu bestimmen sind die Pflichten der Arbeitgeber bei der Einstellung von Mitarbeitern. § 11 AGG verpflichtet den Arbeitgeber, einen Arbeitsplatz nicht unter Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot auszuschreiben. Das Gleiche gebietet die Vorsicht, indem benachteiligende und diskriminierende Ausschreibungen dem Arbeitnehmer gegebenenfalls Indizien liefern können, die auf eine Diskriminierung hindeuten. Verletzt ein vom Arbeitgeber eingeschalteter Personalberater die Pflicht zur neutralen Stellenausschreibung oder benachteiligt im Auswahlverfahren, ist diese Pflichtverletzung dem auftraggebenden Arbeitgeber zuzurechnen.

Das heißt, dass Stellenanzeigen nur noch zurückhaltend formuliert werden sollten, wodurch sie allerdings an Aussagekraft verlieren können. Stellenausschreibungen sollten sich darauf beschränken, die Tätigkeit selbst zu beschreiben und die unverzichtbaren Anforderungen zu

benennen. Dies betrifft insbesondere die erforderliche Berufsausbildung. Falls weitere Anforderungen bestehen, etwa an Deutschkenntnisse, Lebensalter, Berufserfahrung oder Ähnliches, sollten diese jedenfalls nicht durch eine Stellenausschreibung publiziert werden. Wenn solche Anforderungen unbedingt genannt werden müssen, sollte vorsichtig formuliert werden: man sollte besser „Bewerber mit guten deutschen Sprachkenntnissen suchen“ als Bewerber mit „Deutsch als Muttersprache“.

Das schließt auch ein, missverständliche Formulierungen zu vermeiden. Weder ein „erfahrener alter Hase“ noch eine „dynamische“ Führungspersönlichkeit sollten gesucht werden, da in beiden Fällen schon ein Indiz für eine Altersdiskriminierung vorliegen kann.

Vorsicht ist auch angebracht bei der Auswahl der Bewerber, die zu einem Vorstellungsgespräch geladen werden. Arbeitgeber, die grundsätzlich sämtliche Bewerbungen von Frauen aussortieren oder sämtliche Bewerbungen von Personen über 50 Jahre, handeln diskriminierend. Zugleich kann ein solches Verhalten, wenn es dem Arbeitnehmer gelingt, es zu beweisen, diesem bei der Durchsetzung seiner Ansprüche helfen.

### b) Fragerecht bei der Einstellung

Im Gespräch mit dem Bewerber sollte darauf geachtet werden, alle Themen, die diskriminierungsrelevant sein können, nicht anzusprechen. Fragen nach den persönlichen Verhältnissen des Arbeitnehmers können leicht als Ansatz für eine Benachteiligung verstanden werden. Leider muss man gegenwärtig feststellen, dass die im Bewerbungsverfahren üblichen Verbindlichkeiten oder Freundlichkeiten nicht ohne Rechtsrisiken sind, derer man sich bewusst sein muss. Unzulässig sind in jedem Fall Fragen nach der Schwangerschaft oder nach der Behinderteneigenschaft. Nach bestimmten körperlichen Behinderungen darf lediglich dort gefragt werden, wo deren Fähigkeiten wesentliche und entscheidende Voraussetzung für die Tätigkeit ist, etwa bei körperlich anstrengender Tätigkeit.

Einige Diskriminierungsgründe, etwa das Alter, ergeben sich schon direkt aus den Angaben des Arbeitnehmers bzw. aus vorgelegten Urkunden. Hier ginge es wohl zu weit, ausdrücklich darum zu bitten, keine Zeugnisse vorzulegen bzw. das Lebensalter nicht zu nennen. Allerdings sollte in Stellenanzeigen zugleich darauf verzichtet werden, die Vorlage eines Bildes bzw. die Altersangabe zu fordern.

Auch Vorstellungsgespräche sollten dokumentiert werden: Sie sollten auf Unternehmensebene immer zu zweit geführt werden, wobei der als Zeuge anwesende Mitarbeiter sich Notizen über den Verlauf und die gestellten Fragen machen sollte. Hilfreich kann es auch sein, vorbereitete Fragenkataloge abzuarbeiten.

### c) Auswahlentscheidung

Die Auswahlentscheidung selbst sollte so getroffen werden, dass sie als nach möglichst objektiven Kriterien vorgegeben dargestellt und dokumentiert werden kann. Das umfasst auch die Archivierung von Bewerbungsunterlagen. Gerade, wenn der Arbeitgeber sich darauf beruft, fehlerhafte oder unvollständige Bewerbungsunterlagen seien für die Ablehnung des Bewerbers maßgeblich gewesen, ist es wichtig, darlegen zu können, dass die Bewerbungsunterlagen die Mängel tatsächlich aufwiesen.

Die Archivierungspflicht besteht jedenfalls so lange, wie der Arbeitnehmer gemäß § 15 Abs. 4 GG mit Schadenersatz- oder Entschädigungsansprüchen noch nicht ausgeschlossen ist. Datenschutzrechtliche Bedenken wegen der Archivierung der Bewerbungsunterlagen sind unbegründet. Gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 Bundesdatenschutzgesetz kann der Arbeitgeber die Unterlagen aufbewahren, wenn er hieran ein berechtigtes Interesse hat. Dieses Interesse ergibt sich vorliegend aus der Beweislastverteilung gemäß § 22 AGG und den Darlegungserfordernissen für den Arbeitgeber.

Entsprechende Erwägungen stellen sich im übrigen bei Auswahlentscheidungen bezüglich Aufstieg und Beförderung. Bestehen im Unternehmen Auswahlrichtlinien (§ 95 BetrVG), sollten diese ebenso wie „Screening-Unterlagen“ darauf überprüft werden, dass keines der Benachteiligungsmerkmale entscheidungserhebliches Kriterium ist. Assessment-Center dienen bei der Ermittlung der Soft Skills der Beweissicherung und Objektivierung der gefundenen Ergebnisse.

### d) Absage abgelehnter Bewerber

Bei der Absage abgelehnter Bewerber muss der Arbeitgeber darauf achten, möglichst keine Indizien für eine mögliche Benachteiligung aus einem der Diskriminierungsgründe zu geben. Das Absageschreiben sollte daher so inhaltsleer wie möglich formuliert werden. Gründe für die Ablehnung der Bewerbung sollten nicht

# LOSCHELDER **ARBEITSRECHT**

## September 2006

genannt werden. Inhalt des Absageschreibens sollte lediglich sein, dass man sich entschieden habe, die freie Stelle „anderweitig zu besetzen“.

Bei „Risikobewerbern“, also Personen, bei denen ein Risiko bestehen kann, dass sie Ansprüche geltend machen können, sollte für einen Zugangsnachweis des Ablehnungsschreibens gesorgt werden, um einen sicheren Beginn der Ausschlussfrist des § 15 Abs. 4 AGG zu erreichen. Eine Absage per Einschreiben/Rückschein ist ausreichend, da für die Absage keine Frist einzuhalten ist. Mündliche Auskünfte gegenüber Bewerbern, auch wenn diese in der Personalabteilung anrufen, um sich nach dem Stand der Bewerbung zu erkundigen, sollten grundsätzlich unterbleiben.

### 3. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Die Regelung in § 2 Abs. 4 AGG, dass für Kündigungen ausschließlich die Bestimmung des Kündigungsschutzgesetzes Anwendung finden sollen, ist höchstwahrscheinlich unwirksam. Diskriminierende Kündigungen, also Kündigungen wegen eines der in § 1 AGG genannten Diskriminierungsgründe, sind gem. §§ 134 BGB, 1; 7 AGG unwirksam.

#### a) Diskriminierungskündigungsschutz

Der Diskriminierungskündigungsschutz wird vor allem dann relevant, wenn das KSchG, etwa in der Probezeit, noch nicht anzuwenden ist. Die Reichweite des Diskriminierungskündigungsschutzes wird zudem stark davon abhängen, wie weit die Rechtsprechung die Regelung zur Beweislastumkehr in § 22 AGG zugunsten der Arbeitnehmer auslegt. Falls sie – wie in anderen Fällen – dem Arbeitnehmer mit einer „abgestuften Darlegungs- und Beweislast“ entgegenkommt, kann der Diskriminierungskündigungsschutz auch eine wirksame Ergänzung des KSchG werden: Etwa wenn es das BAG ausreichen lassen sollte, dass ein Arbeitnehmer schlicht behauptet, es seien ausschließlich ältere Arbeitnehmer gekündigt worden, um dem Arbeitgeber die Darlegung abzuverlangen, welche Mitarbeiter mit welchem Lebensalter er gekündigt hat. Bei der Sozialauswahl, für deren Voraussetzungen nach dem KSchG der Arbeitnehmer darlegungs- und beweispflichtig ist, hat das BAG entsprechende Vorgaben gemacht.

Für Arbeitgeber bedeutet dies, die tatsächlichen Kündigungsgründe vor einer Kündigung so sorgfältig wie möglich zu dokumentieren und auch den

Kündigungsentschluss selbst und die ihm zu Grunde liegenden Gründe zu protokollieren.

#### b) Sozialauswahl

Durch die unklare Rechtslage im Hinblick auf die anzuwendenden Kriterien bei der Sozialauswahl werden derzeit rechtssichere Personalabbaumaßnahmen, jedenfalls bis sich durch entsprechende Urteile des BAG eine neue verlässliche Richtlinie gebildet hat, erschwert. Hier ist es zweckmäßig, zunächst auf Basis der vom BAG anerkannten Punkteschemata für die Sozialauswahl vorzugehen. Dabei sollten Punkteschemata verwandt werden, die dem Lebensalter nur geringeres Gewicht – beispielsweise bis zu einer bestimmten Höchstgrenze – beimessen. Empfehlenswert ist auch eine stärkere Gewichtung der Unterhaltspflichten. Zukünftig werden Unterhaltspflichten einer eingetragenen Lebenspartnerschaft zu berücksichtigen sein, sofern sie dem Arbeitgeber bekannt sind.

### II. ORGANISATIONSPFLICHTEN DES ARBEITGEBERS

Die bisherigen Maßnahmen betrafen den Ausschluss von Diskriminierungen, die direkt vom Arbeitgeber ausgehen. Das AGG verpflichtet den Arbeitgeber jedoch in § 12 AGG zudem, umfassende und auch präventive Maßnahmen zum Schutz der Beteiligten vor Benachteiligungen zu treffen. Dies betrifft insbesondere auch die Verhinderung von Belästigungen und sexuellen Belästigungen durch andere Arbeitnehmer oder Dritte (z.B. Kunden).

#### 1. Schutz der Arbeitnehmer vor Belästigungen durch Kollegen

Erster Schritt zum Schutz vor Belästigungen durch Arbeitnehmer sind präventive Maßnahmen. Das Gesetz gibt hier, einer Empfehlung zum Entwurf des Antidiskriminierungsgesetzes folgend, vor, dass geeignete Schulungen als Erfüllung der Schutzpflicht gelten. Schult der Arbeitgeber also und ergreift er auch sonst geeignete Maßnahmen, wird er dem Vorwurf eines Organisationsverschuldens kaum ausgesetzt sein.

##### a) Schulungen

Erforderlich sind genau gesehen zwei Arten von Schulungen: zum einen Schulungen, durch die der Arbeitgeber sicherstellt, dass Vorgesetzte und Mitarbeiter der Personalabteilung keine Benachteiligungen im täglichen Handeln durchführen. Hier ist also besonders ausführlich zu schulen.

Alle Mitarbeiter sollten darüber hinaus geschult werden über den Inhalt des AGG und die als Belästigung verbotenen Verhaltensweisen. In diesen Schulungen für Beschäftigte sollte der Arbeitgeber die Arbeitnehmer mit den grundlegenden Regelungen des AGG bekannt machen. Insbesondere der Inhalt der einzelnen Diskriminierungsgründe sollte umfangreich dargestellt werden. Zugleich muss den Mitarbeitern an Hand konkreter Beispiele verdeutlicht werden, welche Verhaltensweisen als belästigend verboten sind und was die arbeitsrechtlichen Folgen unzulässiger Benachteiligungen sind. Grund ist, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, die Beschäftigten auch vor Belästigungen untereinander zu schützen.

Es muss dokumentiert werden, dass alle Mitarbeiter an den entsprechenden Schulungen teilgenommen haben. Auch neu eintretende Mitarbeiter müssen geschult werden. Allen Mitarbeitern sollte zudem ein Merkblatt über das AGG und die notwendigen Verhaltensweisen ausge-

händigt werden; die Aushändigung sollte sich der Arbeitgeber quittieren lassen.

##### b) Konfliktlösung im Einzelfall

Als erste präventive Maßnahme sind die Mitarbeiter-schulungen ausreichend. Diese reichen jedoch dann nicht mehr aus, wenn der Arbeitgeber konkrete Kenntnis von Belästigungen oder sexuellen Belästigungen erhält, etwa weil sich der betroffene Arbeitnehmer beschwert oder andere Mitarbeiter dem Arbeitgeber darüber berichten.

In diesen Fällen ist der Arbeitgeber verpflichtet, den Vorwürfen konkret nachzugehen und für eine Abhilfe zu sorgen. Für den Arbeitgeber ist es hier erforderlich, sorgfältig zu dokumentieren, welche Kenntnis er auf Grundlage der Befragung der Betroffenen und etwaiger Zeugen erlangen konnte. Der Arbeitgeber gerät hier nämlich leicht in die kritische Situation, dass § 12 Abs. 3 AGG den Arbeitgeber zu Maßnahmen wie eine Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung auffordert, deren individualrechtliche Durchsetzung gegenüber dem möglichen Täter jedoch zweifelhaft ist. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Arbeitgeber im Rahmen des § 7 Abs. 3 AGG die ihm zulässigen Maßnahmen auszuschöpfen hat, hierzu gehört auch eine mögliche Verdachtskündigung.

Wenn sich hier der Arbeitgeber gegenüber einer betroffenen Arbeitnehmerin darauf berufen möchte, dass er den Arbeitnehmer, dem sie sexuelle Belästigung vorgeworfen hat, nicht kündigt, da er die Beweislage für nicht ausreichend hält, muss der Kenntnisstand des Arbeitgebers dokumentiert und vor Gericht beweisbar sein.

##### c) Antidiskriminierungsvereinbarung

Eine geeignete organisatorische Maßnahme stellt die Einführung einer Antidiskriminierungsvereinbarung dar, die Verhaltensregelungen in Bezug auf Diskriminierungsfragen enthält. Hierin sollte als Mindestinhalt ein Verfahren für Beschwerden und ihre Behandlung festgelegt werden. Werden in einer Antidiskriminierungsvereinbarung konkrete Verhaltensregeln für die Arbeitnehmer aufgestellt, besteht ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.

Da oftmals die Grenzen einer möglichen Belästigung oder sexuellen Belästigung von Kollegen fließend sind, können hier auch über den Mindestinhalt des Gesetzes hinausgehende aber für alle Beteiligten rechtssichere Regelungen gefunden werden.

## 2. Schutz der Arbeitnehmer vor Belästigungen durch Dritte

Der Schutz der Arbeitnehmer gegenüber benachteiligenden Dritten gemäß § 12 Abs. 4 AGG ist problematisch. Bei den Dritten wird es sich vielfach um Lieferanten oder Kunden des Arbeitgebers oder deren Arbeitnehmer handeln. Hier muss der Arbeitgeber seine wirtschaftlichen Interessen, die ihm nahe legen, die Kundenbeziehungen nicht zu gefährden, nicht zurückstellen. Die Beendigung der Kundenbeziehung ist für den Arbeitgeber regelmäßig unzumutbar.

In der Praxis werden Belästigungen durch Kunden direkt vor allem im Bereich des Einzelhandels und der Gastronomie auftreten. Hier kann es für den Arbeitgeber mit Massengeschäften, wenn er seine Arbeitnehmer nicht anders schützen kann, auch zumutbar sein, Kundenkontakte abubrechen. Ansonsten darf er zuvor auch mildere Maßnahmen, etwa die Entfernung des betroffenen Arbeitnehmers aus der Kundenbeziehung, versuchen.

Gegenüber gewerblichen Geschäftspartnern kann der Arbeitgeber versuchen, die Einhaltung der Regeln des AGG zum Vertragsbestandteil zu machen; regelmäßig wird sich auch begründen lassen, dass die Geschäftspartner als vertragliche Nebenpflichten ein Verhalten schulden, das es dem Arbeitgeber ermöglicht, seinen Pflichten aus dem AGG nachzukommen. Begründbar sein wird hier auch eine Einwirkungspflicht dahingehend, dass der Arbeitgeber seinen Geschäftspartner über Beschwerden, die den Arbeitnehmer betreffen, informiert und um Abhilfe bittet.

## 3. Beschwerdestelle und Informationspflichten

Die Arbeitnehmer haben gemäß § 13 Abs. 1 AGG das Recht, sich bei den zuständigen Stellen des Betriebs, des Unternehmens oder der Dienststelle zu beschweren, wenn sie sich im Zusammenhang mit ihrem Beschäftigungsverhältnis benachteiligt fühlen. Gegenüber dem ohnehin bestehenden Beschwerderecht gemäß § 84 BetrVG, das in der Praxis kaum einmal relevant wird, hat die Norm nur geringe eigenständige Bedeutung.

Der Arbeitgeber sollte jedoch – ggf. in Abstimmung mit dem Betriebsrat – bestimmen, bei welcher Stelle im Betrieb Arbeitnehmer sich beschweren können. Zweckmäßigerweise handelt

es sich hierbei um die Personalabteilung bzw. den jeweiligen Vorgesetzten.

Gemäß § 12 Abs. 5 AGG muss der Arbeitgeber im Betrieb über die für die Behandlung von Beschwerden zuständigen Stellen informieren. Dieser Informationspflicht sollte der Arbeitgeber nachkommen, schon, um zu verhindern, dass eine unzureichende Erfüllung der Informationspflicht bereits als Indiz für eine Diskriminierungsabsicht gewertet werden kann.

Diese Information kann durch Aushang oder im Intranet erfolgen, sofern dies betriebsüblich ist. In gleicher Art und Weise ist der Text des AGG und der prozessualen Vorschrift des § 61b ArbGG (Klagefrist) bekanntzugeben.

### DAS AGG – EIN GESETZ MIT PANNEN

Der Weg zum AGG war mühsam. Der langwierige Gesetzgebungsprozess ließ kaum eine denkbare Panne aus. Nachdem der Gesetzgeber immerhin drei Legislaturperioden benötigte, um die europarechtlichen Richtlinien in einem Gesetz umzusetzen, stellte sich nach der Verabschiedung des AGG durch den Bundesrat heraus, dass das Gesetz an redaktionellen Mängeln leidet, die es aller Voraussicht nach erforderlich machen, das AGG kurz nach seinem Inkrafttreten durch ein weiteres Gesetz zu korrigieren.

Eines der Ergebnisse der Beratungen in den Ausschüssen war, dass das Verbandsklagerecht in § 23 Abs. 2 AGG entscheidend eingeschränkt wurde. In § 23 Abs. 2 AGG heißt es:

„Antidiskriminierungsverbände sind befugt, im Rahmen ihres Satzungszwecks im gerichtlichen Verfahren, in denen eine Vertretung durch Anwälte und Anwältinnen nicht vorgeschrieben ist, als *Bevollmächtigte und Beistände* Benachteiligter in der Verhandlung aufzutreten.“

Die Wörter „Bevollmächtigte und“ wurden gestrichen. Antidiskriminierungsverbände sollen lediglich als Beistände, nicht jedoch als Bevollmächtigte auftreten können. Bei dieser Änderung hat der Rechtsausschuss allerdings vergessen, die ergänzende Regelung in § 11 Abs. 1 ArbGG anzupassen:

„Zusätzlich ist auch eine Vertretung durch Vertreter in § 23 des allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes bezeichneten Verbände bei der Geltendmachung eines Rechts wegen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot nach § 7 Abs. 1 AGG, wenn diese Personen Kraft Satzung oder Vollmacht zur Vertretung befugt sind.“

§ 11 Abs. 1 gibt daher den Verbänden weiterhin genau das Recht zur Vertretung der Betroffenen vor Gericht, dass durch die Änderung des § 23 Abs. 2 AGG gerade ausgeschlossen werden sollte.

Schon geringfügig ist neben dieser massiven Panne die Tatsache, dass eine Änderung des § 19 AGG zum zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot gleichfalls missriet. In § 19 AGG wurde als im Zivilrecht geltender Diskriminierungsgrund die Weltanschauung gestrichen. Man wollte verhindern, dass sich rechtsextreme Gruppen unter Berufung auf ihre extreme „Weltanschauung“ Vorteile verschaffen können. Demgemäß wurden in § 19 Abs. 1 AGG und § 20 Abs. 1 Nr. 4 die Hinweise auf die Weltanschauung gestrichen.

Übersehen hat man § 20 Abs. 1 Satz 1 AGG, der weiterhin festhält:

„Eine Verletzung des Benachteiligungsverbots ist nicht gegeben, wenn für eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen Identität oder des Geschlechts ein sachlicher Grund vorliegt.“

Doch auch mit diesen Redaktionsfehlern nahm das Ungemach mit dem AGG kein Ende. Was schief gehen kann, sollte offenkundig schief gehen. Das AGG konnte daher auch nicht, wie geplant, zum 01.08.2006 in Kraft treten. Hierzu bestimmte das Gesetz, dass es am Tag nach der Verkündung in Kraft tritt. Erforderlich für die Verkündung des Gesetzes ist die Ausfertigung und Unterzeichnung des Gesetzes durch den Bundespräsidenten. Nachdem das Gesetz am 07.07.2006 auch den Bundesrat passierte, wurde es von Bundespräsident Horst Köhler nicht rechtzeitig unterzeichnet. Das liegt daran, dass das AGG dem Bundespräsidialamt erst am Freitag, dem 28.07.2006 zugeleitet wurde. Inkraftgetreten ist es am 18.8.2006.

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](http://www.loschelder.net) aufgerufen werden. Dort finden Sie weitere interessante Veröffentlichungen unserer Sozietät.

#### **LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE**

Konrad-Adenauer-Ufer 11  
50668 Köln

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

[www.loschelder.de](http://www.loschelder.de)