

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz

Handlungsleitfaden für Arbeitgeber

Berlin, im Juli 2006

Vorwort:

Das Wichtigste vorweg: Mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) können auch Arbeitgeber sachgerecht umgehen. Die Vorschriften des AGG stellen sicherlich eine Zäsur im Arbeitsrecht dar. Zum ersten Mal wird ein umfassender Diskriminierungsschutz geschaffen. Dennoch sind Benachteiligungsverbote in Deutschland nichts Neues. Schon bisher gab es ein Benachteiligungsverbot wegen des Geschlechts (§ 611a und § 611b BGB) und wegen der Schwerbehinderung (§ 81 Abs. 2 SGB IX). Daneben treten nun die Benachteiligungsverbote Rasse, ethnische Herkunft, Alter, sexuelle Identität, Religion- und Weltanschauung und Behinderung. Insbesondere das Benachteiligungsverbot wegen des Lebensalters kann Schwierigkeiten verursachen. Gerade in Stellenannoncen finden sich sehr häufig bestimmte Angaben für ein Mindest- oder Höchstalter. Hier ist in Zukunft ein Umdenken gefordert. Dass heißt nicht, dass ein bestimmtes Alter überhaupt nicht mehr vorgegeben werden darf. Der (potentielle) Arbeitgeber muss sich aber bewusst sein, dass er Einstellungskriterien, die er vorgibt, bei Klagen abgelehnter Bewerber rechtfertigen muss. Hinzu kommt, dass gerade Stellenanzeigen, die diskriminierend formuliert sind, als Indiz für eine Benachteiligung gegen den Arbeitgeber herangezogen werden können. Den Arbeitgeber trifft dann die Beweislast dafür, dass er den Bewerber eben nicht aus benachteiligenden Gründen, sondern z.B. wegen mangelnder Qualifikation abgelehnt hat.

Arbeitgeber müssen also bei Einstellungen (wie auch Beförderungen!) darauf achten, dass sie die Anforderungsprofile für die Stelle so formulieren, dass sie nicht in Konflikt mit dem AGG kommen. Weiterhin werden Arbeitgeber sämtliche Entscheidungen in diesem Bereich detailliert dokumentieren müssen, um Ansprüche übergangener Bewerber abwehren zu können. Auch Betriebsvereinbarungen bedürfen einer kritischen Überprüfung, gerade im Hinblick auf eine mögliche unmittelbare oder – schwieriger zu erkennen – mittelbare Benachteiligung wegen des Alters.

Der folgende Handlungsleitfaden für Arbeitgeber soll einen ersten Einstieg in die Bestimmungen des AGG geben.

Einleitung:

Was ist mit Inkrafttreten des AGG zu tun?

1. Alle Arbeitsbedingungen (insbesondere Arbeitsverträge und Betriebsvereinbarungen) auf mögliche Konflikte mit dem AGG untersuchen.
2. Zunächst weisungsbefugte Beschäftigte und Mitarbeiter der Personalabteilung über das AGG informieren und schulen. Da das AGG den Begriff der Schulung nicht definiert, reicht hier jede Art der Wissensvermittlung aus, also auch E-Learning oder schriftliches Informationsmaterial. Danach – soweit mit verhältnismäßigem Aufwand möglich – Schulung bzw. Information der sonstigen Beschäftigten. Teilnahme beweisbar dokumentieren (z.B. Teilnehmerlisten).
3. Eine innerbetriebliche Beschwerdestelle benennen.
4. Das AGG, § 61b ArbGG (siehe hierzu S. 20) und die Beschwerdestelle im Betrieb bekannt machen.
5. Stellenannoncen sorgfältig formulieren und benachteiligungsfreie Anforderungsprofile definieren bzw. erforderliche Benachteiligungen (z.B. weil die Berufserfahrung eine notwendige Voraussetzung ist) den Rechtfertigungsgründen des AGG anpassen.
6. Bewerberauslese bei Einstellung und Beförderung sorgfältig dokumentieren – ggf. Kopien von Bewerbungsunterlagen anfertigen oder die Bewerbungsunterlagen bis zum Ablauf der Geltendmachungsfrist (gem. § 15 Abs. 4: 2 Monate) für Ansprüche auf Schadensersatz und Entschädigung zurückhalten.
7. Ablehnungsschreiben neutral formulieren, ggf. auf eine – auch floskelartige – Begründung der Ablehnung gänzlich verzichten. Auch auf telefonische Nachfrage keine näheren Auskünfte zu den Gründen der Ablehnung geben. Hierauf sollten eindringlich die Personal- und Fachabteilungen hingewiesen werden.

Absichtlich fehlerhafte und diskriminierende Musterannoncen (nächste Seite):

Die nachfolgende (frei erfundene) Annonce enthält neun problematische Punkte, die im Handlungsleitfaden näher erläutert werden:

1. „Belastbar“: Dies könnte eine mittelbare Diskriminierung Älterer und Behinderter sein.
2. „Sachbearbeiter“: Dies ist eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts, da nur die männliche Berufsbezeichnung gewählt wurde.
3. „bis 30 Jahre“: Dies ist eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters.
4. „Berufserfahrung“: Dies könnte eine mittelbare Benachteiligung wegen des Alters sein. Zur Zulässigkeit siehe S. 16.
5. „Sprachkenntnisse“: Dies könnte eine mittelbare Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft sein; siehe hierzu S. 8.
6. „Mobil“: Hier könnte eine mittelbare Benachteiligung wegen des Alters oder der Behinderung vorliegen.
7. „Deutscher Staatsangehöriger“: Dies könnte eine unmittelbare Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft sein.
8. „Junges, dynamisches Team“: Auch dies könnte eine unmittelbare bzw. mittelbare Benachteiligung wegen des Alters oder einer Behinderung sein.
9. „Foto und Lebenslauf“: Siehe hierzu S. 11.

Die kenntlich gemachten Benachteiligungen sind nicht zwangsläufig unzulässig, sondern können nach dem AGG gerechtfertigt sein.

Muster einer diskriminierenden Stellenausschreibung

Müller Gebäudetechnik GmbH & Co. KG
Der kompetente Servicepartner in Musterfeld

Wir sind ein mittelständisches Dienstleistungsunternehmen, das sich auf die Komplettsanierung von Wohnbauten und Kleininstandhaltung spezialisiert hat. Für unseren Kundendienstbereich suchen wir zum nächstmöglichen Zeitpunkt einen engagierten, belastbaren

Sachbearbeiter (bis 30 Jahre)

Ihre Aufgabe umfasst die Auftragsannahme, die Koordinierung der Monteure und die Rechnungsbearbeitung. Mehrjährige Berufserfahrung auf dem Gebiet der Gebäudetechnik setzen wir ebenso voraus wie grundlegende Computerkenntnisse, Sprachkenntnisse in Englisch und Spanisch und technisches Verständnis. Sollten Sie darüber hinaus kontaktfreudig und mobil sowie deutscher Staatsangehöriger sein, freuen wir uns sehr auf Ihre Bewerbung.

Wir bieten eine verantwortungsvolle, zukunftssichere Position mit angemessener Vergütung und ein äußerst angenehmes Betriebsklima in einem jungen, dynamischen Team.

Bitte senden Sie Ihre aussagefähigen Bewerbungsunterlagen mit Foto und Lebenslauf an:

Müller Gebäudetechnik GmbH & Co. KG
Frau Marlies Mustermann
Musterallee 1, 01234 Musterfeld

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

I. Umfang des Benachteiligungsverbots – Diskriminierungsmerkmale und Arten von Benachteiligungen

1. Diskriminierungsmerkmale (§ 1 AGG)

Das AGG enthält acht sog. Diskriminierungsmerkmale, wegen der ein Arbeitnehmer nicht benachteiligt werden darf. Diskriminierungsmerkmale sind:

- Rasse,
- Ethnische Herkunft,
- Geschlecht,
- Religion,
- Weltanschauung,
- Behinderung,
- Alter und
- Sexuelle Identität.

Die einzelnen Merkmale sind wie folgt zu verstehen:

a) *Rasse*

Eine Definition des Begriffs der Rasse ist nicht möglich, weil es keine „Menschenrassen“ gibt. Der Begriff Rasse wird dennoch verwendet, um die Anknüpfung an den Begriff des Rassismus zu verdeutlichen und die Signalwirkung dieses Wortes zu erhalten. Letztendlich soll mit diesem Begriff jede rassistische oder fremdenfeindliche Benachteiligung erfasst werden. Eine solche richtet sich in der Regel gegen Personen, die als fremd wahrgenommen werden, insbesondere wegen ihrer Hautfarbe oder anderer körperlicher Merkmale.

b) *Ethnische Herkunft*

Dieser Begriff umfasst Benachteiligungen aufgrund der Herkunft, der Hautfarbe, der Abstammung, des nationalen Ursprungs oder des Volkstums (im Sinne des ethnischen Ursprungs).

c) *Geschlecht*

Dieses Merkmal verbietet Benachteiligungen, die sich aus der Zugehörigkeit zu dem einen oder anderen Geschlecht ergeben.

d) *Religion*

Unter einer Religion ist der gemeinsame oder persönliche Glaube an das über die direkt erfahrbare Existenz hinausgehende bzw. der Glaube an eine oder mehrere übernatürlichen Wesenheiten (Gottheiten) zu verstehen. Erfasst werden jedenfalls alle anerkannten Religions- und Glaubensgemeinschaften wie Christentum, Judentum, Islam, etc. Bezüglich **Scientology** gibt es differierende Rechtsprechung. Nach dem BAG ist Scientology keine Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft im Sinne von Art. 4 GG¹. Nach der Rechtsprechung

¹ BAG vom 22.3.1995, NZA 1995, S. 823.

des Bundesverwaltungsgerichts kann sich dagegen ein Mitglied von Scientology auf Art. 4 GG berufen.²

e) Weltanschauung

Unter einer Weltanschauung ist ein umfassendes Konzept oder Bild des Universums und der Beziehung zwischen Mensch und Universum zu verstehen. Der Begriff ist also **eng** zu verstehen als eine mit der Person des Menschen verbundene Gewissheit über bestimmte Aussagen zum Weltganzen sowie zur Herkunft und zum Ziel menschlichen Lebens, die auf innerweltliche Bezüge beschränkt ist. **Allgemeine politische Gesinnungen werden nicht erfasst.**

f) Behinderung

Behinderung im Sinne des AGG umfasst jede Behinderung, das Merkmal ist also nicht auf den Begriff der Schwerbehinderung beschränkt. Gem. § 2 Abs. 1 SGB IX sind Menschen behindert, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist. Eine **Krankheit** als solche ist **keine Behinderung**.³ Langzeiterkrankungen können allenfalls dann eine Behinderung sein, wenn zusätzlich die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 SGB IX erfüllt sind.

g) Alter

Dieser Begriff ist im Sinne von **Lebensalter** zu verstehen. Es ist also nicht zwingend an den Begriff „Ältere“ anzuknüpfen. So kann eine Bevorzugung Älterer eine Benachteiligung Jüngerer sein.

h) Sexuelle Identität

Dieses Merkmal schützt Heterosexuelle, Homosexuelle, Bisexuelle, Transsexuelle und zwischengeschlechtliche Menschen. Bedeutung hat dieses Merkmal insbesondere bei Regelungen, die wie zahlreiche Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge an die Begriffe **Ehe, Hochzeit, Ehepartner** o.ä. anknüpfen. Zwar ist in Bezug auf homosexuelle Menschen zu beachten, dass diese eine Lebenspartnerschaft begründen können. Eine Differenzierung zwischen Ehegatten und Lebenspartnern lässt sich aber u.E. nach dem **Zweck der Leistung** rechtfertigen. Will der Arbeitgeber mit den Begriffen „Ehe“ und „Ehepartner“ an die gem. Art. 6 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützte Ehe anknüpfen, ist eine Differenzierung zwischen Ehegatten und Lebenspartnern möglich. Vorteile wegen der Ehe müssen daher hier Lebenspartnern nicht gewährt werden. Steht aber als Leistungszweck die Berücksichtigung von Unterhaltungspflichten im Vordergrund, so ist zu beachten, dass gem. § 5 LPartG (Gesetz über die eingetragene Lebenspartnerschaft) auch Lebenspartner untereinander zum Unterhalt verpflichtet sind. Hier bleibt die Entwicklung in der Rechtsprechung aber abzuwarten.

² BVerwG v. 15.12.2005, NJW 2006, S. 1303.

³ EuGH v. 11.7.2006 – C-13/05.

2. Arten von Benachteiligungen (§ 3 AGG)

a) *Unmittelbare Benachteiligung*

Eine unmittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn eine Person wegen eines geschützten Merkmals eine **weniger günstige** Behandlung erfährt als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Diese Definition setzt also eine **Vergleichsperson** voraus. Dabei wird nicht nur die gleichzeitige, gegenwärtige Ungleichbehandlung als unmittelbare Benachteiligung erfasst, sondern auch die zeitversetzte Ungleichbehandlung („erfahren hat“). Bezugspunkt ist dann hier die verspätet oder vorangegangene Andersbehandlung der Vergleichsperson. Der Arbeitgeber ist somit gehalten, nicht nur seine aktuellen Maßnahmen und Vereinbarungen zu überprüfen, sondern diese mit denen aus der Vergangenheit zu vergleichen und abzustimmen.

Die Ungleichbehandlung muss für den Betroffenen „weniger günstig“ sein. Es muss ein qualitativer Unterschied zulasten des Betroffenen durch die Ungleichbehandlung entstanden sein. Die Vergleichsperson muss in einer vergleichbaren (nicht aber identischen) Situation eine günstigere Behandlung erfahren, erfahren haben oder zukünftig erfahren. Sind zwei Situationen in einem bestimmten Punkt nicht vergleichbar und erfolgt die Benachteiligung gerade aus diesem Grunde (also nicht wegen des Diskriminierungsmerkmals), fehlt der Bezug zu dem Diskriminierungsmerkmal. Unzulässig ist schließlich nur die Benachteiligung wegen eines verbotenen Merkmals. Eine unterschiedliche Behandlung aus anderen Gründen ist zulässig. Einer Benachteiligungsabsicht seitens des Arbeitgebers bedarf es nicht.

Eine unmittelbare Benachteiligung ist nur dann zulässig, wenn sie gesetzlich gerechtfertigt ist.

Sonderfall: Benachteiligung wegen Schwangerschaft und Mutterschaft

Das AGG nimmt in § 3 Abs. 1 Satz 2 die Rechtsprechung des EuGH auf, wonach eine ungünstigere Behandlung einer Frau wegen Schwangerschaft und Mutterschaft eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts ist.⁴

b) *Mittelbare Benachteiligung*

Eine mittelbare Benachteiligung liegt gem. § 3 Abs. 2 AGG vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines Diskriminierungsmerkmals gegenüber anderen Personen **in besonderer Weise** benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.

Bei Prüfung, ob eine mittelbare Benachteiligung vorliegt, ist zuerst festzustellen, ob die scheinbar neutralen Kriterien, Vorschriften oder Verfahren geeignet sind, eine Person wegen eines unzulässigen Diskriminierungsmerkmals in be-

⁴ EuGH v. 8.11.1990, NZA 1991, S. 171.

sonderer Weise gegenüber anderen Personen zu benachteiligen. Darin liegt der offensichtliche Unterschied zu der unmittelbaren Benachteiligung, da bei der mittelbaren Benachteiligung eben nicht explizit an Differenzierungsmerkmale angeknüpft wird, sondern es dem Anschein nach um neutrale Kriterien geht, die aber Personen mit Diskriminierungsmerkmalen in besonderer Weise benachteiligen können. Ein bekannter Anwendungsfall der mittelbaren Benachteiligung ist die **Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten**. Eine Benachteiligung Teilzeitbeschäftigter ist eine **mittelbare Benachteiligung aufgrund des Geschlechts**, weil es sich bei Teilzeitbeschäftigten überwiegend um Frauen handelt.

Ein weiteres neutrales Kriterium mit mittelbarer Benachteiligung könnte das Auswahlkriterium „**Berufserfahrung**“ sein. Eine Auswahl nach diesen Kriterien könnte zugleich eine mittelbare Benachteiligung wegen des Alters sein, da Jüngere in der Regel über weniger Berufserfahrung verfügen als Ältere. Allerdings lässt sich ein solches Anknüpfungskriterium als zulässige unterschiedliche Behandlung rechtfertigen (siehe S. 16).

Die Anforderung bestimmter Sprachkenntnisse, wie z.B. „**gute Kenntnisse der deutschen Sprache**“ kann eine mittelbare Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft sein, soweit es Erfahrungswerte gibt, dass Migranten in der Regel über keine guten Deutschkenntnisse verfügen. Gleiches gilt für Fremdsprachenkenntnisse. Die Notwendigkeit bestimmter Sprachkenntnisse ist zulässig, wenn die Arbeitsleistung dies erfordert.

Mittelbare Benachteiligungen sind auch in Bezug auf die Religion und die Weltanschauung denkbar. Dies trifft z.B. für **Gebetspausen, Feiertage und Kleidungs Vorschriften** zu. Auch hier lassen sich für die Differenzierung sachliche Gründe vorbringen. So werden Unternehmen gläubigen Arbeitnehmern nur dann die dem Glaubensritus notwendigen Gebräuche erlauben müssen, wenn der Produktionsprozess nicht gestört wird. Zu denken ist an das während der Arbeitszeit notwendige **Gebet**. Ist der Arbeitnehmer in den Produktionsprozess eingebunden, wird er in den ihm zur Verfügung gestellten Pausen beten müssen. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn das Unternehmen ohnehin den Mitarbeitern regelmäßig eigenverantwortlich zu nehmende Kurzpausen gewährt. Erlaubt das Unternehmen z. B. kurze Rauchpausen, wird man auch kurze Gebetspausen nicht untersagen dürfen.

Feiertage, die nach bestimmten Glaubensgrundsätzen einzuhalten sind, muss ein deutscher Arbeitgeber dann nicht gewähren, wenn nach dem deutschen Feiertagsrecht diese Tage nicht als Feiertage anerkannt sind. Dies ist keine Frage des Diskriminierungsrechts, vielmehr ist in der Bundesrepublik Deutschland allein der Gesetzgeber dafür zuständig, Feiertage zu definieren, an denen arbeitsfrei ist.

Problematisch sind bestimmte **Kleidungs Vorschriften**. Zu denken ist an die Kopftuchentscheidung des BAG.⁵ Darin hat es das BAG für zulässig erachtet, dass in einer Parfümerieabteilung eines Kaufhauses eine Arbeitnehmerin muslimischen Glaubens ihr Kopftuch tragen darf. In der Zukunft wird man darauf achten müssen, ob das Tragen gewisser religiöser Kleidungsstücke der Aus-

⁵ BAG v. 10.10.2002, NZA 2003, 483.

übung der Tätigkeit im Wege steht. Jedenfalls dann, wenn betriebliche Bedürfnisse existieren, die gegen das Tragen der Kleidungsstücke sprechen, werden Arbeitgeber diese religiösen Symbole verbieten dürfen. Grenzen der geschützten Glaubensausübung bilden daher z.B. **Arbeitsschutznormen**. Immer dann, wenn die Kleidungs Vorschriften mit den Arbeitsschutznormen kollidieren, ist eine Anweisung gerechtfertigt, andere Bekleidungsstücke zu tragen. Als Beispiel ist die Pflicht zu nennen, einen Schutzhelm zu tragen. Als betriebliches Erfordernis könnte darüber hinaus auch die (im Einzelnen darzulegende) Beeinträchtigung wirtschaftlicher Interessen anzuerkennen sein, wie es das BAG in der Kopftuchentscheidung ausgeführt hat. Ob das BAG diese Rechtsprechung unter Geltung des AGG aufrechterhält, bleibt aber abzuwarten.

Eine mittelbare Benachteiligung ist bereits **tatbestandlich ausgeschlossen**, wenn die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels verhältnismäßig sind. Eine sachliche Rechtfertigung liegt dann vor, wenn zwischen der begünstigten und der benachteiligten Gruppe sachliche Unterschiede bestehen, an die die differenzierende Maßnahme anknüpft. Sachlich gerechtfertigt ist eine Differenzierung auch dann, wenn sie auf objektive, für die Arbeit erforderliche Kriterien abstellt, auch wenn diese mittelbar mit einem Diskriminierungsmerkmal zusammenhängen. Daher ist die Anforderung bestimmter **Sprachkenntnisse** oder bestimmter **Berufserfahrung** zulässig, wenn dies für die Arbeit erforderlich ist. Wichtig ist nur, dass sich der Arbeitgeber vergewissert, dass bestimmte Auswahlkriterien überhaupt eine mittelbare Benachteiligung sein können. Sind solche möglichen Benachteiligungen erkannt, sind sie mit dem Anforderungsprofil der Stelle zu vergleichen. Ergibt sich danach, dass die verlangten Kriterien (die als mittelbare Benachteiligung erkannt sind) objektive und für die Arbeit erforderliche Kriterien sind, so ist das Abstellen auf diese Kriterien zulässig.

c) **Belästigung**

Eine Belästigung ist eine Benachteiligung, wenn **unerwünschte Verhaltensweisen**, die mit einem Diskriminierungsmerkmal in Zusammenhang stehen, bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird (§ 3 Abs. 3). Anders als die unmittelbare und die mittelbare Benachteiligung ist die Belästigung aber kein Gleichbehandlungstatbestand, d. h. es bedarf zur Feststellung einer Belästigung **keiner Vergleichsgruppe oder Vergleichsperson**, die anders behandelt wird. Das Unrecht der Belästigung liegt hier in der Belästigung selbst. Eine Belästigung liegt dann vor, wenn das Verhalten unerwünscht ist. Dabei reicht es aus, dass der Handelnde aus Sicht eines objektiven Dritten davon ausgehen kann, dass sein Verhalten unter den gegebenen Umständen von dem Betroffenen nicht erwünscht ist oder auch nicht akzeptiert wird. Die Unerwünschtheit des Verhaltens muss nicht bereits zuvor ausdrücklich zum Ausdruck worden gebracht sein.

Belästigendes Verhalten kann sowohl in **verbaler** als auch in **nonverbaler** Form erfolgen. Die Gesetzesbegründung erwähnt hierfür beispielhaft Verleumdungen, Beleidigungen und abwertende Äußerungen, Anfeindungen, Drohungen und körperliche Übergriffe.

Das unerwünschte Verhalten muss mit einem Diskriminierungsmerkmal in Zusammenhang stehen, wobei der Begriff des Zusammenhangs weit gefasst ist.

Die unerwünschte Verhaltensweise muss **bezwecken** oder **bewirken**, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird. Eine Verletzung der Würde wird bewirkt, wenn das Verhalten der Grund für die Verletzung ist. Hier muss also eine Verletzung der Würde auch tatsächlich eingetreten sein. Eine bezweckte Verletzung der Würde meint ein zielgerichtetes Handeln. Nach der Gesetzesbegründung soll es dann nicht darauf ankommen, ob die Verletzung tatsächlich eintritt. Lässt sich also nachweisen, dass der Handelnde eine Verletzung der Würde des Betroffenen erreichen wollte (dieser Nachweis dürfe aber i.d.R. nicht zu führen sein), ist nicht Voraussetzung, dass eine Verletzung der Würde eingetreten ist, hier reicht die bloße Handlung.

Geringfügige Eingriffe stellen jedoch **keine Belästigung** im Sinne des AGG dar.

Weiteres **zusätzliches Merkmal** einer Belästigung ist, dass ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen und Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird (sog. „**feindliches Umfeld**“). Ein solches Umfeld ergibt sich nicht bereits daraus, dass es zu einzelnen unerwünschten Verhaltensweisen kommt. Die vereinzelt gebliebene Auseinandersetzung zwischen Kollegen oder zwischen Vorgesetzten und Mitarbeitern ist dann noch keine Belästigung, ähnlich wie dies auch beim Mobbing der Fall ist.

d) Sexuelle Belästigung

Der Schutz vor sexueller Belästigung war schon bisher im **Beschäftigtenschutzgesetz** geregelt. Diese Bestimmung nimmt das AGG in § 3 Abs. 4 auf. Im Gegenzug wird das Beschäftigtenschutzgesetz aufgehoben.

Eine sexuelle Belästigung ist eine Benachteiligung, 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. Hierzu zählen erst recht sexuelle Handlungen und Verhaltensweisen, die strafbar sind.

Die Schaffung eines feindlichen Umfeldes ist nur eine Möglichkeit für eine sexuelle Belästigung („**insbesondere**“). Auch eine **einmalige Handlung** kann den Tatbestand der sexuellen Belästigung erfüllen.

e) Anweisung zur Benachteiligung

Die Anweisung zur Benachteiligung gilt nach dem AGG als Benachteiligung. Eine Benachteiligung liegt demnach insbesondere dann vor, wenn jemand eine Person zu einem Verhalten bestimmt, das einen Beschäftigten oder eine Beschäftigte wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt oder benachtei-

ligen kann. Die Anweisung zur Benachteiligung muss **vorsätzlich** erfolgen, der Anweisende muss also wissen und wollen, dass der Angewiesene die Handlung ausführt. Es kommt aber dann nicht darauf an, dass der Angewiesene die Benachteiligung infolge der Anweisung tatsächlich ausführt.

Allein die Anweisung ist ausreichend für das Vorliegen einer Benachteiligung durch den Arbeitgeber, da die Zulässigkeit der Anweisung nicht davon abhängig gemacht werden kann, ob der Angewiesene der Anweisung Folge leistet oder nicht. Allerdings wird es dann, wenn der Angewiesene die Benachteiligung nicht ausführt, an einem ersatzfähigen Schaden fehlen.

II. Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich des AGG

1. Sachlicher Anwendungsbereich (§ 2 AGG)

Das AGG erfasst aus arbeitsrechtlicher Sicht folgende wesentliche Bereiche:

- Begründung des Arbeitsverhältnisses (§ 2 Nr. 1 1. Halbsatz),
- Beruflicher Aufstieg (§ 2 Nr. 1 2. Halbsatz),
- Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen (§ 2 Nr. 2) sowie
- Berufsbildung und -ausbildung (§ 2 Nr. 3).

Begründung des Arbeitsverhältnisses

Im Bereich der Begründung des Arbeitsverhältnisses sind die Bereiche **Bewerbung, Auswahl und Einstellung** erfasst.

Bei der Anforderung von **Bewerbungsunterlagen** ist Vorsicht geboten. Es ist nicht auszuschließen, dass die gängige Praxis, ein **Foto** und einen **Lebenslauf** für die Bewerbungsunterlagen zu verlangen, als Indiz für eine unzulässige Benachteiligung angesehen wird, da aus dem Lebenslauf und dem Foto bestimmte persönliche Merkmale (Geschlecht, Alter, Ethnische Herkunft etc.) ersichtlich sind. Ob die Rechtsprechung diese Indizwirkung annimmt, kann derzeit nicht beurteilt werden, zumal es ständiger Gepflogenheit entspricht, dass Bewerber selbst dann einen Lebenslauf nebst Foto übersenden, wenn dies nicht ausdrücklich in der Stellenannonnce gefordert wird.

Ferner wird das **Fragerecht** des Arbeitgebers gegenüber dem Bewerber eingeschränkt: In Bezug auf ein Diskriminierungsmerkmal darf der Arbeitgeber nur dann Auskunft verlangen, wenn es sich um eine, bezogen auf die konkrete Tätigkeit, gerechtfertigte Differenzierung handelt. Einschränkungen des Fragerechts sind bzgl. des Merkmals „Geschlecht“ bekannt. So war im Hinblick auf § 611a BGB anerkannt, dass die **Frage nach einer bestehenden oder geplanten Schwangerschaft** unzulässig ist.⁶

Bei der **Frage nach einer Behinderung bzw. Schwerbehinderung** ist nach bisheriger Rechtsprechung des BAG wie folgt zu unterscheiden: Die **Frage nach einer Behinderung** ist (nur) dann zulässig, wenn die Behinderung erfahrungsgemäß die Eignung des Stellenbewerbers für die vorgesehene Tätigkeit

⁶ BAG v. 6.2.2003, NZA 2003, 848.

beeinträchtigt.⁷ Dagegen ist die **Frage nach einer Schwerbehinderung** uneingeschränkt zulässig.⁸ Nach dem BAG ist hier zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber bestimmte Pflichten bezüglich schwerbehinderter Menschen hat. So trifft den Arbeitgeber z.B. die Pflicht zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen (§ 71 SGB IX), außerdem hat der Arbeitgeber die Pflicht zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen besetzt werden können (§ 81 Abs. 1 SGB IX). Die Erfüllung dieser Pflichten wäre unmöglich, wenn nicht nach der Schwerbehinderteneigenschaft gefragt werden dürfte. Diese Argumente treffen u.E. auch weiterhin zu. Allerdings bleibt abzuwarten, ob das BAG hier an seiner Rechtsprechung festhält.

Generell gilt, dass Fragen nach persönlichen Merkmalen, die in den Bereich des Diskriminierungsschutzes fallen, nur dann gestellt werden sollten, wenn eine Differenzierung (z.B. bei der Einstellung) gerechtfertigt ist. Denn die Frage könnte als belastendes Indiz für eine Benachteiligung herangezogen werden.

Für die Nachweisbarkeit der diskriminierungsfreien Auswahlentscheidung ist zukünftig sorgfältig der Auswahlprozess zu dokumentieren, um ggf. nachweisen zu können, dass die Auswahl benachteiligungsfrei vorgenommen wurde bzw. ein zulässiger Fall der Differenzierung vorlag. Der Arbeitgeber muss sich dabei im Rahmen des für das Auswahlverfahren definierten Anforderungsprofils halten. Bei der Erstellung von **Anforderungsprofilen, Stellenbeschreibungen oder Funktionsbeschreibungen** hat der Betriebsrat **kein Mitbestimmungsrecht**.⁹

Beruflicher Aufstieg

Auch beim beruflichen Aufstieg (Beförderungen) ist künftig das Benachteiligungsverbot zu beachten. Ebenso wie Bewerbungsverfahren sind damit Entscheidungen über Beförderungen zukünftig detailliert zu dokumentieren. Dabei ist zu beachten, dass der Schadensersatzanspruch gem. § 15 nicht begrenzt ist und bei einer benachteiligenden Beförderungsentcheidung erhebliche Größenordnungen erreichen kann, z.B. als Differenzschaden zwischen aktuellem Entgelt und Entgelt der Beförderungsstelle.

Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen

Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen müssen grundsätzlich frei von Benachteiligungen sein. Erfasst sind individual- und kollektivrechtliche Vereinbarungen und Maßnahmen bei der Durchführung und Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses und beim beruflichen Aufstieg. Anders als der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz berührt dieses Benachteiligungsverbot also auch den Bereich der Individualvereinbarungen und individuellen Maßnahmen, ohne dass es eines kollektiven Bezugs bedarf. Erfasst sind ferner die nachwirkenden Folgen eines beendeten Beschäftigungsverhältnisses.

⁷ BAG v. 5.10.1995, NZA 1996, 371.

⁸ BAG v. 5.10.1995, NZA 1996, 371.

⁹ BAG v. 27.10.1992, NZA 1993, 607.

Der Begriff der Vereinbarung umfasst alle Rechtsgeschäfte (z.B. Vertragsabschluss, -änderung, -beendigung, Betriebliche Übung, Gesamtzusagen), aber auch Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge. Mit Maßnahmen ist jedes tatsächliche Arbeitgeberverhalten gemeint, wie z. B. die Ausübung des Direktionsrechts oder die Erteilung einer Abmahnung. Arbeitsbedingungen sind solche, die im Arbeitsverhältnis enthalten oder vom Arbeitgeber im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses anzuwenden sind, Leistungen die notwendig mit einem Arbeitsverhältnis verbunden sind, sowie sonstige Rahmenbedingungen, soweit sie rechtlich beeinflussbar sind.

Von § 2 ebenfalls erfasst sind Entlassungsbedingungen. Die Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses muss dabei nicht im Wege einer Kündigung erfolgen, erfasst sind auch Aufhebungsverträge, Anfechtung und Nichtigkeit eines Arbeitsverhältnisses.

Berufsausbildung

Ziffer 3 erfasst den Zugang zu allen Formen und allen Ebenen der Berufsausbildung, der beruflichen Weiterbildung und der Umschulung einschließlich der praktischen Berufserfahrung.

Ausnahmen für die betriebliche Altersversorgung und für Kündigungen

Ausgenommen vom Anwendungsbereich des AGG ist die betriebliche Altersversorgung. Ebenfalls vom Anwendungsbereich des AGG ausgenommen sind Kündigungen. Für diese sollen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz gelten. Allgemeiner Kündigungsschutz und besonderer Kündigungsschutz i.d.S. sind die Vorschriften des BGB sowie sämtliche andere Bestimmungen zum Kündigungsschutz (z.B. KSchG, MuSchG, BErzGG, BDSG). Das AGG ist aber an dieser Stelle widersprüchlich. Denn es enthält in § 10 Nr. 6 Sonderbestimmungen für die Berücksichtigung des Alters bei der Sozialauswahl. Es ist anzunehmen, dass die Rechtsprechung die Wertungen des § 10 Nr. 6 bei einer Prüfung der Sozialauswahl im Rahmen des § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG mit einfließen lässt. Eine materielle Änderung wird damit aber wohl nicht verbunden sein. Der Arbeitgeber kann auch zukünftig von einem Schema ausgehen, dass das Merkmal „Alter“ berücksichtigt.

2. Persönlicher Anwendungsbereich (§ 6 AGG)

Der persönliche Anwendungsbereich des AGG erstreckt sich auf Beschäftigte. Beschäftigte sind **Arbeitnehmer** und **Auszubildende**. Als Beschäftigte gelten auch die **Bewerber** für ein Beschäftigungsverhältnis und **ausgeschiedene Mitarbeiter** und **arbeitnehmerähnliche Personen**. Arbeitnehmerähnliche Person ist, wer wirtschaftlich abhängig und vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig ist, weil er aufgrund eines Dienst- oder Werkvertrages überwiegend für eine Person tätig ist und die geschuldete Leistung persönlich und im Wesentlichen ohne Mitarbeit von Arbeitnehmern erbringt.

Hinsichtlich der Definition des „**Bewerbers**“ kann sich an der zu § 611a BGB ergangenen Rechtsprechung orientiert werden.¹⁰ Nur derjenige der sich **ernsthaft** bewirbt und **objektiv** für eine Anstellung in Betracht kommt, ist Bewerber im Sinne dieses Gesetzes. „Bewerbernomaden“ die es allein auf Schadensersatz und Entschädigung abgesehen haben, können so ausgeschlossen werden.

Bei einer **Arbeitnehmerüberlassung** gilt neben dem Verleiher auch der Entleiher als Arbeitgeber des Beschäftigten. Dies beruht darauf, dass das Weisungsrecht gegenüber dem entliehenen Arbeitnehmer vom Verleiher auf den Entleiher übertragen wird.

Gemäß § 6 Abs. 3 gelten die arbeitsrechtlichen Vorschriften auch für **Selbstständige** und **Organmitglieder**, insbesondere Geschäftsführer und Vorstände entsprechend. Allerdings ist der Anwendungsbereich zugleich beschränkt auf die Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit sowie den beruflichen Aufstieg. Im Übrigen unterliegen derartige Vertragsverhältnisse keiner Kontrolle nach den arbeitsrechtlichen Vorschriften des AGG. Selbstständige im Sinne dieser Vorschrift sind z.B. **freie Mitarbeiter** und **Werkvertragsunternehmer**.

Wegen des beschränkten Anwendungsbereichs wird es bei der Kündigung des Vertrages eines freien Mitarbeiters also nicht darauf ankommen, ob hierin eine Benachteiligung wegen eines der Merkmale des § 1 liegt. Ebenso wenig wird ein freier Mitarbeiter mit dem Argument der Benachteiligung gegenüber anderen freien Mitarbeitern oder Arbeitnehmern des Auftraggebers eine höhere Vergütung fordern können. Auch der „berufliche Aufstieg“ dürfte bei Selbstständigen kaum eine Rolle spielen, wohl aber der „Zugang zur Erwerbstätigkeit“, also die Ausschreibung von Tätigkeiten für Selbstständige. Hinsichtlich der Organmitglieder (insbesondere Geschäftsführer) gilt das Gleiche.

III. Zulässige Benachteiligungen

Wie bereits angesprochen, bedeutet das Vorliegen einer Benachteiligung nicht zwingend, dass es sich um ein unzulässiges Verhalten bzw. um unzulässige Kriterien handelt. Das AGG sieht eine Reihe von Rechtfertigungsgründen für Benachteiligungen vor. Bei der mittelbaren Benachteiligung wurde schon darauf hingewiesen, dass diese tatbestandlich bereits ausgeschlossen ist, wenn sie durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt sind, es sich also um objektive, für die Arbeit erforderliche Kriterien handelt. Eine Rechtfertigung der sexuellen Belästigung scheidet naturgemäß aus. Im Folgenden werden die einzelnen gesetzlichen Rechtfertigungsgründe erläutert.

1. Zulässige Benachteiligung wegen beruflicher Anforderungen (§ 8 AGG)

Eine unterschiedliche Behandlung wegen eines Diskriminierungsmerkmals ist zulässig, wenn dieses Merkmal wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist. Ob eine Ungleichbehandlung durch eine wesentliche und ent-

¹⁰ BAG v. 12.11.1998 – 8 AZR 365/97, NZA 1999, 371.

scheidende berufliche Anforderung gerechtfertigt ist, wird im Rahmen einer Einzelfallprüfung entschieden werden. Der Arbeitgeber muss dabei berücksichtigen, dass er ggf. dem Arbeitsgericht belegen muss, inwieweit aufgrund des Anforderungsprofils der Stelle die Voraussetzungen des § 8 AGG vorliegen. Die Zulässigkeit einer Benachteiligung wegen des Lebensalters wird gesondert in § 10 AGG geregelt (siehe hierzu gleich unter 2.).

Beispielsfälle für zulässige Benachteiligungen:

Eine Ungleichbehandlung behinderter Menschen ist möglich, wenn das Fehlen der Behinderung eine entscheidende Voraussetzung für die Ausübung der Tätigkeit ist. Der Mehraufwand des Arbeitgebers, der sich in administrativer Hinsicht bei der Einstellung eines behinderten Menschen ergibt, kann hier nicht ausschlaggebend sein. Es kommt allein auf die objektive Eignung des Bewerbers für die angestrebte Position an. Liegt eine körperliche Behinderung vor, ist daher zu prüfen, ob diese der Ausübung der Tätigkeit entgegensteht. Bei **schwerbehinderten** Menschen kann sich der Arbeitgeber darauf berufen, dass die **behinderungsgerechte Umgestaltung des Arbeitsplatzes** unzumutbar oder mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden ist (§ 81 Abs. 4 Satz 3 SGB IX). Da es mithilfe technischer Hilfsmittel möglich ist, bestimmte körperliche Defizite auszugleichen, ist bei der Ablehnung eines Bewerbers wegen seiner Behinderung Vorsicht geboten. Fälle, in denen eine Benachteiligung wegen der Behinderung ganz klar zulässig ist, sind eher theoretischer Natur (Blinder Kraftfahrer/ tauber Toningenieur).

Das Gesetz setzt der Zulässigkeit der Benachteiligung im Vergütungsbereich enge Grenzen. Die Vereinbarung einer geringeren Vergütung für **gleiche** oder **gleichwertige Arbeit** wegen eines Diskriminierungsmerkmals ist nicht dadurch gerechtfertigt, dass wegen eines solchen Diskriminierungsmerkmals besondere Schutzvorschriften gelten (§ 8 Abs. 2 AGG). Die Vereinbarung einer geringeren Vergütung für einen behinderten Menschen wird also nicht dadurch legitimiert, dass für den behinderten Menschen besondere Schutzvorschriften gelten, die seine Arbeitskosten im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern verteuern. Das AGG greift insoweit eine aus dem BGB (§ 612 Abs. 3) bekannte Vorschrift auf, wonach schon bisher wegen des Geschlechts des Arbeitnehmers keine geringere Vergütung für gleiche oder gleichwertige Arbeit vereinbart werden konnte.

Zulässig sind auch Unterscheidungen aufgrund der Regelungen des deutschen **Asyl- und Ausländerrechts**, auch wenn sie eine mittelbare Benachteiligung wegen der **ethnischen Herkunft** bedingen. Eine Ablehnung eines Bewerbers aus einem Drittstaat wegen fehlender, aber erforderlicher **Arbeitserlaubnis** ist daher zulässig. Auch **Auslandseinsätze** können eine bestimmte **Staatsangehörigkeit** (die ggf. eine mittelbare Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft sein kann) bedingen. Wenn es rechtlich oder tatsächlich nicht möglich ist, einen Mitarbeiter bestimmter Staatsangehörigkeit auf einer Stelle im Ausland einzusetzen, kann auch nach dieser Staatsangehörigkeit im Bewerbungsverfahren gefragt werden und eine entsprechende Unterscheidung der Bewerber vorgenommen werden.

2. Zulässige Benachteiligung wegen des Alters (§ 10 AGG)

Einen Sonderfall trifft die Ungleichbehandlung wegen des Alters. Das AGG enthält hierzu in seinem § 10 eine **Reihe von Rechtfertigungsgründen** für eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters. Eine solche Ungleichbehandlung wegen des Alters ist danach zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Dabei müssen die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sein.

a) *Höchst- bzw. Mindestalter bei der Einstellung*

Das AGG erlaubt in § 10 Nr. 3 die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung aufgrund der spezifischen Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes oder aufgrund der Notwendigkeit einer **angemessenen Beschäftigungszeit** für den Eintritt in den Ruhestand. Dieser Fallgruppe liegt die Überlegung zugrunde, dass bei älteren Beschäftigten, deren Rentenalter bereits absehbar ist, einer aufwändigen Einarbeitung am Arbeitsplatz eine betriebswirtschaftlich sinnvolle Minstdauer einer produktiven Arbeitsleistung gegenüberstehen muss.

Außerdem sind **Höchstaltersgrenzen** dann zulässig, wenn beispielsweise die körperliche Belastbarkeit wesentlicher Bestandteil des Berufes ist (Fluglotsen, Feuerwehrleute, Piloten, etc.). Da mit zunehmendem Alter die körperliche Belastbarkeit sinkt, kann dem im Rahmen der Arbeitsbedingungen Rechnung getragen werden.

Außerhalb dieser Sonderfälle wird es zukünftig problematisch sein, bei der Einstellung aufgrund eines bestimmten Alters zu differenzieren. Insbesondere die in Stellenannoncen häufig zu findenden Altersangaben sollten vermieden werden, auch wenn ggf. das Alter beim Auswahlprozess eine Rolle spielt.

b) *Gestaffelte Entlohnung nach dem Alter*

§ 10 Nr. 2 erlaubt die Festlegung von Mindestanforderungen an das Alter, die Berufserfahrung oder das Dienstalter für bestimmte – mit der Beschäftigung verbundene – **Vorteile**. Diese Fallgruppe betrifft insbesondere Entgeltfragen, also die differenzierte Vergütung nach Altersstufen bzw. Jahren der Berufserfahrung.

Dem Arbeitgeber soll es zwar weiterhin möglich sein, Jahre der **Berufserfahrung** mit Geldvorteilen zu honorieren (hierzu gleich). Eine alleinige Staffelung der Entlohnung nach dem **Alter** ist allerdings problematisch. Klassische Altersstufen waren bisher aus dem öffentlichen Dienst (Regelungen im BAT) bekannt. Solche Lebensaltersstufenregelungen werden nicht dadurch gerechtfertigt, dass mit ansteigendem Alter auch die Berufs- und Lebenserfahrung steigt. Die **Berufserfahrung** kann zwar ein **legitimes Ziel** für eine steigende Vergütung sein. Dann muss aber eben auch an die Berufserfahrung, und nicht an das Lebensalter angeknüpft werden. Die mit dem Alter einhergehende **Lebenserfahrung** ist auch nicht als Rechtfertigungskriterium geeignet, da eine berufsspezifische Anknüpfung fehlt. Darüber hinaus ist es schwierig, Lebenserfahrung anhand fester Altersstufen festzumachen.

Eine gestaffelte Entlohnung nach **Berufserfahrung** ist möglich, aber ebenfalls rechtfertigungsbedürftig. Denn in der Anknüpfung an die Berufserfahrung kann eine mittelbare Diskriminierung wegen des Alters liegen. Dies setzt einer Berücksichtigung der Berufserfahrung Grenzen. Eine Anknüpfung wird wohl nur dann zulässig sein, wenn mit steigender Berufserfahrung auch eine steigende Qualifikation bzw. Produktivität einhergeht. Es muss also bei einer Anknüpfung an die Berufserfahrung ggf. vom Arbeitgeber nachgewiesen werden können, dass die Qualität der Arbeit steigt. Bei einfachen Tätigkeiten wird es nur einen kurzen Zeitraum in Anspruch nehmen, bis der Arbeitnehmer die optimale Qualität erbringt. Bei komplizierten Tätigkeiten können dagegen auch längere Zeiträume in Frage kommen.

c) *Befristung des Arbeitsvertrages auf den Zeitpunkt des Erreichens der Regelaltersgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung*

§ 10 Nr. 5 gestattet es weiterhin, dass Arbeitgeber Arbeitsverträge auf den Zeitpunkt, zu dem der Beschäftigte eine Rente wegen Alters beantragen kann, befristen können. Das Gesetz meint hier wohl den Zeitpunkt der Inanspruchnahme einer ungekürzten Altersrente, weil dann der Arbeitnehmer wirtschaftlich abgesichert ist. Unberührt hiervon bleibt **§ 41 SGB VI**, wonach die Befristung des Arbeitsvertrages auf einen Zeitpunkt, zu dem der Arbeitnehmer vor Vollendung des 65. Lebensjahres eine Rente wegen Alters beantragen kann, zulässig ist, wenn diese Vereinbarung innerhalb der letzten drei Jahre vor diesem Zeitpunkt abgeschlossen oder vom Arbeitnehmer bestätigt worden ist.

Neben diesem Fall der zulässigen Befristung wegen Erreichen eines bestimmten Lebensalters wird es auch weiterhin die bereits in der Rechtsprechung anerkannten Fälle der Befristung auf ein bestimmtes Lebensalter geben. Altersgrenzen, die sachlich gerechtfertigt sind (**Piloten**), sind nach wie vor zulässig.¹¹

d) *Berücksichtigung des Alters als Sozialauswahlkriterium*

§ 10 Nr. 6 erlaubt die Berücksichtigung des Alters bei der Sozialauswahl anlässlich einer betriebsbedingten Kündigung, 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 erlaubt es u.E. daher, bei einer betriebsbedingten Kündigung wie bisher zu verfahren.

e) *Tariflicher Sonderkündigungsschutz Äterer*

Viele Tarifverträge sehen vor, dass Mitarbeiter ab einem bestimmten Lebensalter und mit einer bestimmten Anzahl von Betriebszugehörigkeitsjahren ordentlich nicht mehr gekündigt werden können. Dies ist offensichtlich eine Diskriminierung jüngerer Arbeitnehmer. Der Gesetzgeber wollte jedoch an dem beschäftigungspolitischen Ziel des Erhalts von Arbeitsverträgen Äterer festhalten. Deshalb hat er in § 10 Nr. 7 eine Privilegierung dieser Arbeitnehmergruppe ins Gesetz mit aufgenommen. Der tarifliche Sonderkündigungsschutz bleibt dann

¹¹ BAG v. 11.3.1998, NZA 1998, S. 715.

zulässig, sofern keine grobe Unbilligkeit entsteht. Dies bedeutet im Ergebnis wie bei der Berücksichtigung des Lebensalters im Rahmen der Sozialauswahl, dass eine **hypothetische Sozialauswahl** durchgeführt werden muss. In diese sind dann auch zunächst die Arbeitnehmer, die tariflich besonders geschützt sind, mit einzubeziehen. Eine Überprüfung auf grobe Unbilligkeit hat dann im Anschluss zu erfolgen. In diesem Bereich gilt dann ganz besonders, dass die Entwicklung der Rechtsprechung abzuwarten ist. Es ist derzeit nicht klar, wann eine grobe Unbilligkeit bei der Gewährung eines besonderen Kündigungsschutzes angenommen werden wird.

f) **Gestaffelte Sozialplanabfindungen nach Lebensalter**

Das AGG ermöglicht auch weiterhin die Altersdifferenzierung in Sozialplänen. Nach § 10 Nr. 8 sind Differenzierungen von Leistungen in Sozialplänen im Sinne des BetrVG zulässig, wenn die Parteien eine nach **Alter oder Betriebszugehörigkeit** gestaffelte Abfindungsregelung geschaffen haben, in der die wesentlich vom Alter abhängenden **Chancen auf dem Arbeitsmarkt** durch eine verhältnismäßig starke Betonung des Lebensalters erkennbar berücksichtigt worden sind, oder Beschäftigte von den Leistungen des Sozialplans ausgeschlossen sind, die **wirtschaftlich abgesichert** sind, weil sie, ggf. nach Bezug von Arbeitslosengeld, rentenberechtigt sind. Der Gesetzgeber wollte also die bisherige Praxis bei der Berechnung von Sozialplanabfindungen beibehalten.

3. **Positive Maßnahmen (§ 5 AGG)**

Positive Maßnahmen sind Unterscheidungen, die zum **Ausgleich** für eine bestehende Ungleichbehandlung vorgenommen werden oder die zur **Verhinderung** von Ungleichbehandlungen dienen. Bekanntes Beispiel sind die insbesondere im Öffentlichen Dienst bestehenden **Quotenregelungen**. Positive Maßnahmen dürfen aber **keine schematische Bevorzugung** enthalten, also z.B. keine starren Quoten, sondern müssen stets auch die persönlichen Qualifikationen des Bewerbers berücksichtigen.¹² Diese zur Geschlechterbenachteiligung ergangene Rechtsprechung kann auch auf die anderen Diskriminierungsmerkmale übertragen werden.

IV. **Pflichten des Arbeitgebers**

1. **Pflicht zur neutralen Stellenausschreibung (§ 11 AGG)**

§ 11 AGG dehnt das schon bisher aus § 611b BGB bekannte Gebot der geschlechtsneutralen Stellenausschreibung auf alle Diskriminierungsmerkmale aus. Stellenausschreibungen sind strikt neutral zu formulieren, es sei denn, es liegt ein Fall der zulässigen Differenzierung vor. In Fällen, in denen die Tätigkeitsbezeichnung dazu führt, dass die **geschlechtsneutrale Ausschreibung** nicht eindeutig ist, sollte klarstellend ein Zusatz „(m/w)“ verwendet werden.

Bei Stellenausschreibungen ist zukünftig sehr sorgfältig vorzugehen. Denn eine **benachteiligende Stellenausschreibung** kann als **Indiz** für eine Benachteiligung

¹² EuGH v. 11.11.1997, NZA 1997, 1337.

gung gewertet werden¹³ und im Rahmen von § 22 zu einer **Beweiserleichterung** führen.

Vor der Formulierung einer Stellenausschreibung muss daher das **Stellenprofil** auf eventuelle Überschneidungen mit dem AGG überprüft werden. Problematisch ist daher z.B. die bekannte Formulierung: „Mitarbeiter für ein junges dynamisches Team gesucht“. Aus dieser Beschreibung könnte geschlussfolgert werden, dass der Bewerber ebenfalls „jung“ sein sollte. Auch die Anforderung, der Bewerber müsse „mobil“ sein, weist Berührungspunkte mit dem Kriterium Alter auf, da Ältere mglw. nicht so mobil sind wie Jüngere. Selbstverständlich kann ein bestimmtes Alter als Unterscheidungskriterium gerechtfertigt sein (siehe z.B. §§ 5, 8 und 10). Dies gilt insbesondere für die Voraussetzung eines bestimmten Alters als Einstellungskriterium.

Der deutschen Rechtstradition entsprechend, kann weiterhin die Übersendung der „vollständigen“ Bewerberunterlagen verlangt werden. Es ist Sache des Bewerbers, wie er diese Aufforderung versteht. Gibt der Bewerber in dem übersandten Lebenslauf sein **Geburtsdatum**, den **Geburtsort**, die **Staatsangehörigkeit** und den **Familienstand** an und übersendet ein **Foto**, so ist dies unschädlich. Der Arbeitgeber muss nicht dafür Sorge tragen, dass ihm Bewerber keine Mitteilungen über bestimmte persönliche Umstände machen, die vom Schutzbereich des AGG umfasst sind. Insofern ist zwischen **gezieltem Fragen** und **unaufgefordertem Mitteilen** zu unterscheiden.

2. Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung und Schulung (§ 12 AGG)

§ 12 AGG legt als Generalklausel die Verpflichtung des Arbeitgebers fest, die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen zu treffen. Der Arbeitgeber soll dabei auch **präventiv** tätig werden und nicht erst nach erfolgter Benachteiligung zum Handeln gezwungen sein. Was der Arbeitgeber konkret tun muss, lässt das Gesetz zwar offen. Im Zusammenspiel mit Absatz 2 wird aber deutlich, dass der Arbeitgeber zumindest eine **Information bzw. Schulung** über das AGG durchführen sollte.

Hat der Arbeitgeber in geeigneter Art und Weise, insbesondere im Rahmen der beruflichen Aus- und Fortbildung auf die Unzulässigkeit von Benachteiligungen hingewiesen und seine Beschäftigten in geeigneter Weise zum Zwecke der Verhinderung von Benachteiligungen geschult, hat er die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen getroffen. Der Begriff der „**Schulung**“ ist nicht näher definiert. Daher muss **jede Art von Wissensvermittlung** über das AGG ausreichen. Je nach den betrieblichen Erfordernissen kann sich auch E-Learning oder schriftliches Informationsmaterial zum Selbststudium empfehlen. Denkbar ist auch, dass der Arbeitgeber bei der nächsten Betriebsversammlung über das Gesetz informiert (§ 43 Abs. 2 S. 2 BetrVG gibt dem Arbeitgeber bei Betriebsversammlungen ein Rederecht). Der Arbeitgeber sollte aber aus Gründen der Beweisbarkeit darauf achten, dass die Teilnahme der Beschäftigten an der Schulung nachvollziehbar dokumentiert wird (Teilnehmerlisten).

¹³ BAG v. 5.2.2004, NZA 2004, 540.

Dies erscheint im Rahmen präventiven Handelns auch zunächst als einzig sinnvolle Maßnahme. Eine Übertragung der aus dem amerikanischen Rechtsraum bekannten Handlungsmaximen für den Umgang von Beschäftigten miteinander kommt allenfalls bedingt in Frage, zumal die bisher bekannten **Ethikrichtlinien** nicht nur mitbestimmungsrechtlich problematisch sind, sondern auch unzulässig in das Persönlichkeitsrecht eingreifen.¹⁴ Sinnvoll kann es dagegen sein, eine allgemeine Regelung (z.B. durch Betriebsvereinbarung) zum fairen Umgang miteinander zu treffen.¹⁵ Kommt es trotzdem zu einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot, muss der Arbeitgeber die im Einzelfall gebotenen Maßnahmen ergreifen.

Verstößt ein Beschäftigter gegen das Benachteiligungsverbot, so muss der Arbeitgeber handeln. Voraussetzung ist natürlich, dass der Arbeitgeber vom Verstoß Kenntnis erlangt. Das Gesetz beschreibt die in Betracht kommenden arbeitsrechtlichen Sanktionen. In Betracht kommen insbesondere Abmahnung, Versetzung oder Kündigung.

Das AGG verlangt vom Arbeitgeber auch, dass er seine Beschäftigten vor Benachteiligungen durch Dritte schützt. Der Arbeitgeber soll in einem solchen Fall die geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zum Schutz der Beschäftigten ergreifen. Hier ist zu beachten, dass die Verpflichtung des Arbeitgebers nur soweit gehen kann, wie es ihm rechtlich und tatsächlich möglich ist zu handeln. Es kann vom Arbeitgeber nicht verlangt werden, nur wegen des Schutzes seiner Beschäftigten einen existenzbedrohenden Kundenverlust hinzunehmen. Andererseits ist der Arbeitgeber schon aufgrund seiner Fürsorgepflicht gehalten, sich bei Benachteiligungen schützend vor seine Beschäftigten zu stellen. Letztlich kommt es auf die Interessenabwägung und die Verhältnismäßigkeit im Einzelnen an.

Da auch der **Entleiher** gem. § 6 Abs. 2 S. 2 als **Arbeitgeber** der überlassenen Leiharbeitnehmer gilt, sollte er sich im **Arbeitnehmerüberlassungsvertrag** vom Verleiher zusichern lassen, dass der **Verleiher** seiner **Schulungspflicht** nach dem AGG nachgekommen ist. Weiterhin sollte vereinbart werden, dass der Verleiher für Schäden, die wegen eines Verstoßes der Leiharbeitnehmer gegen das Benachteiligungsverbot entstehen, haftet.

3. Bekanntgabe des AGG sowie von § 61b Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) und Benennung einer Beschwerdestelle

Der Arbeitgeber muss gem. § 12 Abs. 5 AGG den Wortlaut des AGG und des § 61b ArbGG bekannt machen. Die Bekanntmachung kann durch Aushang oder Auslegung an geeigneter Stelle oder den Einsatz der im Betrieb üblichen Informations- und Kommunikationstechnik erfolgen. Weiterhin hat der Arbeitgeber die Beschäftigten darüber zu informieren, welche Stelle im Betrieb für die Behandlung von Beschwerden von Beschäftigten, die sich benachteiligt fühlen, zuständig ist. **Das Gesetz verlangt nicht, dass der Arbeitgeber eigens eine neue Beschwerdestelle einrichtet.** Begehrlichkeiten nach Schaffung eines Postens als „Gleichbehandlungsbeauftragter/ Antidiskriminierungsbeauftragter“ sollte nicht nachgegeben werden. Vorhandene Beschwerdestellen genügen den gesetzlichen Erfordernissen völlig. Der Arbeitgeber kann also bestimmen,

¹⁴ z.B. Ethikrichtlinie von Wal-Mart, LAG Düsseldorf v. 14.11.2005, DB 2006, 162.

¹⁵ Siehe beispielhaft den am Schluss angefügten „Musterverhaltenskodex“.

dass eine bestehende Beschwerdestelle nun auch für Beschwerden nach dem AGG zuständig ist. Auch die **Personalabteilung** kann als **Beschwerdestelle** benannt werden. Die Bestimmung der Beschwerdestelle ist als **Organisationsentscheidung** des Arbeitgebers **mitbestimmungsfrei**. Lediglich dann, wenn ein **formalisiertes Beschwerdeverfahren** eingeführt werden soll, besteht ein **Mitbestimmungsrecht** gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Das Ergebnis der Beschwerde muss dem Beschäftigten mitgeteilt werden, was auch formlos möglich ist. Die Rechte des Betriebsrats bleiben unberührt.

4. Maßregelungsverbot (§ 16 AGG)

Der Arbeitgeber darf Beschäftigte nicht wegen der Inanspruchnahme von Rechten nach dem AGG oder wegen der Weigerung eine gegen das Benachteiligungsverbot verstoßende Anweisung auszuführen benachteiligen. Das Maßregelungsverbot gilt allerdings nur dann, wenn die Rechtswahrnehmung durch den Arbeitnehmer berechtigt war.

V. Rechte der Betroffenen

1. Beschwerderecht (§ 13 AGG)

Beschäftigte haben das Recht, sich bei der zuständigen Stelle des Betriebs (zur Beschwerdestelle siehe oben unter IV. 3.) zu beschweren, wenn sie sich im Zusammenhang mit ihrem Beschäftigungsverhältnis vom Arbeitgeber, von Vorgesetzten, anderen Beschäftigten oder Dritten wegen eines Diskriminierungsmerkmals benachteiligt fühlen. Die zuständige Stelle hat die Beschwerde zu prüfen und das Ergebnis dem Beschwerdeführer mitzuteilen. Die Mitteilung kann formlos erfolgen.

2. Leistungsverweigerungsrecht (§ 14 AGG)

Kommt es zu einer **Belästigung** oder **sexuellen Belästigung** am Arbeitsplatz und ergreift der Arbeitgeber keine oder offensichtlich ungeeignete Maßnahmen zur Unterbindung, sind die betroffenen Beschäftigten berechtigt, ihre Tätigkeit ohne Verlust des Arbeitsentgelts einzustellen, soweit dies erforderlich ist. Es bedarf hierfür einer gewissen **Erheblichkeitsschwelle**. Die Verletzung allgemeiner Schutzpflichten allein ist dafür nicht ausreichend. Das Leistungsverweigerungsrecht kommt u.E. nur als **letztes Mittel** (ultima-ratio) in Betracht. Das bedeutet, dass der Arbeitnehmer **zunächst** von seinem **Beschwerderecht** nach § 13 Gebrauch machen muss, um dem Arbeitgeber Gelegenheit zum Handeln zu geben.

Es obliegt dem Arbeitnehmer zu beweisen, dass die gesetzlichen Gründe für ein Leistungsverweigerungsrecht vorlagen. War die Leistungsverweigerung unrechtmäßig, handelte es sich um Arbeitsverweigerung, die entsprechend arbeitsrechtlich sanktioniert werden kann.

VI. Rechtsfolgen einer Benachteiligung (§ 15 AGG)

1. Schadensersatz und Entschädigung

Liegt ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot vor, hat der Arbeitgeber den entstandenen Schaden zu ersetzen. Der Schadensersatzanspruch ist **verschuldensabhängig**, wobei das Gesetz das Verschulden des Arbeitgebers vermutet. Der Arbeitgeber hat dabei nicht nur für eigenes Verschulden, sondern auch grds. für das Verschulden von Vorgesetzten zu haften. Der Arbeitgeber haftet für Vorsatz und Fahrlässigkeit. Nur bei der Anwendung kollektivrechtlicher Vereinbarungen (z.B. diskriminierende Betriebsvereinbarung) gilt ein erhöhter Haftungsmaßstab. Hier haftet der Arbeitgeber nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.

Neben dem Schadensersatzanspruch kann der Betroffene auch eine **Entschädigung** verlangen. Er kann also die Zahlung eines Geldbetrages für die erlittene Benachteiligung verlangen (vergleichbar dem Schmerzensgeld). Liegt die Benachteiligung in der Nichteinstellung, ist die Entschädigung auf höchstens drei Monatsgehälter beschränkt, wenn die betroffene Person auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. Es besteht **kein Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses** (§ 15 Abs. 6).

Der Benachteiligte muss seinen Schadensersatz- und Entschädigungsanspruch innerhalb einer **Frist von 2 Monaten** schriftlich geltend machen. Die Frist beginnt im Falle einer Bewerbung oder eines beruflichen Aufstiegs mit dem Zugang der Ablehnung und in den sonstigen Fällen zu dem Zeitpunkt, in dem der Beschäftigte von der Benachteiligung Kenntnis erlangt. Innerhalb von weiteren **3 Monaten** nach der schriftlichen Geltendmachung hat der Beschäftigte die Klage auf Entschädigung zu erheben. Bei Fristversäumnis entfällt der Anspruch.

Das AGG enthält in **§ 22** für den Beschäftigten, der eine Benachteiligung geltend machen will, eine **Beweiserleichterung**. Kann der Benachteiligte Indizien beweisen, die eine Benachteiligung wegen eines Diskriminierungsmerkmals vermuten lassen, trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.

Die Beweiserleichterung greift aber nur unter folgenden Voraussetzungen: Zunächst muss der Diskriminierte den **Beweis** führen, dass eine **Ungleichbehandlung** vorliegt. Danach hat er – soweit er nicht den Beweis dafür erbringen kann, dass die Ungleichbehandlung **wegen** eines geschützten Merkmals erfolgt ist – Indizien vorzutragen und zu beweisen, aus denen sich schließen lässt, dass die unterschiedliche Behandlung auf einem unzulässigen Grund beruht. Der Diskriminierte kann die Beweislast des Arbeitgebers also dadurch herbeiführen, dass er **Hilfstatsachen** darlegt und beweist, die eine Benachteiligung wegen eines geschützten Merkmals vermuten lassen. Hierzu genügt die Überzeugung des Gerichts von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit für den Zusammenhang zwischen Diskriminierungsmerkmal und Nachteil. Solche Vermutungstatsachen können in Äußerungen des Arbeitgebers bzw. anderen Verfahrenshandlungen begründet sein, die die Annahme einer Benachteiligung nahe legen (z.B. benachteiligende **Stellenausschreibung**).

2. Gewährung eines Anspruchs auf eine Leistung bei unwirksamen Kollektiv- oder Individualvereinbarungen

Bestimmungen, die gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen, sind nach § 7 Abs. 2 AGG unwirksam. Die Folge der **Unwirksamkeit** regelt das Gesetz nicht. Ist durch die unwirksame Vereinbarung vom dispositiven Gesetzesrecht abgewichen worden, so kann wieder auf das Gesetz zurückgegriffen werden. In anderen Fällen ist die Unwirksamkeit für die Zukunft eine sachgerechte Lösung. Wenn aber nun bereits aus der Vorschrift Leistungen an die bisher Begünstigten gewährt worden, würde sich der Diskriminierungsschutz aber in sein Gegenteil verkehren, da durch den Wegfall der Norm der Benachteiligte auf Dauer von der Leistung ausgeschlossen bliebe. Nach der Rechtsprechung des **EuGH** soll daher in Diskriminierungsfällen eine automatische **Angleichung nach oben** erfolgen, d.h. der zu Unrecht von der Leistung Ausgeschlossene erhält den Anspruch auf die Leistung.¹⁶

Verstoßen Betriebsvereinbarungen gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 75 BetrVG so ist nach der Rechtsprechung des **BAG** die Betriebsvereinbarung zu korrigieren. Eine solche **Korrektur** ist für den Arbeitgeber dann mit Belastungen verbunden, wenn es zu einer finanziellen Ausweitung kommt. So hatte das BAG Bestimmungen eines Sozialplans korrigiert, die Zeiten des Erziehungsurlaubs nicht berücksichtigten (mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts).¹⁷ Zwar könne mit Hilfe der Inhaltskontrolle im Individualprozess die Angemessenheit der finanziellen Gesamtausstattung eines Sozialplans nicht überprüft werden. Dies schließe aber die Korrektur einer einzelnen Bestimmung des Sozialplans, die Arbeitnehmer unter Verstoß gegen Recht und Billigkeit benachteiligt, nicht aus. Die mit einer solchen Inhaltskontrolle mittelbar verbundene Ausdehnung des vereinbarten Finanzrahmens sei hinzunehmen, solange nur einzelne Arbeitnehmer benachteiligt werden und die Mehrbelastung des Arbeitgebers durch die Korrektur im Verhältnis zum Gesamtvolumen des Sozialplans nicht ins Gewicht fällt.

Das BAG hatte sich auch schon vor Geltung des AGG mit einer Benachteiligung wegen der **sexuellen Orientierung** zu befassen.¹⁸ Es ging um den Ortszuschlag für Verheiratete nach dem BAT. Das BAG hat diesen Ortszuschlag auch Homosexuellen, die eine eingetragene Lebenspartnerschaft begründet haben, im Wege der Auslegung zuerkannt, wobei die „Auslegung“ hier entgegen des Wortlautes erfolgte.

VII. Rechte des Betriebsrats und der Gewerkschaft (§ 17 Abs. 2 AGG)

In betriebsratsfähigen Betrieben (§ 1 S. 1 BetrVG) können bei einem groben Verstoß des Arbeitgebers gegen seine Verpflichtungen aus dem arbeitsrechtlichen Teil des AGG (z.B. Benachteiligungsverbot, Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung) der Betriebsrat oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft beim Arbeitsgericht beantragen, dem Arbeitgeber aufzugeben, eine Handlung zu unterlassen, die Vornahme einer Handlung zu dulden oder eine Handlung vorzunehmen (entsprechend § 23 Abs. 3 BetrVG). Problematisch ist, dass Be-

¹⁶ EuGH v. 2.8.1993 – C-271/91.

¹⁷ BAG v. 12.11.2002, NZA 2003, 1287 und BAG v. 21.10.2003, NZA 2004, 559.

¹⁸ BAG v. 29.4.2004, NZA 2005, 57.

etriebsräte und Gewerkschaften auch gegen den Willen des betroffenen Arbeitnehmers tätig werden können. Eine Einigung des Benachteiligten mit dem Arbeitgeber schützt also nicht davor, vom Betriebsrat oder der Gewerkschaft in Anspruch genommen zu werden. Allerdings darf der Betriebsrat keine Ansprüche des Benachteiligten geltend machen.

Inhaltlich setzt § 17 Abs. 2 AGG einen **groben Verstoß** des Arbeitgebers gegen den arbeitsrechtlichen Teil des AGG voraus. Hierfür reicht es nicht aus, dass der Arbeitgeber die zum Schutz seiner Beschäftigten objektiv gebotenen Maßnahmen unterlässt. Es verbliebe sonst überhaupt kein Differenzierungsspielraum zwischen einem einfachen und einem groben Verstoß. Letztlich wird es eine Frage des Einzelfalls sein, wann ein Verstoß des Arbeitgebers gegen seine Verpflichtungen aus dem AGG als „grob“ einzustufen ist. In Anlehnung an die Wertungen im Betriebsverfassungsrecht kann von einem groben Pflichtverstoß nur dann ausgegangen werden, wenn der Verstoß **objektiv erheblich** ist, also **besonders schwerwiegend Sinn und Zweck des Gesetzes verletzt**. Ein **Verschulden** ist hierbei zwar **nicht** erforderlich, jedoch liegt ein grober Verstoß dann nicht vor, wenn der Arbeitgeber in einer schwierigen und ungeklärten Rechtsfrage eine vertretbare, im Nachhinein aber unzutreffende Rechtsansicht vertritt. Bei einem erstmaligen Verstoß des Arbeitgebers wird an das Maß der Pflichtverletzung ein höherer Maßstab angelegt werden müssen, als bei wiederholten Pflichtverletzungen.

Musterverhaltenskodex

1. Eine Unternehmenskultur, die sich durch ein partnerschaftliches Verhalten am Arbeitsplatz auszeichnet, bildet die Basis für ein positives innerbetriebliches Arbeitsklima und ist damit eine wichtige Voraussetzung für den wirtschaftlichen Erfolg eines Unternehmens. Toleranz und Chancengleichheit sind prägender Bestandteil eines guten Arbeitsklimas.

Respekt im Umgang miteinander ist Teil der partnerschaftlichen Zusammenarbeit. Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität stellen einen Verstoß gegen den hier niedergelegten Grundsatz der partnerschaftlichen Zusammenarbeit dar.

Alle Beschäftigten sind verpflichtet, den Grundsatz der partnerschaftlichen Zusammenarbeit zu wahren, insbesondere die Persönlichkeit und Würde jedes Beschäftigten zu respektieren. Die Beschäftigten haben ihr Verhalten an diesen Grundprinzipien auszurichten.

2. Jeder Betriebsangehörige, der sich aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität benachteiligt fühlt, hat das Recht zur Beschwerde.

Die Inanspruchnahme des Beschwerderechts darf nicht zu Nachteilen führen. Die Beschwerde ist bei ... anzubringen. Die Rechte des Betriebsrats bleiben unberührt.

3. Ein nicht gerechtfertigter Verstoß gegen die hier niedergelegten Grundsätze der partnerschaftlichen Zusammenarbeit kann zu arbeitsrechtlichen Konsequenzen bis hin zur Kündigung führen.

Inhaltsübersicht

	Seite
I. Umfang des Benachteiligungsverbots- Diskriminierungsmerkmale und Arten von Benachteiligungen	5
1. Diskriminierungsmerkmale	5
a) Rasse	5
b) Ethnische Herkunft	5
c) Geschlecht	5
d) Religion	5
e) Weltanschauung	6
f) Behinderung	6
g) Alter	6
h) Sexuelle Identität	6
2. Arten von Benachteiligungen	7
a) Unmittelbare Benachteiligung	7
b) Mittelbare Benachteiligung	7
c) Belästigung	9
d) Sexuelle Belästigung	10
e) Anweisung zur Benachteiligung	10
II. Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich	11
1. Sachlicher Anwendungsbereich	11
2. Persönlicher Anwendungsbereich	13
III. Zulässige Benachteiligungen	14
1. Zulässige Benachteiligung wg. beruflicher Anforderungen	14
2. Zulässige Benachteiligung wegen des Alters	16
a) Höchst- bzw. Mindestalter bei der Einstellung	16
b) Gestaffelte Entlohnung nach dem Alter	16
c) Befristung des Arbeitsvertrages auf Regelaltersgrenze	17
d) Berücksichtigung des Alters als Sozialauswahlkriterium	17
e) Tariflicher Sonderkündigungsschutz Älterer	17
f) Gestaffelte Sozialplanabfindungen nach Lebensalter	18
3. Positive Maßnahmen	18
IV. Pflichten des Arbeitgebers	18
1. Pflicht zur neutralen Stellenausschreibung	18
2. Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligungen und Schulung	19
3. Bekanntgabe des AGG sowie von § 61b ArbGG und Benennung einer Beschwerdestelle	20
4. Maßregelungsverbot	21
V. Rechte der Betroffenen	21
1. Beschwerderecht	21
2. Leistungsverweigerungsrecht	21
VI. Rechtsfolgen einer Benachteiligung	22
1. Schadensersatz und Entschädigung	22
2. Gewährung eines Anspruchs auf eine Leistung	23
VII. Rechte des Betriebsrats und der Gewerkschaft	23
Musterverhaltenskodex	25

Stichwortverzeichnis

	Seite
Arbeitsgerichtsgesetz (§ 61b)	20
Alter	6, 16, 17, 18
Altersdifferenzierung in Sozialplänen	18
Altersgrenzen	16
Arbeitnehmerähnliche Person	13
Anweisung zur Benachteiligung	10, 11
Anwendungsbereich, persönlicher	13
Anwendungsbereich, sachlicher	11
Arbeitnehmerüberlassung	14, 20
Auslandseinsätze	15
Befristung von Arbeitsverträgen	17
Behinderung/Schwerbehinderung	6, 11, 15
Belästigung	9, 21
Benachteiligung, Schutz der Beschäftigten vor	19
Benachteiligungen, zulässige	14
Beruflicher Aufstieg	12
Berufsausbildung	13
Berufserfahrung	8, 9, 16, 17
Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen	12
Beschwerderecht	21
Beschwerdestelle	20
Betriebliche Altersversorgung	13
Beweiserleichterung	22
Bewerber	14
Bewerbungsunterlagen	11
Diskriminierungsmerkmale	5
Einleitung	3
Entlassungsbedingungen	13
Entlohnung, gestaffelte	16
Entschädigung	22
Erheblichkeitsschwelle	21
Ethnische Herkunft	5, 15
Feiertage	8
Feindliches Umfeld	10
Foto	11
Fragerecht	11
Freie Mitarbeiter	14
Gebetspausen	8
Geschlecht	5
Höchstalter bei der Einstellung	16
Kleidungs Vorschriften	8
Kollektiv- bzw. Individualvereinbarungen	23
Kündigungen	13
Lebenslauf	11
Leistungsverweigerungsrecht	21
Maßregelungsverbot	21
Mindestalter bei der Einstellung	16
Mittelbare Benachteiligung	7, 8

Musterverhaltenskodex	25
Organmitglieder	14
Pflichten des Arbeitgebers	18
Positive Maßnahmen	18
Rasse	5
Rechte der Gewerkschaft	23
Rechte des Betriebsrats	23
Rechtsfolgen einer Benachteiligung	22
Religion	5, 6
Schadensersatz	22
Schulung	19
Schwangerschaft	7, 11
Schwerbehinderung	6, 11, 15
Scientology	5
Selbstständige	14
Sexuelle Belästigung	10, 21
Sexuelle Identität	6
Sonderkündigungsschutz	17
Sozialauswahl	17
Sozialplanabfindungen, gestaffelte	18
Sprachkenntnisse	8, 9
Staatsangehörigkeit	15, 19
Stellenausschreibung	3, 4, 18
Stellenprofil	19
Unmittelbare Benachteiligung	7
Verstoß	24
Weltanschauung	6
Werkvertragsunternehmer	14