

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, eine Übersicht

RA Detlef Kenkel

Die Erforderlichkeit der Gleichberechtigung ist bereits durch unsere Väter und Mütter des Grundgesetzes erkannt worden. Darum normiert Art. 3 unseres GG von 1949, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind, Männer und Frauen gleichberechtigt sind und niemand wegen bestimmter Merkmale benachteiligt oder bevorzugt werden darf. Diese Ziele müssen durch den Gesetzgeber umgesetzt werden, was u.a. durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz aus dem Jahre 2006 erfolgt ist.

Der Diskriminierungsschutz in Beschäftigung und Beruf, also im Arbeitsrecht, ist der Schwerpunkt des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (im Folgenden: AGG). Daneben schützt das Gesetz auch Verbraucher bei sog. zivilrechtlichen Massengeschäften. Hierzu zählen bspw. Restaurantbesuche, Taxifahrten, Einkäufe beim Discounter, aber auch Versicherungsverträge und vieles mehr. Ebenfalls können Mietverträge unter den Anwendungsbereich des AGG fallen, wenn es sich auf Seiten des Vermieters um größere Wohnungsunternehmen handelt.

Zum arbeitsrechtlichen Bereich:

I. Verbot der Benachteiligung wegen bestimmter diskriminierender Merkmale

Um Benachteiligungen in Beschäftigung und Beruf wirksam begegnen zu können, verbietet das AGG in Anlehnung an die Europäische Grundrechtscharta und das Grundgesetz in § 7 i.V.m § 1 AGG Benachteiligungen von Arbeitnehmern (AN) und ANinnen in Bezug auf bestimmte Merkmale:

Rasse, ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter oder sexuelle Identität.

Verstößt ein AG hiergegen, so ist die entsprechende Anweisung oder Vereinbarung unwirksam, und dem betroffenen AN (aus Vereinfachungsgründen nur noch die männliche Form) stehen bestimmte Rechte zu, die später dargestellt werden.

Aus anderen Gründen, die hier nicht aufgezählt sind, darf "benachteiligt" werden. Hierzu zählen insbesondere Qualifikation

des Bewerbers oder Beschäftigten oder besondere Soft-Skills wie Teamfähigkeit, Engagement u.ä.

Einige Begriffserklärungen:

1.) Der Begriff **ethnische Herkunft** wird weit verstanden: Eine Gruppe von Personen, die kulturell, historisch und sozial eine Einheit bilden und durch ein Gefühl der Zusammengehörigkeit verbunden sind. Bspw. Sinti, Roma, Sorben oder Friesen.

2.) **Rassen** als solche gibt es nach der europäischen Antirassismusrichtlinie eigentlich gar nicht, soll in diesem Zusammenhang aber Benachteiligungen aus rassistischen Erwägungen verbieten. Beispiel: Ein Patient eines Krankenhauses verlangt, dass er nicht von einem "Schwarzen" behandelt wird. Darin liegt eine Benachteiligung wegen der Hautfarbe und damit auch i.S.d. AGG auch aus Gründen der Rasse, ohne dass die ethnische Herkunft eine Rolle spielt.

Die Staatsangehörigkeit ist hingegen kein Merkmal nach § 1 AGG. Wenn aber ein Arbeitgeber (AG) die Anordnung herausgibt, dass keine "Türken" eingestellt werden, so ist damit in der Regel nicht die Staatsangehörigkeit gemeint, sondern hier erfolgt eine Benachteiligung von Menschen einer bestimmten ethnischen Herkunft.

2.) **Geschlecht** bezieht sich auf die objektive Zugehörigkeit des Menschen auf das männliche oder weibliche Geschlecht, also Mann und Frau. Homo-, bi- oder transsexuelle Menschen werden durch das Merkmal **sexuelle Identität** geschützt. Da der Europäische Gerichtshof in den unterschiedlichen Versicherungstarifen für Frauen und Männer eine nicht zu rechtfertigende unmittelbare Diskriminierung sieht, gelten spätestens ab dem 21.12.2012 die sog. Unisex-Tarife für neu abgeschlossene Versicherungsverträge.

3.) **Behinderung** ist gem. § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX jede Beeinträchtigung der Teilhabe am Leben in der Gesellschaft, die länger als sechs Monate andauert und auf einer für das Lebensalter typischen Abweichung von der körperlichen Funktion, geistigen Fähigkeit oder seelischen Gesundheit beruht. Durch das AGG werden somit nicht nur schwerbehinderte Menschen geschützt, also solche, die einen GdB von 50 oder mehr haben oder Gleichgestellte, sondern auch Behinderte geringeren Grades.

Interessant ist, dass nicht nur der AN direkt geschützt ist, vielmehr wird auch der AN geschützt, der einen schwerbehinderten Menschen als nahen Angehörigen pflegt.

Die Frage nach einer Schwerbehinderung im Einstellungsgespräch ist dann nicht zulässig, wenn es für die Ausführung der ausgeschriebenen Tätigkeit hierauf nicht ankommt. Eine solche tätigkeitsneutrale Frage nach einer Schwerbehinderung kann der Bewerber wahrheitswidrig mit "nein" beantworten, so die absolut herrschende Meinung in der Literatur. Das Bundesarbeitsgericht (BAG), das bislang die Frage als zulässig ansah, ist spätestens seit der Änderung des Schwerbehindertenrechts zum Benachteiligungsverbot (§ 81 Abs. 2 SGB IX) überholt. Das BAG hatte bislang noch nicht die Möglichkeit, seine Rechtsprechung aus dem Jahr 2000 zu ändern, da ein entsprechender Fall bis heute nicht entschieden worden ist.

Der AG darf aber dann nach einer Schwerbehinderung fragen, wenn er damit die Förderung benachteiligter Gruppen, hier also von schwerbehinderten Menschen, bezweckt, § 5 AGG. Diese Absicht schlägt sich nieder bspw. in der Stellenausschreibung: „Behinderte Bewerber/Bewerberinnen werden bei gleicher Qualifikation bevorzugt.“

II. Diskriminierungstatbestände

Diskriminierung kann in unterschiedlichen Formen auftreten. Das Gesetz sieht in § 3 AGG mehrere Diskriminierungstatbestände vor, nämlich

die unmittelbare und die mittelbare Benachteiligung, die Belästigung, die sexuelle Belästigung, die Anweisung zur Benachteiligung und, gem. § 16 AGG, die Maßregelung wegen der Inanspruchnahme der Rechte aus dem AGG.

1.) Eine **unmittelbare Benachteiligung** (§ 3 Abs. 1 AGG) liegt laut Gesetz vor, wenn eine Person wegen eines der o.g. Gründe eine weniger günstige Behandlung erfährt, erfahren hat oder erfahren würde als andere in vergleichbarer Situation. Das Gesetz spricht also von der Gegenwart, der Vergangenheit und der Zukunft und deckt somit alle Möglichkeiten ab. Es kommt nicht auf die subjektive Einstellung des Betroffenen an, vielmehr ist ein objektiver Maßstab anzulegen. (Mimosen sollen nicht besonders geschützt werden.)

Es kommt auch nicht darauf an, dass der AG (oder ein Mitarbeiter) jemanden vorsätzlich oder fahrlässig, also schuldhaft benachteiligt.

Weiter muss die Benachteiligung nicht das einzige Motiv sein, auch bei Motivbündeln aus zulässigen und unzulässigen Kriterien ist ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot gegeben. Bei-

spiel: Der Tatbestand einer Benachteiligung kann auch erfüllt sein, wenn ein AG einen homosexuellen Bewerber ablehnt und sich offiziell auf schlechtere Qualifikation als bei Mitbewerbern beruft.

2.) Eine **sexuelle Belästigung** (§ 3 Abs. 4 AGG) ist eine Benachteiligung, wenn unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird. Hierunter fallen nicht nur die Busengrapscher oder Verbalerotiker, sondern auch beispielsweise das Aufhängen oder Zurschaustellen von pornographischen Bildern oder Symbolen ist verpönt, wobei das Gesetz für Pornographie keine Definition gibt. Ein Pin-up-Kalender dürfte diese Schwelle noch nicht überschritten haben, wobei auch hier -wie immer im Recht- der Einzelfall geprüft werden muss. Bei einem freizügigen Kalender kann aber an das diskriminierende Merkmal **Belästigung** (§ 3 Abs. 3 AGG) gedacht werden.

Die strafrechtliche Rechtsprechung zum Pornographiebegriff wird hier herangezogen (=grobe Darstellung des Sexuellen, Mensch wird als auswechselbares Objekt geschlechtlicher Begierde dargestellt oder aufdringliche Darstellung der Sexualität).

III. Anwendungsbereich

Für wen und wann gilt überhaupt das AGG?

1.) Nach § 6 AGG werden geschützt insbesondere Arbeitnehmer, Azubis und Stellenbewerber. In Bezug auf den Zugang zu einer Beschäftigung oder den beruflichen Aufstieg gelten die Vorschriften auch für Organmitglieder, die ansonsten arbeitsrechtlich nicht als Arbeitnehmer gelten, also Geschäftsführer einer GmbH oder Vorstände einer AG.

2.) Der sachliche Anwendungsbereich des arbeitsrechtlichen Teils des AGG umfasst nach § 2 Abs. 1 AGG u.a. den Zugang zur Erwerbstätigkeit und die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen.

IV. Rechtfertigungsgründe

Steht nun fest, dass der Tatbestand einer Benachteiligung erfüllt ist, so löst das allein noch nicht die Rechtsfolge der Unwirksamkeit und eines eventuellen Schadenersatz- oder Entschädigungsanspruchs aus. Es kann ein **Rechtfertigungsgrund** eingreifen, geregelt in den §§ 8-10 AGG.

1.) Zulässig ist u.a. die unterschiedliche Behandlung, wenn die Benachteiligung (Zitat § 8 Abs. 1 AGG) "wegen der Art der ausübenden Tätigkeit oder wegen der Bedingung ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist."

Beispiele:

- Der Schutz der Persönlichkeitsrechte lässt zu, dass nur Frauen als Mitarbeiterinnen in einer gynäkologischen Arztpraxis angestellt werden
- Beschäftigung einer Frau als Model für Damenmode
- Ungleichbehandlung wegen einer Behinderung ist gerechtfertigt bei bestimmten körperlichen Anforderungen an das Berufsbild, beispielsweise die Bewerbung eines Rollstuhlfahrers als Dachdecker darf wegen der Behinderung abgelehnt werden
- Spezielle Anforderungen an berufliche Fähigkeiten, z.B. bei einer Sekretärin die Schreibmaschinenkenntnisse, PC-Erfahrung, bei einem Lektor perfekte Deutschkenntnisse in Wort und Schrift
- Das Selbstbestimmungsrecht der Kirche lässt nur Männer zum Priesteramt zu (Kann aber auch unter § 9 Abs. 1 AGG, unterschiedliche Behandlung wegen der Religion, fallen, wenn es sich um die Religionszugehörigkeit als Kriterium zum Zugang handelt).

3.) Eine ungleiche Behandlung (Benachteiligung) wegen **Alters** ist unter den Voraussetzungen des § 10 AGG gerechtfertigt. Dabei darf allerdings nicht allein auf das Lebensalter des Bewerbers/Mitarbeiters abgestellt werden. In Verbindung mit der Betriebszugehörigkeit können bspw. Vergütungsregeln für ältere AN aber günstiger ausfallen als für jüngere Mitarbeiter, die keine entsprechende BZ-Zeit und auch nicht die entsprechende Berufserfahrung aufweisen.

V. Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen einer ungerechtfertigten Diskriminierung sind folgende:

1.) Bestimmungen in Vereinbarungen, die gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG verstoßen, sind unwirksam, § 7 Abs. 2 AGG.

2.) AN können sich bei den zuständigen Stellen, also dem Arbeitgeber, einem Vorgesetzten oder der Arbeitnehmervertretung beschweren, § 13 Abs. 1 AGG.

3.) Da der AG nach § 12 AGG verpflichtet ist, Maßnahmen zum Schutz der AN vor Benachteiligungen, sei es vom AG selbst, Vorgesetzten, anderen Mitarbeitern oder Kunden ausgehend, zu treffen, kann der betroffene Mitarbeiter seine Tätigkeit einstellen, wenn er in Form der Belästigung oder sexuellen Belästigung benachteiligt wird und der AG nichts dagegen unternimmt. Der AN verliert dabei nicht seinen Gehaltsanspruch. Dieses Leistungsverweigerungsrecht ergibt sich aus § 14 AGG.

4.) Benachteiligte haben nach § 15 AGG Anspruch auf Ersatz des ihnen entstandenen materiellen und immateriellen Schadens. Bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot ist der Arbeitgeber verpflichtet, den entstandenen Schaden zu ersetzen.

a) Dies gilt aber für den materiellen Schadenersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 AGG nur, wenn der Arbeitgeber die Pflichtverletzung zu vertreten hat, also vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt oder pflichtwidrig unterlassen hat.

b) Für den immateriellen Schaden nach § 15 Abs. 2 AGG, der kein Verschulden voraussetzt, gilt: Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der Beschäftigte eine angemessene Entschädigung in Geld (quasi ein Schmerzensgeld) verlangen. Die Entschädigung darf bei einer aufgrund Diskriminierung erfolgten Nichteinstellung drei Monatsgehälter nicht übersteigen, wenn der Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre, er also nicht der bestgeeignete Bewerber war.

Beispiel:

Ein Bewerber, der zur Volksgruppe der Sinti gehört und ansonsten dem Anforderungsprofil entspricht, erhält, anders als die übrigen Bewerber, keinen Vorstellungstermin. Eingestellt wird ein Bewerber, der bessere Zeugnisse vorweisen kann. Es liegt eine Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft vor, eine Rechtfertigung nach §§ 8-10 AGG kommt dem AG nicht zugute. Die Rechtsfolge ist Entschädigung in Höhe von max. drei Nettomonatsverdiensten.

c) Wichtig! Ein Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot des AGG gibt aber keinen Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses, § 15 Abs. 6

AGG.

VI. Durchsetzung

Es handelt sich bei den soeben dargestellten individuellen Ansprüchen um solche, die vor dem Arbeitsgericht eingeklagt werden können.

1.) Ein Anspruch muss innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden, es sei denn, die Tarifvertragsparteien haben etwas anderes vereinbart, § 15 Abs. 4 AGG. Schriftlich bedeutet, dass das Anschreiben eingetragend unterschrieben sein muss (kein Fax, keine SMS oder E-Mail!). Die Frist beginnt im Falle einer Bewerbung oder eines beruflichen Aufstiegs mit dem Zugang der Ablehnung und in den sonstigen Fällen einer Benachteiligung zu dem Zeitpunkt, in dem der Beschäftigte von der Benachteiligung Kenntnis erlangt.

Beispielsfall: Ein Unternehmen sucht mit einer Stellenanzeige Anfang September für sein "junges Team in der City motivierte Mitarbeiter/innen im Alter von 18 bis 35 Jahren". Die 41-jährige Interessentin bewirbt sich hierauf unter Beifügung eines tabellarischen Lebenslaufs. Am 19.09. erhält sie eine telefonische Absage. Die Bewerberin erhebt am 03.12. vor dem Arbeitsgericht Klage, mit der sie Entschädigung sowie Ersatz der Bewerbungs- und Prozesskosten verlangt.

Rechtliche Lösung: Hier hat die Bewerberin einen Entschädigungs- und Schadenersatzanspruch, weil sie aufgrund ihres Alters ungerechtfertigt benachteiligt worden ist. Ihr stünden somit neben den getragenen Aufwendungen grundsätzlich auch drei Monatsgehälter zu. Sie hat aber die Geltendmachungsfrist von zwei Monaten nicht eingehalten, sodass ihre Ansprüche verfallen sind, somit nicht mehr durchgesetzt werden können.

2.) Hält der vermeintlich Benachteiligte die Frist ein, hat aber keinen Erfolg mit seiner Anspruchstellung (der AG reagiert nicht oder lehnt ab), so muss er innerhalb von drei Monaten nach Geltendmachung seines Anspruchs Klage beim Arbeitsgericht erheben, § 61 b Abs. 1 ArbGG.

3.) Vorteilhaft für den AN ist die Beweiserleichterung im gerichtlichen Verfahren nach § 22 AGG: Wenn der Benachteiligte geltend macht, aufgrund eines pönalisierten Merkmals nach § 1 AGG diskriminiert worden zu sein, muss er nur Indizien beweisen.

sen, die eine Benachteiligung vermuten lassen. Wenn also der oben bereits erwähnte homosexuelle Bewerber beweisen kann, dass der Personalchef des AG in der Betriebskantine schwulenfeindliche Witze erzählt hat, liegt die Vermutung der Benachteiligung wegen der sexuellen Identität auf der Hand und die Beweislast kehrt sich um. Das bedeutet, dass nunmehr der AG den vollen Beweis zu erbringen hat, dass kein Verstoß gegen die Vorschriften des AGG vorliegt. Er muss entweder die Vermutung widerlegen oder darlegen und beweisen, dass er oder sein Erfüllungsgehilfe, der Personalchef, sich AGG-gemäß verhalten haben. (Schwer! Z.B. indem er nachweist, weitere homosexuelle Mitarbeiter zu beschäftigen oder dass die schwulenfeindliche Bemerkung gar nicht gemacht worden ist. Eine Rechtfertigung scheidet hier per se aus.)

Auch abfällige Äußerungen während eines Bewerbungsgesprächs bzw. bei der Ablehnung eines Bewerbungsgesprächs können Anknüpfungspunkte sein.

Stellenanzeigen, die an in die im Gesetz erwähnten Merkmale anknüpfen, ohne dass dies sachlich begründet ist, können auch Entschädigungsansprüche auslösen, § 11 AGG.

Beispiele:

- Langjährige, ununterbrochene Berufserfahrung = mögliche mittelbare Diskriminierung von Frauen, die Elternzeit in Anspruch genommen haben
- Ausgezeichnete Deutschkenntnisse für Putzhilfe = mögliche Benachteiligung wegen ethnischer Herkunft
- Ausschreibung einer Stelle für ein Ehepaar = mögliche Benachteiligung wegen der sexuellen Identität

4.) Bei groben Verstößen des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot können der Betriebsrat oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft auch ohne Zustimmung des Betroffenen gegen den AG auf Unterlassung oder Vornahme einer Handlung vorgehen, um die Diskriminierung zu beseitigen, § 17 Abs. 2 AGG i.V.m. § 75 Abs. 1 BetrVG. Dies geschieht im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren, § 23 Abs. 3 BetrVG.

Das bedeutet aber nicht, dass der Betriebsrat bzw. die Gewerkschaft individuelle Ansprüche des Benachteiligten im Wege einer Prozessstandschaft, also im eigenen Namen für den Beschäftigten, geltend machen können. Der Betriebsrat kann somit nur betriebsverfassungsrechtliche Pflichten des AG, die sich aus § 75 BetrVG ergeben, also Schaffung und Überwachung eines diskriminierungsfreien Klimas im Betrieb, einfordern.

VII. Praxistipps zur Vermeidung von AGG-Hopping:

1.) Erklärung des Begriffs: Unter AGG-Hopping sind die Fälle zu fassen, in denen sich eine Person nur zum Schein auf eine freie Stelle bewirbt. Tatsächlich kommt es dem Bewerber gar nicht darauf an, diese Stelle auch zu bekommen. Vielmehr hofft er auf eine Absage unter benachteiligenden Umständen. Beim AGG-Hopping ist das eigentliche Ziel des Bewerbers, den potentiellen Arbeitgeber anschließend nach § 15 Abs. 2 AGG zu verklagen, um eine Entschädigung zu erlangen.

Dies ist gemäß der Rechtsprechung dann rechtsmissbräuchlich, wenn der Bewerber nicht objektiv gar nicht für die Stelle in Betracht kommt und keine subjektiv ernsthafte Bewerbung vorliegt. Letzteres kann u.a. daran festgemacht werden, dass sich der Bewerber bereits auf viele Stellen beworben und Entschädigungsklagen erhoben hat oder er in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis mit höheren Bezügen steht. Schutz gegen diese professionellen Diskriminierungskläger bieten folgende Hinweise:

2.) Stellenanzeigen sind geschlechtsneutral ausschreiben. Ohne dringende Erfordernisse an den Arbeitsplatz sollten keinerlei Anforderungen an die übrigen Merkmale des § 1 AGG (Alter, sexuelle Identität usw.) gestellt werden.

3.) Ablehnung eines Bewerbers nur aufgrund von nicht in § 1 AGG genannten Gründen. Genaue Darstellung der Ablehnungsgründe in den eigenen Unterlagen dokumentieren und Aufbewahrung der Dokumentation mindestens für die Geltendmachungsfristen § 15 Abs. 4 S. 1 AGG, § 61 b Abs. 1 ArgGG (zwei und drei Monate). Darum kritische Ablehnungsschreiben mit Zustellungsnachweis versehen. Ablehnungen möglichst neutral halten und auf Angabe von Gründen verzichten.

Anders aber bei schwerbehinderten Bewerbern, die sich auf die Schwerbehinderung berufen: Nach § 81 Abs. 1 S. 9 SGB IX muss der schwerbehinderte Mensch über die Ablehnungsgründe informiert werden. Dies gilt nur für AG mit mindestens durchschnittlich 20 Beschäftigten.

(Copyright: Rechtsanwalt Detlef Kenkel, FAArbR, FAFamR, Gelsenkirchen, November 2012)