

# **Das Gleichbehandlungsgesetz und seine Auswirkungen auf den Mittelstand**

**Veranstaltung am Mittwoch, 26. Juli 2006**

## **Ablauf:**

18:00 Uhr: Vortrag Teil I

18:45 Uhr: Pause

19:00 Uhr: Vortrag Teil II

20:00 Uhr: Kleiner Imbiss

## **Referent:**

Dr. Ehrenfried Goericke  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht,  
Diplom-Verwaltungswirt (FH)  
RWT Anwaltskanzlei GmbH  
Telefon: 07121 489-235  
E-Mail: ehrenfried.goericke@rwt-gruppe.de

Inhaltsverzeichnis:

1.	Allgemeines .....	4
2.	Schutzbereiche .....	4
2.1	Allgemeines Zivilrecht.....	4
2.2	Diskriminierungsschutz in Beschäftigung und Beruf .....	5
3.	Bisheriges Schutzniveau .....	5
4.	Die Struktur des AGG .....	6
4.1	Gesetzliche Regelungsstruktur.....	6
4.2	Regelungsbereiche .....	6
4.3	Ablösung bestehender Rechte .....	7
4.4	Beendigung des Arbeitsverhältnisses.....	7
4.5	Allgemeine Situation.....	7
5.	Pönalisiertes Handeln ist diskriminierendes Handeln .....	8
6.	Diskriminierungsmerkmale und ihre Beschreibung .....	8
6.1	Rasse oder ethnische Herkunft.....	8
6.2	Geschlecht .....	9
6.3	Religion oder Weltanschauung .....	9
6.4	Behinderung .....	10
6.5	Sexuelle Ausrichtung .....	10
6.6	Alter .....	10
7.	Die Diskriminierungsverbote in der praktischen Anwendung .....	10
7.1	Begründung des Arbeitsverhältnisses .....	10
7.1.1	Praktische Auswirkungen: .....	11
7.1.2	Aktuelle Rechtsprechung .....	11
7.1.3	Auskunftspflichten der Arbeitnehmer.....	11
7.1.4	Fragerecht des Arbeitgebers.....	12
7.1.4.1	Einzelfälle .....	12

7.1.4.2	Vergütung.....	13
7.1.4.3	Vorstrafen.....	13
7.1.5	Rechtsfolgen.....	13
7.2	Zulässigkeit unterschiedlicher Behandlungen .....	14
7.2.1	Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen .....	14
7.2.2	Einzelne Arbeitsbedingungen .....	15
7.2.2.1	Gebot der Entgeltgleichheit .....	15
7.2.2.2	Entgeltgleichheit und Tarifvertrag .....	16
7.2.2.3	Soziale Arbeitsbedingungen .....	16
7.2.2.4	Verschiedene Behandlung wegen beruflicher Anforderung.....	16
7.2.2.5	Verschiedene Behandlung wegen Alters .....	17
7.2.2.6	Entlassungsbedingungen.....	18
7.2.3	Sexuelle Belästigung.....	20
8.	Organisationspflichten des Arbeitgebers.....	21
9.	Beschwerdemanagement .....	22
9.1	Beschwerdebeauftragter.....	22
9.2	Beschwerderecht des Arbeitnehmers .....	22
9.3	Rechtsfolgen fehlenden Schutzes.....	22
9.4	Beweislast .....	23

## **1. Allgemeines**

Nach zum Teil äußerst kontroversen Diskussionen hat der deutsche Bundestag das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) beschlossen. Mit dem AGG setzt die Bundesregierung vier europäische Richtlinien in innerstaatliches Recht um.

Dies sind im Einzelnen:

- Die Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG vom 29.06.2000, Umsetzungsfrist 19.07.2003.
- Die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG vom 27.11.2000, Umsetzungsfrist 02.12.2006.
- Die revidierte Gleichbehandlungsrichtlinie 2002/73/EG vom 23.09.2002, Umsetzungsfrist 05.10.2002.
- Die 4. Gleichstellungsrichtlinie zur Gleichstellung der Geschlechter innerhalb des Erwerbslebens 2004/1113/EG vom 13.12.2005, Umsetzungsfrist 21.12.2007.

Der Anwendungsbereich der Richtlinien sowie die Schutzmerkmale beziehen sich auf die Beschäftigung und den Beruf, d.b. vor allem das Arbeitsrecht, Bildung, Gesundheits- und Sozialleistungen sowie den Zugang zu öffentlich angebotenen Gütern und Dienstleistungen. Geschützt werden sollen in erster Linie die Rasse, die ethnische Herkunft, die Religion, die Weltanschauung, Behinderung, Alter, sexuelle Identität sowie das Geschlecht.

Die Umsetzung der Richtlinie kommt mit Ausnahme der 4. Gleichstellungsrichtlinie verspätet.

## **2. Schutzbereiche**

### **2.1 Allgemeines Zivilrecht**

Der Diskriminierungsschutz im Bereich des allgemeinen Zivilrechts geht im Wesentlichen auf den Schutz vor ethnischer Benachteiligung, das bedeutet Benachteiligung hinsichtlich des Merkmals Rasse bzw. ethnische Herkunft. Soweit ein Diskriminierungsverbot bezüglich der Merkmale Behinderung, Alter, sexuelle Identität und Religion umzusetzen ist, wurde dies auf die so genannten Massengeschäfte (z. B. Verträge mit Hotels, Gaststätten, Kaufhäusern) des täglichen Lebens und privatrechtlichen Versicherungen beschränkt. Massengeschäfte sind Geschäfte bei dem das Ansehen der Person keine oder nur eine nachrangige Rolle spielt – also solche Geschäfte, bei denen es dem Vertragspartner gar nicht darauf ankommt mit wem er den Vertrag schließt (z. B. Shampoo-Kauf in der Drogerie).

Mit der Beschränkung auf Schuldverhältnisse über Güter oder Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit ohne oder mit jedenfalls nur nachrangigem Ansehen der Person zur Verfügung stehen, ist zum einen der gesamte private Lebensbereich ausgenommen. Erfasst wird damit z. B. nicht der Verkauf eines gebrauchten Pkw. Erfasst werden nur Geschäfte, die generell mit jedermann abgeschlossen werden. Ansatz ist, eine Zurückweisung bei einem solchen Geschäft ist besonders demütigend. Zum anderen bleiben die sachlich gerechtfertigten Unterscheidungen zulässig. Versicherungen können die Risiken sachlich kalkulieren. Bei Unterscheidungen wegen des Geschlechts ist – europarechtlich vorgegeben – eine auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhende Risikobewertung erforderlich. Dies bedeutet aber nicht, dass es damit zu einem Zwang zu so genannten Unisex-Tarifen kommen soll. Verlangt ist lediglich, dass bei Unterscheidungen wegen der Merkmale Behinderung, Alter, sexueller Identität und Religion verlangt wird, dass die Unterscheidung auf anerkannten Prinzipien risikoadäquater Kalkulation beruhen. Sind damit statistisch betrachtet jüngere männliche Kraftfahrer für die Kfz-Versicherung ein evident höheres Risiko, kann dem auch durch entsprechende Tarife Rechnung getragen werden.

## 2.2 *Diskriminierungsschutz in Beschäftigung und Beruf*

In diesem Bereich liegt der Schwerpunkt der Richtlinien und somit auch der Schwerpunkt des AGG. Um Benachteiligungen in Beschäftigung und Beruf nach Auffassung des Gesetzgebers wirksam begegnen zu können, wird ein Benachteiligungsverbot festgelegt, das alle Diskriminierungsmerkmale aus Artikel 13 EG-Vertrag berücksichtigt. Dies sind Geschlecht, Rasse oder ethnische Herkunft, Religion und Weltanschauung, Alter, Behinderung und sexuelle Identität.

Unter Beachtung der europarechtlichen Vorgaben ist der deutsche Gesetzgeber an diese Diskriminierungsmerkmale gebunden. Auch beim Diskriminierungsschutz ist nicht jede unterschiedliche Behandlung eine verbotene Benachteiligung. So soll die Richtlinie z. B. die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung aufgrund spezieller Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes erlauben. Auch spezifische Fördermaßnahmen zum Ausgleich bestehender Nachteile, z. B. Frauenförderung oder Maßnahmen für Behinderte, sollen dabei zulässig bleiben.

Die Verwirklichung einer Benachteiligung hat unterschiedliche Folgen, die vom einfachen Beschwerderecht bis hin zum Schadenersatz gehen.

## 3. *Bisheriges Schutzniveau*

Nach Auffassung der Bundesregierung gibt es einen umfassenden arbeitsrechtlichen Schutz vor Diskriminierungen, wie er von den Richtlinien mit wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktionen vorgeschrieben wird, in Deutschland bisher nicht. Dem wird entgegengehalten, dass es auch im geltenden Recht bereits geregelte und verbotene Diskriminierungsmerkmale gibt. Am weitesten fortgeschritten ist dabei der arbeitsrechtliche Rechtsschutz bei Diskriminierung wegen des Geschlechts. In den letzten Jahren hinzugekommen ist ein Rechtsschutz bei Diskriminierung wegen einer Behinderung und wegen Alters.

Auch die genannten Bereiche wurden in der Vergangenheit durch die Betroffenen keiner umfangreichen Nutzung zugeführt. Als Erklärungen hierfür werden dargestellt:

- In Deutschland gibt es keine Kultur der Antidiskriminierung, wie sie z. B. für Menschen in angelsächsischen Ländern zum Alltag gehören. Für die Betroffenen in diesen Ländern ist es daher selbstverständlicher, Diskriminierungen offen zu legen und sich dagegen zur Wehr zu setzen.
- In Deutschland sind die rechtlichen Möglichkeiten, gegen Diskriminierung vorzugehen wie auch die hierzu ergangene Rechtsprechung wenig bekannt. Soweit Arbeitsrecht auf Richterrecht beruht, hat es einen geringeren öffentlichen Bekanntheitsgrad.
- Verschiedene Bestimmungen sind hinsichtlich ihres Ausmaßes und ihrer Rechtsfolgen umstritten, so dass Betroffene das Risiko eines Verfahrens scheuen bzw. ihnen abgeraten wird.
- Es werden Beweisschwierigkeiten antizipiert, weil die wahren Beweggründe für ungleiche Behandlungen selten offen gelegt werden.
- Stereotype, Vorurteile und Stigmatisierungen sind zumeist tradiert und daher vielen Menschen nicht bewusst. Diskriminierendes Verhalten wird in solchen Fällen nicht als solches erkannt, erfolgt also unbeabsichtigt.
- Die Abhängigkeit zwischen Beschäftigten und Arbeitgebenden führt zu Angst vor Arbeitsplatzverlust bzw. vor anderen Nachteilen am Arbeitsplatz. Die EU-Gleichbehandlungsrichtlinien sehen bestimmte Personengruppen als besonders schutzwürdig vor und definieren die geschützten oder zu schützenden Merkmale in einem Katalog.

-

#### **4. Die Struktur des AGG**

##### *4.1 Gesetzliche Regelungsstruktur*

Das Gesetz ist klassisch aufgebaut, enthält einen allgemeinen Teil, dann besondere Teile mit Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung, Schutz vor Benachteiligungen im Zivilrechtsverkehr, Regelungen zum Rechtsschutz, spezielle Regelungen für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse, eine Antidiskriminierungsstelle und allgemeine Einführungsvorschriften.

##### *4.2 Regelungsbereiche*

Der Anwendungsbereich des AGG vollzieht den Verlauf als Beschäftigungsverhältnis nach.

- Erster Anwendungsbereich ist damit die Phase der Anbahnung des Arbeitsverhältnisses über die einzelnen Punkte von der Stellenausschreibung, über die Bewerberauswahl einschließlich Bewerbungstest, das Bewerbungsgespräch bis hin zum Vertragsschluss. Hierzu beschreibt § 2 Abs. 1 AGG, dass Benachteiligungen nach Maßgabe des AGG unzulässig sind im Bezug auf die Bedingungen, einschließlich den Auswahlkriterien sowie den Einstellungsbedingungen für den Zugang zum Arbeitsverhältnis und zwar unabhängig vom Tätigkeitsfeld und der beruflichen Positionen wie auch für den beruflichen Aufstieg, § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG.

- Der anschließende Anwendungsbereich ist darüber hinaus das aufgenommene Arbeitsverhältnis bis zu seiner Beendigung. Insoweit verpflichtet § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG zum Ausschluss von Benachteiligungen bei den Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen. Bedeutsam und deshalb gesondert aufgeführt sind Arbeitsentgelt und Entlassungsbedingungen. Daneben werden aber auch die individual- und kollektivrechtlichen Vereinbarungen und Maßnahmen für die Durchführung und die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses angesprochen. Als Bestandteil des bestehenden Arbeitsverhältnisses umfassen diese Regelungen zusätzlich auch den beruflichen Aufstieg, § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG.

#### 4.3 *Ablösung bestehender Rechte*

Dem korrespondiert, dass mit dem Inkrafttreten des AGG gleichzeitig verschiedene Regelungen, die bisher die Beschäftigten schützen sollten, außer Kraft treten. So tritt das erst 1994 in Kraft getretene Beschäftigungsschutzgesetz, das vor sexueller Belästigung beschützen sollte, außer Kraft. Ebenso die §§ 611 a, 611 b und 612 Abs. 3 BGB, welche die sich auf Geschlechter bezogene Benachteiligung, unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts, die Frage der Ausschreibung, insbesondere aber auch die Vergütungsgleichheit bei gleichwertiger oder gleicher Arbeit bisher bereits geregelt haben. Für die Qualifizierung auch innerhalb der Unternehmen wird klargestellt, dass der Zugang zur Berufsausbildung einschließlich der beruflichen Weiterbildung nicht durch diskriminierende und benachteiligende Maßnahmen behindert werden darf, § 2 Abs. 1 Nr. 3 AGG.

#### 4.4 *Beendigung des Arbeitsverhältnisses*

Auch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist im AGG angesprochen. Der Gesetzesbeschluss des Bundestages sah dazu vor, für Kündigungen gelten vorrangig die Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes. Der Bundesrat will an dieser Stelle eine Formulierung die lautet für Kündigungen gelten ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz. Die Reaktion des Bundesrates war ausgelöst durch unterschiedliche Zeitungsartikel renommierter Arbeitsrechtler, unter anderem von Gregor Thüsing in der Süddeutschen Zeitung vom 30.06.2006. Zurecht wurde moniert, dass mit der von der Bundesregierung vorgesehenen Formulierung das AGG für alle nicht unter das Kündigungsschutzgesetz fallende Arbeitsverhältnisse einen eigenständigen Kündigungsschutz begründen würde.

#### 4.5 *Allgemeine Situation*

Benachteiligungsverbote, die sich zum Teil aus Grundrechtsschutzgesichtspunkten ergaben, wie der Beitritt und die Mitgliedschaft in Gewerkschaften, wird nun auch über das Betriebsverfassungsgesetz hinaus geregelt. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 AGG sind nun Benachteiligungen im Sinne des Gesetzes unzulässig, wenn damit die Mitgliedschaft und Mitwirkung in einer Beschäftigtenvereinigung einschließlich der Inanspruchnahme der Leistungen solcher Vereinigungen behindert werden soll.

## 5. *Pönalisiertes Handeln ist diskriminierendes Handeln*

Das diskriminierende Handeln findet sich nach dem AGG in zwei Ausprägungen wieder. Zum einen in der unmittelbaren Benachteiligung, zum anderen in der mittelbaren Benachteiligung.

- Die unmittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn ein Arbeitnehmer wegen eines Benachteiligungsgrundes, also gerade Gründe der Rasse, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in der gleichen Situation entweder aktuell erfährt, in der Vergangenheit erfahren hat oder bei einer Betrachtung für die Zukunft erfahren würde. Damit besteht der Nachteil in einer Zurücksetzung.

## 6. *Diskriminierungsmerkmale und ihre Beschreibung*

### 6.1 *Rasse oder ethnische Herkunft*

Ethnische Herkunft beschreibt in Anlehnung an Lingscheidt, Antidiskriminierung im Arbeitsrecht ist die Zugehörigkeit zu einer kulturellen räumlich begrenzten Völkergruppe oder einem Stamm. Damit wird dem Begriff ein weites Verständnis zugrunde gelegt, so dass eine unzulässige Benachteiligung aufgrund der ethnischen Herkunft auch dann vorliegen könnte, wenn scheinbar auf die Staatsangehörigkeit oder Religion des Benachteiligten abgestellt wird. EU-rechtlich ausgelegt umfasst es auch Kriterien, wie sie das internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (CERD) vom 07.03.1966 nennt: Benachteiligung aufgrund der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung, des nationalen Ursprungs oder des Volkstums im Sinne des ethnischen Ursprungs. Die amtliche Begründung des Gesetzes spricht ausdrücklich davon, dass ethnische Herkunft auch dann gemeint ist, wenn scheinbar auf die Staatsangehörigkeit der Religion abgestellt wird, in der Sache aber die ethnische Zugehörigkeit gemeint ist.

Auch der Begriff der Rasse ist nicht eindeutig. Die Richtlinienbegründung weist lediglich darauf hin, dass der gewählte Begriff weit zu verstehen ist und keine Bestätigung der Rassentheorien darstellt. Nach Schiek, der seinerseits vom Adressaten der rassistischen Diskriminierung ausgeht, richtet sich eine rassistische Diskriminierung gegen Personen, die als fremd wahrgenommen werden, weil sie aufgrund bestimmter Unterschiede nicht mehr als zugehörig angesehen werden. Dabei wird überwiegend an Unterschiede angeknüpft, die aufgrund von Abstammungs- oder Zugehörigkeitsmythen als natürliche beurteilt werden und die betroffenen Personen diese nicht ändern können. Häufige Erscheinungsformen sind Diskriminierungen aufgrund äußerlicher Merkmale, die einer bestimmten Herkunft zugeschrieben werden, oder sprachliche Merkmale, die eine gewisse Abstammung erkennen lassen.

Sowohl für den Bereich Rasse wie auch ethnische Herkunft ist festzustellen, dass die Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit hiervon nicht umfasst werden soll, solange sich hinter ihr nicht die Benachteiligung aufgrund der ethnischen Herkunft verbirgt. Dies ist leicht nachzuvollziehen, würde ansonsten jegliche Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit aufgehoben, somit stünde Arbeitsplatzsuchenden ohne Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis ein uneingeschränkter Zugang zum Arbeitsmarkt frei.

## 6.2 *Geschlecht*

Mit dem Begriffsmerkmal ist die Unterscheidung zwischen Mann und Frau in der Sozialrechtsordnung als Differenzierungsmerkmal unzulässig. Das geht vom Verbot der geschlechtbezogenen Benachteiligung im weitesten Sinn über das Gebot der geschlechtsneutralen Ausschreibung bis zum Grundsatz "gleicher Lohn für gleiche Arbeit". Nach der Rechtsprechung des EuGH verbietet sich hieraus nicht nur eine Benachteiligung im Hinblick auf die Zugehörigkeit zu dem einen oder anderen Geschlecht, sondern auch solche, die ihre Ursachen in einer Geschlechtsumwandlung haben. Allgemein anerkannt und nun ausdrücklich gesetzlich verankert ist die Benachteiligung durch Ungleichbehandlung wegen einer Schwangerschaft. Eine solche wird als unmittelbare Geschlechtsdiskriminierung in § 3 Abs. 1 Satz 2 AGG ausdrücklich dargestellt.

## 6.3 *Religion oder Weltanschauung*

In Anlehnung an die deutsche Rechtsprechung und Literatur zu Artikel 4 Grundgesetz ist von einem weiten Religionsbegriff auszugehen. Kennzeichnend für den religiösen Glauben sei der Transzendenzbezug, mithin die subjektive Gewissheit von der Eingliederung des einzelnen in einem jenseitigen, nicht mit von Menschen gesetzten Maßstäben zu beurteilen und durch wissenschaftliche Erkenntnisquellen nicht erschöpfend zu erklärenden Zusammenhang. Die Religion legt somit einen den Menschen überschreitende und umkreisende (transzendente) Wirklichkeit zugrunde, während sich die Weltanschauung auf innerweltliche (immanente) Bezüge beschränkt. Unabhängig von der konkreten Definition werden sowohl religiöse als auch nicht religiöse Weltvorstellungsbilder erfasst.

Soweit es um die Frage der Religionszugehörigkeit geht, besteht die Besonderheit, dass nach deutschem Verfassungsrecht (Artikel 140 GG in Verbindung mit Artikel 136 ff. Weimarer Reichsverfassung) den Kirchen und sonstigen Religionsgesellschaften und Weltanschauungsgemeinschaften nicht nur hinsichtlich ihrer körperschaftlichen Organisation und ihrer Ämter, sondern auch den der Kirche in bestimmter Weise zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform das Recht zusteht, über Ordnung und Verwaltung ihrer Angelegenheiten selbstständig zu entscheiden. Voraussetzung dafür ist, dass der Zweck der Vereinigung gerade auf die Erreichung eines solchen Zieles gerichtet ist. Dieses Recht umfasst damit grundsätzlich auch die Berechtigung, die Religion oder Weltanschauung als berufliche Anforderung für die bei ihnen Beschäftigten zu bestimmen. § 9 Abs. 1 AGG erlaubt demzufolge den Religionsgemeinschaften und den dort genannten Vereinigungen, bei der Beschäftigung wegen der Religion oder der Weltanschauung zu differenzieren, wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht oder nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt.

## 6.4 *Behinderung*

Im nationalen Recht wird der Behindertenbegriff zum einen in Artikel 3 Abs. 3 GG, zum anderen in der gesetzlichen Definition des § 2 SGB IX dargestellt, wonach das Merkmal der Behinderung als voraussichtlich länger als 6 Monate dauernde Abweichung der körperlichen Funktion, der geistigen Fähigkeit oder der seelischen Gesundheit von dem für das Lebensalter abweichenden Zustand bezeichnet wird. Es handelt sich jedoch um einen gemeinschaftsrechtlichen Begriff, dessen Bestimmungen nicht den Mitgliedsstaaten überlassen sind. Dies hätte zur Folge, dass davon ausgegangen werden kann, der EuGH wird bei der Auslegung dieses Merkmals auf die weite Definition des internationalen Rechts wie der ESC und WHO zurückgreifen. Mithin darf kein Schwellenwert erforderlich sein, so dass der Schutz vor Diskriminierung allen Behinderten, unabhängig vom Grad ihrer Behinderung zukommen muss.

## 6.5 *Sexuelle Ausrichtung*

Das Gesetz definiert den Begriff der sexuellen Ausrichtung nicht selbst. Jedoch kann davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass unter das Merkmal homosexuelle, bisexuelle, transsexuelle und zwischengeschlechtliche Menschen fallen und das AGG sich somit bewusst für einen weiten Anwendungsbereich entscheidet. Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH wäre die Benachteiligung einer transsexuellen Person als Benachteiligung wegen des Geschlechts anzusehen.

## 6.6 *Alter*

Das Differenzierungsmerkmal des Alters, gemeint ist das Lebensalter, ist neutral und schützt sowohl ältere als auch jüngere Arbeitnehmer vor Benachteiligung. Besonderheiten bestehen hinsichtlich der Altersdiskriminierung zum einen in der verlängerten Umsetzungsfrist und zum anderen in dem speziellen Ausnahmetatbestand für Ungleichbehandlung wegen des Alters.

# 7. *Die Diskriminierungsverbote in der praktischen Anwendung*

## 7.1 *Begründung des Arbeitsverhältnisses*

Das AGG erstreckt sich auf Bedingungen einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen, die den Zugang zur selbstständigen und unselbstständigen Erwerbstätigkeit oder den beruflichen Aufstieg regeln. Mit der Erstreckung auf den Zugang wird der gesamte vorvertragliche Bereich einbezogen, so dass Bewerbungen, Einstellungsverfahren, Auswahl und die Einstellung selbst dem Benachteiligungsverbot unterliegen. Unerheblich ist die Art der Tätigkeit oder die berufliche Position.

### 7.1.1 *Praktische Auswirkungen:*

Verlangt ist zwingend eine geschlechtsneutrale Stellenausschreibung, es sei denn, dass ein bestimmtes Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für eine bestimmte Tätigkeit ist. Unter der Geltung des § 611 BGB hat die Rechtsprechung hierzu entschieden, dass zum Beispiel bei der Tätigkeit der Geschäftsführerin eines reinen Frauenverbandes (ArbG München 14.02.2001, NZA RR 01, 365) oder einer Kundenbetreuerin in einem auf Finanzdienstleistungen für Frauen spezialisierten Unternehmen (ArbG Bonn 8301, NZA RR 02, 100) das Geschlecht eine unverzichtbare Voraussetzung ist. Ob diese Rechtsprechung unter den Gesichtspunkten des AGG aufrechterhalten kann, bleibt abzuwarten. Die §§ 8 – 10 AGG, welche eine unterschiedliche Behandlung trotz Verwirklichung der Diskriminierungsmerkmale zulassen, enthalten keinen Hinweis, dass ein solcher Differenzierungsgrundsatz eine Ungleichbehandlung sachlich rechtfertigen würde.

### 7.1.2 *Aktuelle Rechtsprechung*

- Besondere Anforderungen an die körperliche Leistungsfähigkeit genügen jedenfalls nicht, so bisher bereits LAG Köln 08.11.2000, NZA RR 01, 232, Tragen von 50 Kilo Säcken;
- Gemäß § 7 Abs. 1 TzBfG muss der Arbeitgeber jeden Arbeitsplatz, den er ausschreibt, grundsätzlich auch als Teilzeitarbeitsplatz ausschreiben. Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich der Arbeitsplatz hierfür nicht eignet. Diese Besonderheit bleibt auch weiterhin bestehen.
- Nach § 6 Abs. 1 Satz 2 Frauenförderungsgesetz ist der Bund als Arbeitgeber verpflichtet, Stellenausschreibungen so abzufassen, dass sie auch Frauen zu einer Bewerbung auffordern. Solange von einer bestehenden Benachteiligung von Frauen im Bereich des Bundes als Arbeitgeber ausgegangen werden kann, werden derart positive Maßnahmen durch § 5 AGG ausdrücklich als zulässig erachtet, da sie dazu dienen, geeignete und angemessene Maßnahmen für bestehende Nachteile und deren Beseitigung zu sein.

### 7.1.3 *Auskunftspflichten der Arbeitnehmer*

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG ist Voraussetzung für eine Auskunftspflicht des Arbeitnehmers, dass die fraglichen Umstände dem Arbeitnehmer die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Leistungspflicht unmöglich machen oder jedenfalls sonst für den konkreten Arbeitsplatz von ausschlaggebender Bedeutung sind.

Einzelfälle:

- Transsexuelle Personen, deren Geschlechtsumwandlung noch nicht erfolgt ist, sind nicht verpflichtet, von sich aus ihr wahres Geschlecht zu offenbaren (Schutzzweck des transsexuellen Gesetzes). Allerdings kann je nach Art der Tätigkeit eine Anfechtung des Arbeitgebers im Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft in Betracht kommen, BAG 21.02.1991, DB 1991, 1934: Arzthelferin.
- Haftstrafe: Muss der Arbeitnehmer demnächst eine Haftstrafe antreten, muss er dies unabhängig vom Grund der Haftstrafe offenbaren.

- Krankheit: Eine Mitteilungspflicht besteht nur hinsichtlich Erkrankungen, die den Arbeitnehmer wegen der Ansteckungsgefahr oder der Schwere der Erkrankung an der Erbringung der Arbeitsleistung dauerhaft hindern. Dies ist bei einer bloßen HIV-Infektion nicht der Fall, ist die HIV-Infektion bereits ausgebrochen, ist dies jedoch zu bejahen.
- Befindet sich der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt des voraussichtlichen Antritts des Arbeitsverhältnisses in einer Rehabilitationsmaßnahme, muss er dies mitteilen.
- Schwangerschaft: Eine Mitteilungspflicht bezüglich einer bestehenden Schwangerschaft existiert nicht, auch ein Fragerecht kommt nicht zum Tragen, BAG 06.02.2003, NZA 2003, 848.
- Schwerbehinderung: Es besteht keine generelle Offenbarungspflicht, soweit die vertraglich geschuldete Tätigkeit hierdurch nicht infrage steht.

#### 7.1.4 *Fragerecht des Arbeitgebers*

##### 7.1.4.1 *Einzelfälle*

- Gesundheitszustand: Frage nach gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Arbeitnehmers sind nur insoweit zulässig, wie sie die Einsatzfähigkeit des Arbeitnehmers auf dem vorgesehenen Arbeitsplatz betreffen. Zum Fragerecht bezüglich der HIV-Infektion s.o.
- Das Fragerecht nach der Gewerkschaftszugehörigkeit kennt für den Bereich der Anbahnung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich kein Fragerecht. Allerdings wird die Auffassung vertreten, dass nach erfolgter Einstellung die Frage zulässig ist. Zur Vermeidung der Sanktionen des AGG sollte bis zu einer abschließenden Klärung auf die Frage der Gewerkschaftszugehörigkeit im bestehenden Arbeitsverhältnis ebenfalls verzichtet werden.
- Religions- und Parteizugehörigkeit unterliegen grundsätzlich nicht dem Fragerecht des Arbeitgebers. Das AGG sieht hierfür eine Ausnahme bei konfessionellen Institutionen. Bei parteipolitischen Institutionen wird man dies im Hinblick auf den Gesichtspunkt der Weltanschauung ebenfalls bejahen können.
- Schwangerschaft: Die früher bestehende Rechtsunsicherheit hat das BAG bereits unter Geltung des § 611 a BGB mit seiner Entscheidung vom 06.02.2003, NZA 2003, 848 beendet. Danach verstößt die Frage nach der Schwangerschaft uneingeschränkt gegen das AGG. Dies ist selbst dann der Fall, wenn einer Beschäftigung mit der Frau von vorneherein ein mutterschutzrechtliches Beschäftigungsverbot entgegensteht.

- Schwerbehinderung: Nach der bisherigen Rechtsprechung hatte das BAG die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft uneingeschränkt zugelassen, die Frage nach der Behinderung als solcher. Den arbeitsplatzbezogenen Argumentationsansatz der Gegenansicht hat das BAG zuletzt in seiner Entscheidung vom 03.12.1998, NZA 1999, 584 verworfen. Allerdings hat der 2. Senat zwischen der uneingeschränkt zulässigen Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft und der Frage nach dem Bestehen einer Behinderung unterschieden. Die Letztere sollte zulässig sein, wenn die Behinderung erfahrungsgemäß die Eignung des Stellenbewerbers für die vorgesehene Tätigkeit beeinträchtigt. Vor dem Hintergrund der neueren Rechtsprechung zur Schwangerschaftsfrage und der Abgleichung der Diskriminierungsargumentationen ist davon auszugehen, dass künftig sowohl die Frage nach Schwerbehinderung wie auch der Schwerbehinderteneigenschaft, darüber hinausgehend die Frage nach einer Behinderung überhaupt unzulässig ist. Möglich sein müsste die Frage, ob es Umstände gibt, die es dem Arbeitnehmer aus seiner bisherigen Erfahrung erschweren, die arbeitsvertragliche Verpflichtung zu erfüllen. Hierbei handelt es sich dann um ein besonderes, den konkreten Anforderungen des zu besetzenden Arbeitsplatzes entsprechendes Informationsbedürfnis.

#### 7.1.4.2 Vergütung

- Das BAG akzeptiert die Frage nach der bisherigen Vergütung nur, wenn die bisherige Vergütung für die begehrte Stelle aussagekräftig ist oder der Bewerber sie von sich aus als Mindestvergütung fordert. Es ist davon auszugehen, dass diese Rechtsprechung auch weiterhin Bestand hat.
- Vermögensverhältnisse: Bei leitenden Angestellten oder sonstigen Arbeitnehmern in einer besonderen Vertrauensposition besteht bisher und auch weiterhin ein berechtigtes Informationsinteresse des Arbeitgebers.

#### 7.1.4.3 Vorstrafen

Eine Änderung der Rechtsprechung unter der Geltung des AGG ist nicht zu erwarten.

#### 7.1.5 Rechtsfolgen

Teilt der Arbeitnehmer beim Einstellungsgespräch einen offenbarungspflichtigen Umstand nicht von sich aus mit oder beantwortet er eine zulässige Frage des Arbeitgebers wahrheitswidrig, berechtigt dies den Arbeitgeber regelmäßig zur Anfechtung des Arbeitsvertrages gem. § 123 BGB wegen arglistiger Täuschung. Soweit das Fragerecht jedoch unter Verstoß gegen das AGG ausgeübt wurde, ist § 15 AGG heranzuziehen. Der Arbeitgeber ist danach verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen, es sei denn, der Arbeitgeber hat die Pflichtverletzung nicht zu vertreten. Setzt der Arbeitgeber zur Einstellung ein drittes Unternehmen ein, kann er sich nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, das bedeutet sorgfältige Auswahl und Überwachung des Dritten vom Verschulden freizeichnen.

Grundsätzlich besteht jedoch ein Einstellungsanspruch nicht.

Die Entschädigung darf bei einer Nichteinstellung 3 Monatsgehälter nicht übersteigen, wenn der oder die Beschäftigten auch bei der benachteiligungsfreien Auswahl nicht eingestellt worden wären.

Ist der Arbeitgeber tarifgebunden oder bestehen im Betrieb Vereinbarungen mit dem Betriebsrat, ist er bei einer fehlerhaften Auswahl unter Verstoß gegen das AGG und die kollektivrechtlichen Vereinbarungen verpflichtet, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat, § 15 Abs. 3 AGG.

## 7.2 *Zulässigkeit unterschiedlicher Behandlungen*

Die §§ 8 – 10 AGG beinhalten Gründe, die auch weiterhin eine unterschiedliche Behandlung zulassen. Dazu gehört, wenn wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingung ihrer Ausübung in der Verwirklichung des Diskriminierungsmerkmals ein wesentliches und entscheidendes berufliches Anforderungskriterium zu sehen ist, dies den Zweck als Differenzierungskriterium zu wirken erfüllt und insoweit auch die Anforderung angemessen ist.

Beispiel:

In einer Ausschreibung wird ein Mindestlebensalter und eine Mindestberufserfahrung gefordert. In einer Ausschreibung wird ein Höchstalter für Bewerber vorgesehen. In beiden Fällen bedarf es einer klaren nachvollziehbaren Begründung, weshalb die Ausschreibung Altersgesichtspunkte berücksichtigt. § 10 Ziff. 2 AGG nennt hierzu beispielsweise, dass eine unterschiedliche Behandlung und damit auch eine Ausschreibung aufgrund von Mindestanforderung an das Alter, die Berufserfahrung oder das Dienstalter für den Zugang zur Beschäftigung als Differenzierungsgrund angesehen werden kann. Gleiches gilt für das Höchstalter in § 10 Ziff. 4 AGG.

### 7.2.1 *Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen*

§ 2 AGG nennt in Absatz 1 in den Ziffern 2 bis 4 den Anwendungsbereich des AGG bezogen auf das bestehende Arbeitsverhältnis.

Grundsätzlich müssen danach alle Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich Arbeitsentgelt und Entlassungsbedingungen frei von Benachteiligungen sein. Bestimmungen in Vereinbarungen, die gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen, sind unwirksam, § 7 Abs. 2 AGG. Hierbei handelt es sich um ein gesetzliches Verbot, § 139 BGB. Gleichzeitig wird festgestellt, dass eine Benachteiligung durch den Arbeitgeber oder andere Beschäftigte eine Verletzung vertraglicher Pflichten darstellt. In der Folge können hieraus Schadenersatzansprüche erwachsen, § 7 Abs. 3 AGG. Wehren sich Beschäftigte, sei es durch nichtförmliche Maßnahmen, wie Beschwerden oder aber auch durch rechtliche Maßnahmen, wie Klagen, gegen eine vorhandene und vom AGG verbotene Diskriminierung, ist es dem Arbeitgeber untersagt, den Beschäftigten wegen der Inanspruchnahme dieser Rechte zu benachteiligen, § 16 Abs. 1 AGG.

## 7.2.2 *Einzelne Arbeitsbedingungen*

### 7.2.2.1 *Gebot der Entgeltgleichheit*

Grundsätzlich sind unter Arbeitsentgelt alle üblichen Grund- und Mindestlöhne und Gehälter sowie alle sonstigen Vergütungen und Vergütungsbestandteile anzusehen, die der Arbeitgeber aufgrund des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitnehmer unmittelbar oder mittelbar in bar oder durch Sachleistungen zahlt. Das Verbot der unterschiedlichen Bezahlung ergibt sich unmittelbar aus dem Diskriminierungsverbot wegen eines nicht zulässigen Merkmals. Mithin ist eine unterschiedliche Vergütung für gleiche oder gleichwertige Arbeit wegen eines unzulässigen Differenzierungsmerkmals unzulässig, so lange sie sich nicht durch eine dem Diskriminierungsverbot immanenten Rechtfertigungsgrund legitimiert. Damit kommt es entscheidend darauf an, ob die Arbeit gleich ist. Ausschlaggebend hierfür sind die Arbeitsvorgänge und ihr Verhältnis zueinander. Eine gleichwertige Arbeit beurteilt sich insoweit nach dem gleichen Arbeitswert.

Geht es um eine Eingruppierung, reicht es nicht aus, wenn nur teilweise gleiche oder gleichwertige Tätigkeiten ausgeübt werden. Verrichten Beschäftigte unterschiedliche Tätigkeiten oder liegen unterschiedliche Qualifikationen vor, liegt keine vergleichbare Situation vor, und das Diskriminierungsverbot steht der unterschiedlichen Vergütung nicht entgegen. Allerdings hat das BAG im Hinblick auf die bisherige Vorschrift des § 611 Abs. 3 Satz 1 BGB dargestellt, dass die Diskriminierung bereits dargelegt ist, wenn ein Arbeitnehmer eines bestimmten Merkmals zahlenmäßig wesentlich häufiger geringer entlohnt wird und die Entlohnungspraxis des Arbeitgebers für die Arbeitnehmer nicht transparent gemacht wird, BAG 23.09.1992, DB 93, 737. Diese Glaubhaftmachung der Diskriminierung ist auch dann gegeben, wenn eine gleichwertige Tätigkeit erheblich unterschiedlich vergütet wird und die eine Tätigkeit ausschließlich von einer Personengruppe (Rasse, ethnische Herkunft) ausgeübt wird. Der Arbeitgeber muss dann den Nachweis erbringen, dass dieser Unterschied durch Faktoren sachlich gerechtfertigt ist, die nicht auf einem unzulässigen Merkmal beruhen, zur Geschlechtsdiskriminierung bereits EuGH 27.10.1993, AuR 93, 409.

Zentral und für die Praxis bedeutsam ist, dass die Vereinbarung einer geringeren Vergütung für gleiche oder gleichwertige Arbeit nicht dadurch gerechtfertigt wird, dass wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes besondere Schutzvorschriften gelten. Der besondere Schutz für Schwerbehinderte oder ältere Menschen oder einschließlich der besonderen Kündigungsschutzmerkmale kann damit nicht als Differenzierungsgrund für das Arbeitsentgelt herangezogen werden.

### 7.2.2.2 *Entgeltgleichheit und Tarifvertrag*

Weiter ist zu beachten, dass selbst im Falle, dass Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts in kollektivrechtlichen Regelungen wie in Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen enthalten sind, Benachteiligungen dennoch nicht den Schutz des AGG aufheben können, § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG. Lohngruppen in Tarifverträgen, die üblicherweise nur von Frauen und für von Frauen verrichteten Tätigkeiten vorgesehen sind, stellen sich damit als mittelbare Benachteiligung des Grundsatzes "gleiches Geld für gleiche Arbeit" dar. In der Praxis bedeutet dies, gibt es Hilfstätigkeiten, die ausschließlich von Frauen ausgeübt werden, erscheint die Gefahr einer geschlechtsdiskriminierenden Vergütung auf der Hand zu liegen. Vorgesetztenfunktionen, die zu unterschiedlichen Entgelten zwischen Männern und Frauen führen und nicht hinreichend die unterschiedliche Vergütung rechtfertigen, zum Beispiel durch Bedeutung der Abteilung, Größe der Abteilung (Anzahl der Arbeitnehmer, Geschäftsvolumen) Anforderungen aus der Vorbildung (Hochschulausbildung, qualifizierte Berufsausbildung), sind bereits ein deutlicher Anhaltspunkt für eine Diskriminierung.

Dass mit der Einführung des AGG damit auch die kollektivrechtlichen Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber/Arbeitgeberverbänden und den Gewerkschaften auf dem Prüfstand stehen, ist bisher noch nicht ausreichend zur Kenntnis genommen worden.

### 7.2.2.3 *Soziale Arbeitsbedingungen*

Diskriminierungsprobleme können sich des weiteren verbergen hinter besonderen Sozialleistungen. Der kostenfreie Parkplatz für Schwerbehinderte, die besondere Auswahl des Parkplatzes für Schwerbehinderte, das Kantinenessen, das für Vegetarier keine besondere Kost vorsieht, die Gewährung von Zuschüssen für Personengruppen – gegebenenfalls gestaffelt nach Alter oder Geschlecht – sind Differenzierungsmerkmale, die allesamt zu überprüfen und auf den Kontrollstand des AGG zu stellen sind. Die Übernahme von Kosten für Qualifizierungsmaßnahmen von älteren Mitarbeitern oder Behinderten, die Ausstattung mit einem besonderen Arbeitsplatz, ist ebenfalls an den Grundsätzen des AGG zu messen. Dies bedeutet noch nicht zwangsläufig, dass eine differenzierte Behandlung unzulässig ist, hat jedoch zumindest den erhöhten Aufwand zur Folge, der für die Überprüfung eines Rechtfertigungsgrundes oder für die Überprüfung der Zulässigkeit der unterschiedlichen Behandlung notwendig ist. Für die Praxis bedeutsam sind dabei die zulässige unterschiedliche Behandlung zum einen wegen der beruflichen Anforderung, § 8 AGG sowie wegen des Alters, § 10 AGG.

### 7.2.2.4 *Verschiedene Behandlung wegen beruflicher Anforderung*

Die unterschiedliche Behandlung wegen beruflicher Anforderung ist zulässig, wenn

- die Art der auszuübenden Tätigkeit oder
- der Bedingung ihrer Ausübung

eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt. Allerdings muss dieser Zweck dann rechtmäßig und den Anforderungen angemessen sein. Dies schließt eine Ungleichbehandlung allein unter den Erwägungen der bloßen Zweckmäßigkeit aus. Vielmehr müssen die an den Beschäftigten gestellten Anforderungen erforderlich sein und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen beruflichem Zweck und Schutz vor Benachteiligung stand halten.

Die Ausrüstung – als eine Form der Behandlung - mit einem unterschiedlichen Equipment an einem PC-Arbeitsplatz, schnellerer Rechner, softwareergonomisch aktualisierte Programme und Bildschirmgestaltung, besonderen Strahlenarmut des PC, Ausrüstung mit Mobiltelefonen, besondere Größe des Raumes, besondere Gestaltung des Lichts, bedarf damit einer nicht an Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten beschriebenen Differenzierung. Möglicherweise kann dies in der Eigenschaft begründet sein, der Arbeitnehmer ist Brillenträger und benötigt deshalb einen anderen Bildschirm, der Arbeitnehmer hat Rufbereitschaft und benötigt deshalb ein Mobiltelefon. Jedenfalls ist eine undifferenzierte Streuung von technischer Ausrüstung gegebenenfalls ein Nachteil gegenüber den anderen, technisch nicht gleichwertig ausgerüsteten Mitarbeitern.

Wird während der Hitzeperiode bestimmten Bereichen ein zusätzliches Kühlaggregat zur Verfügung gestellt, das anderen Bereichen nicht an die Hand gegeben wird, bedarf es einer sachlichen Differenzierung, zum Beispiel unterschiedliche Raumtemperaturen.

#### 7.2.2.5 *Verschiedene Behandlung wegen Alters*

Wie problematisch die unterschiedliche Behandlungen wegen Alters ist, zeigt sich bereits zum einen an der Rechtsprechung der jüngsten Vergangenheit (zum Beispiel Mangold-Entscheidung des EuGH), wie auch an dem Umfang des die unterschiedliche Behandlung wegen Alters rechtfertigenden § 10 AGG.

Eine Altersdifferenzierung ist auch zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist, § 10 Satz 1 AGG. Ohne eine abschließende Aufzählung werden acht Themengruppen benannt. Vier davon beschäftigen sich mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und Leistungen in diesem Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, § 10 Nr. 5-8 AGG.

Begründet wird diese ausführliche Darstellung mit der ungünstigen Situation älterer Beschäftigter auf dem Arbeitsmarkt und die sich abzeichnende demografische Entwicklung. So soll etwa bei gleicher Qualifikation nicht automatisch einem jüngeren Bewerber der Vorzug vor einem älteren gegeben werden. Das Gesetz geht darüber hinaus, dass alle Beschäftigten während ihres Berufslebens spezielle "kritische" Altersstufen durchlaufen. Dies kann zum Beispiel sowohl der Zugang zum Beruf nach der Ausbildung für 20jährige als auch die Verdrängung aus dem Arbeitsmarkt für 55jährige Beschäftigte sein.

Die Generalklausel des § 10 AGG gilt sowohl für einzelvertragliche als auch für kollektivrechtliche Regelungen, wie Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge. Die Legitimität eines Ziels ist unter Berücksichtigung der fachlich-beruflichen Zusammenhänge aus Sicht des Arbeitgebers oder der Tarifvertragsparteien zu beurteilen. Dabei kommen auch Ziele in Betracht, die über die Situation eines einzelnen Unternehmens oder eine Branche hinaus gehen und von allgemeinem Interesse sind, wie etwa Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt oder Berufsbildung.

#### Zu Nr. 1

Als legitimes Ziel bezeichnet Nr. 1 die Förderung der beruflichen Eingliederung sowie den Schutz von Jugendlichen und älteren Beschäftigten, darüber hinaus den Schutz von Personen mit Fürsorgepflichten. Diese Ziele erlauben die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung und besonderer Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen.

#### Zu Nr. 2

Nr. 2 nennt als mögliche zulässige Maßnahme die Festlegung von Mindestanforderungen an das Alter oder die Berufserfahrung für den Zugang zur Beschäftigung oder bestimmter mit der Beschäftigung verbundener Vorteile. Letzteres betrifft insbesondere Entgeltregelungen. Hinsichtlich des Entgelts dürfte etwa eine Anknüpfung an die Berufserfahrung dabei eher zu rechtfertigen sein als an das bloße Lebensalter. Bei bestehenden Tarifverträgen, die Erhöhungen nach Ablauf bestimmter Zeiten ohne den Hinweis auf Erfahrungszuwachs beinhalten oder sich ausschließlich auf das Lebensalter beziehen, ist damit eine Diskriminierung bereits nahe liegend.

#### Zu Nr. 3

Nr. 3 lässt die Festlegung eines Höchstalters für die Einstellung zu. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass bei älteren Beschäftigten, deren Rentenalter bereits absehbar ist, einer aufwändigen Einarbeitung am Arbeitsplatz auch eine betriebswirtschaftlich sinnvolle Mindestdauer einer produktiven Arbeitsleistung gegenüberstehen muss. Ob dies jedoch Abschläge im Entgelt rechtfertigen lässt, erscheint äußerst fraglich.

#### Zu Nr. 4

Nr. 4 stellt klar, dass die Festsetzung von Altersgrenzen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit – insbesondere der betrieblichen Altersversorgung – regelmäßig keine Benachteiligung wegen des Alters darstellt. Zulässig sind auch unterschiedliche Altersgrenzen für bestimmte Beschäftigte oder Gruppen von Beschäftigten. Die Festsetzung von Altersgrenzen darf aber nicht zu einer Benachteiligung wegen des Geschlechts oder wegen eines anderen in § 1 AGG genannten Grundes führen.

#### 7.2.2.6 *Entlassungsbedingungen*

Entlassung bedeutet nicht nur die einseitige ordentliche oder außerordentliche Kündigung, sondern auch die Beendigung durch Anfechtung, Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses sowie die Beendigung durch einvernehmliche freiwillige Aufhebung gegen Gewährung einer Geldleistung (EuGH 08.09.2005, NZA 05, 1105). Das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz rechtfertigt eine Vereinbarung, welche die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses ohne Kündigung zu einem Zeitpunkt vorsieht, zu dem der oder die Beschäftigte eine Rente wegen Alters beantragen kann, § 10 Nr. 5 AGG. Mit dieser Regelung sind grundsätzlich die Ausscheidensvereinbarungen in Tarifverträgen oder in Einzelarbeitsverhältnissen, welche eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 65. Lebensjahr oder einem früheren Zeitpunkt, soweit ein Rentenbezug dem folgt, in Übereinklang zu bringen.

Äußerst problematisch ist die Zulässigkeit individual- oder kollektivrechtlicher Vereinbarungen der Unkündbarkeit von Beschäftigten eines bestimmten Alters und einer bestimmten Betriebszugehörigkeit. Auf den ersten Blick sieht es aus, als wären Regelungen in Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen oder individuellen Vereinbarungen, die eine Arbeitsplatzgarantie ab Erreichen einer bestimmten Altersgrenze vorsehen, ein hinreichender Schutzmechanismus. Das AGG berücksichtigt aber die Auswirkung solcher Regelungen auf die anderen, jüngeren Arbeitnehmer. Es beschreibt solche Regelungen als unwirksam, soweit der Kündigungsschutz anderer Beschäftigter im Rahmen der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG damit grob fehlerhaft gemindert wird. Hat der tarifvertragliche Kündigungsschutz in der Metall verarbeitenden Industrie aufgrund der einschlägigen Regelungen künftig Bestand, nachdem dieser geknüpft ist an die Vollendung des 53. Lebensjahres und einer kurzen Beschäftigungszeit?

Ein älterer Arbeitnehmer, vier Jahre im Betrieb, kann im Rahmen der Sozialauswahl nicht herangezogen werden gegenüber einem 40jährigen Mitarbeiter mit einer 22jährigen Betriebszugehörigkeit. Hierbei handelt es sich sicherlich um eine grob fehlerhafte Auswahl. Noch deutlicher wird das Beispiel, wenn der andere Mitarbeiter ebenfalls das 50. Lebensjahr, aber noch nicht das 53. Lebensjahr vollendet hat und bereits 30 Jahre im Unternehmen ist. Konsequenterweise wird man annehmen müssen, dass in diesem Fall die tarifvertragliche Kündigungsschutzregelung zugunsten des langjährig Beschäftigten, noch nicht unter die Kündigungsschutzregel fallenden Bestimmungen nicht greift. Die Einzelfallbetrachtung verbleibt beim Arbeitgeber. Dieser trägt künftig das Risiko der Abwägung der groben Fehlerhaftigkeit im Hinblick auf die Sozialauswahl unter Berücksichtigung seiner (langjährigen) Mitarbeiter und den Personen, die zwischenzeitlich einen Kündigungsschutz erfahren haben.

Dem entspricht auch die weitere Bestimmung in § 10 Nr. 8 AGG. Danach wird in Sozialplänen im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes eine Differenzierung für wirksam erachtet, wenn die Parteien eine nach Alter oder Betriebszugehörigkeit gestaffelte Abfindungsregelung geschaffen haben, in der die wesentlich vom Alter abhängigen Chancen auf dem Arbeitsmarkt durch eine verhältnismäßig starke Betonung des Lebensalters erkennbar berücksichtigt worden sind oder Beschäftigte von den Leistungen des Sozialplans ausgeschlossen haben, die wirtschaftlich abgesichert sind, weil sie gegebenenfalls nach Bezug von Arbeitslosengeld rentenberechtigt sind. Damit werden zwei Bereiche aufgemacht. Zum einen werden ältere Arbeitnehmer, die mit Leistungsbezug des Arbeitslosengeldes Rentenansprüche erwerben und nach Ende des Arbeitslosengeldbezuges ihre Rente erhalten können, gegebenenfalls aus Sozialplanleistungen ausgeschlossen. Jedenfalls ist ein solcher Ausschluss keine Diskriminierung. Darüber hinaus kann dem Altersgesichtspunkt verstärkt bei der Sozialplanabfindung Aufmerksamkeit gewidmet werden. Dies spricht jedoch gegen die bisherige Praxis, Abfindungsregelungen mit einem Faktor zu ermitteln. Dies spricht vielmehr für Tabellen, die den Ausscheidenszeitpunkt im Bezug auf das Lebensalter der betroffenen Mitarbeiter berücksichtigen. Damit kann der 45jährige mit 10 Jahren Betriebszugehörigkeit eine höhere Abfindung erhalten als der 35jährige mit 10jähriger Betriebszugehörigkeit. Eine solche Differenzierung wäre nach § 10 Nr. 7 AGG künftig gerechtfertigt.

Zulässig ist darüber hinaus eine Berücksichtigung des Alters bei der Sozialauswahl anlässlich einer betriebsbedingten Kündigung im Sinne des § 1 Kündigungsschutzgesetzes, aber nur soweit dem Alter *kein genereller Vorrang gegenüber anderen Auswahlkriterien* zukommt, sondern die Besonderheiten des Einzelfalls und die individuellen Unterschiede zwischen den vergleichbaren Beschäftigten, insbesondere die Chancen auf dem Arbeitsmarkt entscheiden. Diese Regelung ist im Hinblick auf eine Namensliste bei einem Interessenausgleich mit Sozialplan zur Restrukturierung bedeutungsvoll, lässt sich doch in diesem Fall bei einer entsprechenden Begründung von Seiten des Gerichts fast keine Möglichkeit mehr finden, die Einschätzung des Arbeitgebers als grob fehlerhaft darzustellen. Andererseits ist eine Sozialauswahl ohne Namensliste damit künftig gefährdet, weil die alleinige punktemäßige Feststellung der zu kündigenden Arbeitnehmer der Regelung des § 10 Nr. 6 AGG widerspricht, denn die Besonderheit des Einzelfalls und die individuellen Unterschiede zwischen den vergleichbaren Beschäftigten, insbesondere die Chancen auf dem Arbeitsmarkt sind konkret zu berücksichtigen. Das bedeutet, es ist künftig nicht nur auf die Tätigkeit abzustellen, sondern auch darauf, inwieweit der einzelne Arbeitnehmer beispielsweise räumlich flexibel ist, qualifizierungsfähig und qualifizierungsbereit usw. Dies führt zu einer schwerwiegenden Verlagerung des Risikos der Auswahl trotz bestehendem Sozialplan zu Lasten der Arbeitgeber.

### 7.2.3 Sexuelle Belästigung

Das Beschäftigtenschutzgesetz vom 24.06.1994 tritt mit Inkrafttreten des AGG außer Kraft. § 3 AGG bestimmt insoweit, dass eine sexuelle Belästigung ebenfalls eine Benachteiligung im Sinne des Gesetzes ist, wenn ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten, wozu auch unerwünschte sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie unerwünschtes Zeigen und sichtbares Anbringen von pornografischen Darstellungen gehören, bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.

Die unerwünschte Verhaltensweise muss geeignet sein, die Würde der betreffenden Person zu verletzen. Damit scheiden geringfügige Eingriffe aus. Ist eine Verletzung der Würde jedoch vom Handelnden bezweckt, kommt es nicht darauf an, ob die Verletzung tatsächlich eintritt.

Für die Praxis bedeutsam ist, die Unerwünschtheit der Verhaltensweise muss nicht bereits vorher ausdrücklich gegenüber den Belästigenden zum Ausdruck gebracht worden sein. Vielmehr ist es ausreichend, dass die Handelnden aus der Sicht eines objektiven Beobachters davon ausgehen können, dass ihr Verhalten unter den gegebenen Umständen von den Betroffenen nicht erwünscht ist oder auch nicht akzeptiert wird. Da es sich bei der sexuellen Belästigung um eine Benachteiligung im Sinne des Gesetzes wegen des Geschlechtes oder gegebenenfalls auch der sexuellen Identität handelt, ist der Arbeitgeber gemäß § 12 AGG verpflichtet, erforderliche Maßnahmen zum Schutz der Mitarbeiter zu ergreifen, wobei ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass dieser Schutz auch vorbeugende Maßnahmen umfasst, § 12 Abs. 1 Satz 2 AGG. Der Arbeitgeber hat auf die Unzulässigkeit solchen Vorgehens hinzuweisen und darauf hinzuwirken, dass diese unterbleiben. Er hat die Beschäftigten in geeigneter Weise zum Zwecke der Verhinderung von Benachteiligungen zu schulen. Soweit er dieser Schulungsverpflichtung nachkommt, erfüllt er seine Schutzpflicht.

Kommt es im Einzelfall dennoch zu Verstößen, hat der Arbeitgeber unverzüglich alle geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zur Unterbindung der Benachteiligung zu ergreifen. Ausdrücklich sieht das Gesetz als Maßnahmen hierzu eine Staffelung von personellen Disziplinarmaßnahmen vor: Abmahnung, Umsetzung, Versetzung, bis hin zur Kündigung, § 12 Abs. 3 AGG.

Die Handlungspflichten betreffen den Arbeitgeber aber nicht nur bei benachteiligender Vorgehensweise der eigenen Beschäftigten, § 12 Abs. 4 AGG verpflichtet den Arbeitgeber auch tätig zu werden, wenn die Beschäftigten durch das Handeln Dritter benachteiligt werden. Auch in diesem Fall hat er die geeigneten erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zum Schutz der Beschäftigten zu ergreifen.

## **8. Organisationspflichten des Arbeitgebers**

Unabhängig von den allgemeinen Regelungen des AGG ist der Arbeitgeber mit Inkrafttreten des Gesetzes sofort zu bestimmten Handlungen gezwungen, um nicht der Gefahr von Schadenersatzansprüchen ausgesetzt zu werden. §§ 11 und 12 AGG beschreiben die Maßnahmen und Pflichten des Arbeitgebers. Hierzu gehören alle erforderlichen Maßnahmen zu Schutz vor Benachteiligungen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zu treffen. Vorbeugende Maßnahmen sind erforderlich.

Dies umzusetzen erfordert zumindest eine Information der Beschäftigten über das AGG, darüber hinaus gehend jedoch auch gegenüber den personalverantwortlichen Vorgesetzten eine Information, wie mit auftretenden Verstößen und benachteiligenden Maßnahmen umzugehen ist. Dazu gehört ein Mindestmaß an Berichts- und Dokumentationswesen. Bekannt gewordene Benachteiligungen sollten zentral erfasst und je nach Schwere gegebenenfalls in die Personalakte aufgenommen werden. Im Zuge der Reaktion mit geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zur Unterbindung der Benachteiligung gibt das AGG dem Arbeitgeber ausdrücklich nochmals die Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung an die Hand. Deutlich wird an dieser Stelle jedoch auch gemacht, dass nicht der Benachteiligte von diesen Maßnahmen ergriffen werden darf, sondern dass die Beschäftigten, die sich des Benachteiligungsverstoßes schuldig gemacht haben, die entsprechenden Konsequenzen zu erfahren haben. Die häufig gewählte Vorgehensweise der Umsetzung eines Belästigungsoffiziers in eine andere Abteilung bei Beibehaltung der bisherigen Funktion des Vorgesetzten wie auch des gegebenenfalls benachteiligenden Mitarbeiters wird durch § 12 Abs. 3 AGG künftig verhindert.

Schulungsmaßnahmen im Rahmen der beruflichen Aus- und Fortbildung sind zu ergreifen, um die betreffenden Arbeitnehmer auf die Änderungen hinzuweisen, § 12 Abs. 2 AGG.

## **9. Beschwerdemanagement**

### *9.1 Beschwerdebeauftragter*

Obwohl nicht im Bereich der Organisationspflicht des Arbeitgebers aufgenommen, ist das Beschwerderecht des § 13 AGG einem Beschwerdemanagement des Arbeitgebers korrespondierend. Das bedeutet, der Arbeitgeber hat – je nach Größe des Unternehmens – einen Beschwerdebeauftragten einzusetzen oder aber bestimmte Personen zu Beschwerde entgegen nehmenden Beauftragten zu benennen. Dies ist zu dokumentieren und den Beschäftigten bekannt zu geben. Mit dieser Form des Beschwerdemanagements erfüllt der Arbeitgeber seine ihm vom Gesetz übertragenen vorbeugenden Maßnahmen. In größeren Betrieben mit Betriebsrat sollten derartige Regelungen in Form einer (kurzen) Betriebsvereinbarung niedergelegt werden.

Das Beschwerdemanagement betrifft jedoch auch das Handeln Dritter, also von Personen, die selbst nicht Mitarbeiter oder Vorgesetzte des Unternehmens sind. Auch dem ist Rechnung zu tragen.

Der Arbeitgeber hat die Beschäftigten darauf hinzuweisen, dass sie sich gegen "flegelhafte" Kunden ebenfalls beschweren können. Der Arbeitgeber hat auf geeignete Maßnahmen zur Abstellung der Benachteiligung bzw. Belästigung hinzuweisen und solche zu schaffen.

### *9.2 Beschwerderecht des Arbeitnehmers*

Der Organisationspflicht des Arbeitgebers korrespondiert das Beschwerderecht des Arbeitnehmers. Alle Beschäftigten haben das Recht, sich bei den zuständigen Stellen des Betriebs, des Unternehmens oder der Dienststelle zu beschweren, wenn sie sich im Zusammenhang mit ihrem Beschäftigungsverhältnis vom Arbeitgeber, von Vorgesetzten und anderen Beschäftigten oder Dritten benachteiligt fühlen. Die Beschwerde ist zu prüfen und das Ergebnis dem Beschäftigten mitzuteilen.

Daneben bleiben die Beschwerdemöglichkeiten der §§ 83 ff. BetrVG uneingeschränkt erhalten.

### *9.3 Rechtsfolgen fehlenden Schutzes*

Dem Arbeitnehmer erwächst aus einer unterlassenen Abstellung des berechtigten Beschwerdegegenstands durch keine oder offensichtlich ungeeignete Maßnahme des Arbeitgebers ein Leistungsverweigerungsrecht. Das bedeutet, er kann seine Arbeit einstellen, ohne dass er seines Arbeitsentgeltes verlustig wird, § 14 AGG. Die Grenze findet dies nur in dem Umstand, dass die Leistungsverweigerung im Hinblick auf den dem Arbeitnehmer zustehenden Schutz erforderlich ist.

Darüber hinaus erwachsen den Beschäftigten Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche, § 15 AGG.

Neu ist, dass auch bei immateriellen Schäden, also Schäden, die nicht Vermögensschäden sind, der Beschäftigte einen angemessenen Entschädigungsanspruch in Geld verlangen kann. § 15 AGG begrenzt jedoch solche immaterielle Schäden, wenn diese im Zusammenhang mit der Einstellung geschehen sind, auf drei Monatsgehälter. Eine Grenze, soweit es sich um Schäden im Zusammenhang mit unterbliebenen oder offensichtlich ungeeigneten Maßnahmen zur Unterbindung einer Belästigung handelt, ist jedoch eine Grenze dem Gesetz nicht zu entnehmen.

Der Schadenersatzanspruch muss innerhalb einer Frist von drei Monaten schriftlich geltend gemacht werden. Kürzere Regelungen in Tarifverträgen, gegebenenfalls auch längere Regelungen in Tarifverträgen können die gesetzliche Regelung abändern.

#### 9.4 *Beweislast*

Wird im Streitfall eine Tatsache glaubhaft gemacht, die die Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lässt, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass andere als in § 1 AGG genannte sachliche Gründe die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen oder die unterschiedliche Behandlung aufgrund des AGG gerechtfertigt ist.

Es entspricht den Grundsätzen des deutschen Prozessrechts, die Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast danach zu bestimmen, im Einflussbereich welcher Partei sich bestimmte Vorgänge ereignet haben. Der Arbeitnehmer muss daher nach den allgemeinen Grundsätzen zunächst den Beweis führen, dass er gegenüber einer anderen Person ungünstig behandelt worden ist. Dann muss er sogenannte Vermutungstatsachen vortragen, aus denen sich schließen lässt, dass diese unterschiedliche Behandlung auf einem nach § 1 AGG unzulässigen Grund beruht. Konkret bedeutet dies, er trägt vor, sein Arbeitskollege bekomme für die gleiche Tätigkeit eine höhere Vergütung. Diesen Umstand hat er zu beweisen. Weiter trägt er eine Vermutungstatsache vor. Diese für ihn niedrigere Vergütung beruhe darauf, dass er anderer Rasse, anderer ethnischer Herkunft, anderen Geschlechts, anderer Religion usw. sei. Die Anforderungen daran im Einzelfall bestimmt das Gericht unter Berücksichtigung der Grundsätze des § 138 ZPO. Das Gericht hat dabei zu beachten, dass bestimmte Informationen einer Prozesspartei überhaupt nicht zugänglich sind, regelmäßig dem Arbeitnehmer. So kann sich ein tatsächlicher Anhaltspunkt zum Beispiel aus einer nicht geschlechtsneutralen Stellenausschreibung ergeben.

Im Übrigen werden die Anforderungen an das Beweismaß durch die Grundsätze der abgestuften Darlegungs- und Beweislast abgesenkt. Es genügt, wenn das Gericht hier vorliegend für überwiegend wahrscheinlich hält, BAG 05.02.2004, NJW 2004, 2112. Stehen dem Arbeitnehmer als Kläger dabei keine anderen Beweismittel, insbesondere Zeugen zur Verfügung, hat das Gericht alle zulässigen Möglichkeiten der Anhörung und Vernehmung des Klägers auszunutzen. Ist danach eine unzulässige Motivation der unterschiedlichen Behandlung zu vermuten, trägt der beklagte Arbeitgeber die volle Beweislast dafür, dass doch kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot vorliegt.

Im Falle einer Belästigung oder sexuellen Belästigung kommt regelmäßig keine Rechtfertigung in Betracht.

# **ANLAGE 1**

## **ANLAGE 2**

## **ANLAGE 3**