

AGG

Allgemeines

Gleichbehandlungsgesetz

Neue Risiken für Unternehmer

Referent: Rechtsanwalt Bernhard Körfer
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Rechtsanwälte Körfer & Schroelkamp
Holzhauser Str. 72, 13509 Berlin
Tel. 030/4 30 94 67-0
Fax 030/4 30 94 67-1
RA.BernhardKoerfer@t-online.de
www.RA-Koerfer-Schroelkamp.de

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)
Neue Risiken für Unternehmer

Gliederung:

	Seite
Einführung	3
I. Bisherige Rechtslage	4
1) Belästigungen	4
2) Allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz	4
3) Schutz der Grundrechte	5
4) Benachteiligungsverbot	5
II. Regelungsinhalt des AGG	6
1) Belästigungen	7
2) Diskriminierungsmerkmale	7
3) Benachteiligung	7
4) Indiztatsachen für Benachteiligung	8
5) Möglichkeiten sachlicher Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung	10
6) Schadenersatz und Entschädigung	12
7) Flankierende Maßnahmen des Gesetzgebers	13
III. Handlungsanleitungen und Gestaltungsmöglichkeiten für den Arbeitgeber	14
1) Stellenausschreibungen	14
2) Fragen in Bewerbungsgesprächen	15
3) Dokumentation	15
4) Ablehnungsschreiben	15
5) Information/Vorbeugung	16
IV. Fazit	16
Anhang	16

Hinweis:

Paraphrasenangaben ohne Zusatz beziehen sich auf das AGG

Einführung

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) dient der Transformation diverser europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien in nationales Recht. Diese Richtlinien verpflichten die EU-Mitgliedstaaten, den Schutz vor Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf hinsichtlich der Merkmale ethnischer Herkunft, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter, sexuelle Identität und Geschlecht gesetzlich umzusetzen. Nachdem der zunächst von der früheren Rot/Grünen Bundesregierung eingebrachte Gesetzentwurf zum so genannten Antidiskriminierungsgesetz (ADG) im Bundesrat gescheitert war, ist nunmehr endlich am 18.08.2006 das gegenüber dem früheren Entwurf des ADG geringfügig geänderte AGG in Kraft getreten.

Nachfolgend sollen ohne Anspruch auf Vollständigkeit einige wesentliche Themen angesprochen werden, bei denen die gesetzlichen Neuregelungen des AGG auf die Personalpraxis der Unternehmen Einfluss haben können. Zu diesem Zweck soll nachfolgend unter Ziffer I. die bisherige Rechtslage im Bereich der Gleichbehandlung kurz skizziert werden. Sodann soll auf wesentliche Neuregelungen des AGG eingegangen werden (II.), um nachfolgend den Handlungsbedarf und die Gestaltungsmöglichkeiten für Personalverantwortliche und Führungskräfte in Unternehmen auszuloten (III.).

I. Bisherige Rechtslage

Nach seinem Gesetzeszweck (§ 1) dient das AGG der Verhinderung und Beseitigung von Belästigung und Benachteiligung.

1) Belästigungen

Im Arbeitsrecht gab es auch bislang schon eine Vielzahl von Gesetzen und Rechtsgrundsätze, die dem vorgenannten Ziel dienten.

Belästigungen sind nach der Begriffsbestimmung des AGG (§ 3 Abs. 3) Verhaltensweisen, die die Würde einer Person verletzen und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen und Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld schaffen. Solche Verhaltensweisen waren und sind seit jeher in jedem vertraglichen Schuldverhältnis, in welchem die Vertragspartner die wechselseitigen Rechtsgüter zu achten haben, unzulässig und stellen eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes dar. Gleiches gilt für sexuelle Belästigungen, für welche der Gesetzgeber im Beschäftigtenschutzgesetz ein sehr ausgeprägtes Verbots- und Sanktionensystem geschaffen hat.

2) Allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz

Darüber hinaus galt im Arbeitsverhältnis auch stets der aus Art. 3 GG mittelbar hergeleitete allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz. Dieser beinhaltet zwar nicht die Verpflichtung des Arbeitgebers, sämtliche Beschäftigte gleich zu behandeln. Er führte entgegen häufiger Missverständnisse auch nicht den Grundsatz ein, dass gleiche Arbeit stets gleich entlohnt werden müsste. Er bedeutet indes, dass der Arbeitgeber immer dann, wenn er bei der Durchführung des Arbeitsverhältnisses allgemeine Regeln aufstellt, in diesen Regeln vorgesehene Differenzierungen und Ungleichbehandlungen sachlich zu rechtfertigen hat. Wenn etwa einzelne Gruppen von Arbeitnehmern von finanziellen Vergünstigungen, etwa Zuschlägen oder Sonderzuwendungen, ausgeschlossen wurden, muss der Arbeitgeber hierfür einen sachlichen Grund darlegen und beweisen. Ansonsten setzt er sich dem Risiko aus, dass die benachteiligte Arbeitnehmergruppe Ansprüche auf Gleichbehandlung und auf Gewährung der finanziellen Leistungen erhebt, welchen den bevorzugten Beschäftigten zufließen.

3) Schutz der Grundrechte

Diskriminierungsschutz durch (mittelbare) Beachtung der Grundrechte gab es dabei schon nach der bisherigen Rechtslage nicht nur im Bereich des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes. So verpflichtete die Rechtsprechung den Arbeitgeber auch schon bislang, bei der Durchführung des Arbeitsverhältnisses und der Erteilung von Arbeitsanweisungen das Gewissen der Beschäftigten und ihr Grundrecht auf Religionsfreiheit zu beachten. So erklärte etwa das Bundesarbeitsgericht die an eine muslimische Verkäuferin in einem Kaufhaus gerichtete Weisung, ihr Kopftuch im Hinblick auf eine angeblich fehlende Akzeptanz der Kundschaft abzulegen, für rechtswidrig. Die auf die Missachtung dieser Arbeitsanweisung gestützte verhaltensbedingte Kündigung hob das Bundesarbeitsgericht deshalb in letzter Instanz auf (BAG vom 10.10.2002 – 2 AZR 472/01 – NZA 2003, 483). Nach Auffassung des Gerichtes gebührte der Religionsfreiheit der Arbeitnehmerin jedenfalls solange Vorrang, als der Geltung dieser Religionsfreiheit nicht einschneidende und erhebliche betriebswirtschaftliche Interessen des Unternehmens entgegenstanden, was im Streitfall nicht dargelegt und bewiesen worden war.

4) Benachteiligungsverbote

Darüber hinaus gab es auch nach der bisherigen Rechtslage besondere Benachteiligungsverbote etwa für Teilzeitbeschäftigte oder befristet beschäftigte Arbeitnehmer (§ 4 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes).

Ein besonderer Benachteiligungsschutz bestand und besteht auch bislang bereits für Schwerbehinderte. Schwerbehinderte haben nicht nur nach § 81 Abs. 4 SGB IX Anspruch auf Herstellung leidensgerechter Arbeitsplätze unter Berücksichtigung ihrer Behinderung, sondern insbesondere auch einen umfassenden Benachteiligungsschutz bei Maßnahmen im Arbeitsverhältnis und vor allem auch bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses (§ 81 Abs. 2 SGB IX). Danach darf der schwerbehinderte Arbeitsplatzbewerber im Auswahlverfahren nicht wegen seiner Behinderung benachteiligt werden. Verstößt der Arbeitgeber gegen dieses Benachteiligungsverbot, hat der schwerbehinderte Arbeitnehmer einen Anspruch auf Entschädigung.

Entsprechende Regelungen gab es bislang auch hinsichtlich der Geschlechterdiskriminierung (§ 611 a BGB). Ähnlich wie im Schwerbehindertenrecht besteht ein Anspruch auf Entschädigung, wenn Bewerber/innen im Einstellungsverfahren wegen ihres Geschlechtes benachteiligt werden – auch dann, wenn im Ergebnis die Einstellung auch ohne geschlechtsbezogene Diskriminierung nicht erfolgt wäre. Wie im Schwerbehindertenrecht ist dann lediglich die Höhe der Entschädigung auf drei Monatsverdienste begrenzt.

Auch bereits nach der bisherigen Rechtslage griff der Diskriminierungsschutz selbstverständlich nicht ein, wenn es sachliche Gründe für eine Ungleichbehandlung aufgrund der Behinderung, des Geschlechtes etc. gab. So muss die Stelle einer Hebamme selbstverständlich nicht geschlechtsneutral ausgeschrieben werden. Männliche Bewerber müssen in einem entsprechenden Auswahlverfahren keine Berücksichtigung finden.

Auch im bisherigen Recht gab es indes bereits Missbrauchsfälle so genannter „Bewerbungshopper“. So gab es etwa rechtlich versierte jüngere (männliche) Bewerber, die sich auf nicht geschlechtsneutral ausgeschriebenene Sekretärinnenstellen bewarben und dabei ihrer bürokaufmännischen Fertigkeiten rühmten. Die Rechtsprechung konnte solchen Entschädigungsansprüchen häufig erst dann entgegentreten, wenn ersichtlich wurde, dass Bewerbungen und Ansprüche dieser Art bereits in einer Vielzahl von gleichartigen Fällen „erfolgreich“ vorgebracht worden waren, so dass neuen Bewerbungsschreibern der Charakter der Ernsthaftigkeit abgesprochen und ein Entschädigungsanspruch dann mit diesem Argument zurückgewiesen werden konnte (vgl. etwa der Fall LAG Berlin vom 14.07.2004 – 15 Sa 417/04 – NZA-RR 2005, 124 f.).

II. Regelungsinhalt des AGG

Das AGG erweitert und systematisiert in Umsetzung der EG-Richtlinien die bisherigen rechtlichen Regelungen zum Diskriminierungsschutz. Die Bereiche Kündigungsschutz und betriebliche Altersversorgung sind allerdings anders als in den EG-Richtlinien vom Geltungsbereich des AGG ausgenommen. Ob dieser Ausnahmetatbestand mit den EG-Richtlinien in Übereinstimmung zu bringen ist und auch vor dem Europäischen Gerichtshof Bestand hat, ist äußerst fraglich.

1) Belästigungen

Keine wesentlichen Änderungen durch das AGG sind im Bereich des Schutzes vor (sexuellen) Belästigungen zu verzeichnen. Insoweit werden die bestehenden Regelungen um Legaldefinitionen in § 3 Abs. 3 und Abs. 4 erweitert, ohne dass sich die Regelungsinhalte ändern. Handlungen und Äußerungen, welche die Ehre und persönliche Integrität einer anderen Person verletzen, waren und sind auch im Rahmen der bisherigen rechtlichen Regelungen unzulässig und durch Unterlassungs-, Schadenersatz- und Entschädigungsansprüche geschützt.

2) Diskriminierungsmerkmale

In Erweiterung des bislang explizit insbesondere für die Geschlechter und Schwerbehinderte bestehenden Diskriminierungsschutzes sollen Beschäftigte durch das AGG vor Benachteiligung wegen folgender Merkmale geschützt werden.

- Rasse, ethnische Herkunft
- Geschlecht
- Religion
- Weltanschauung
- Behinderung
- Alter
- sexuelle Identität

Der Diskriminierungsschutz bezieht sich dabei nicht nur auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses, sondern auch auf den Zugang zu Arbeits- und Ausbildungsplätzen, so dass Gegenstand der Regelungen des AGG auch die Benachteiligung von Arbeitsplatzbewerbern und –bewerberinnen ist.

3) Benachteiligung

Das AGG will im Kern vor Benachteiligung wegen der oben genannten Diskriminierungsmerkmale schützen (§ 8). Das Gesetz unterscheidet dabei zwischen unmittelbarer und mittelbarer Benachteiligung (vgl. die Definitionen in § 3 Abs. 2, Abs. 3 AGG). Die **unmittelbare Benachteiligung** knüpft direkt an ein Diskriminierungsmerkmal an (**Bsp.:** Ein Arbeitnehmer

erhält nur wegen seines fortgeschrittenen Alters keinen neuen Arbeitsplatz oder keine Beförderungsstelle). Eine **mittelbare Diskriminierung** liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Maßnahmen und Regelungen in besonderer Weise eine Personengruppe betreffen, welche eines der oben genannten Diskriminierungsmerkmale aufweist. Als Beispiel sei etwa eine Sozialplanregelung genannt, welche Zeiten der Unterbrechung oder des Ruhens eines Arbeitsverhältnisses bei der Bemessung einer Sozialplanleistung nicht berücksichtigt. Hierbei handelt es sich um eine mittelbare Diskriminierung von Frauen, da diese wegen der Kindererziehungszeiten im Vergleich zu Männern in weit überwiegenderem Maß von solchen Ruhens- und Unterbrechungszeiten betroffen sind. Gleiches gilt für Regelungen etwa in betrieblichen Altersversorgungen, die Teilzeitbeschäftigte, unter denen Frauen stets in weit überwiegender Zahl vertreten sind, gegenüber Vollzeitbeschäftigten benachteiligt. Mittelbare Benachteiligung von Frauen kann auch vorliegen, wenn die ununterbrochene vorausgegangene Beschäftigung Voraussetzung für eine Beförderung oder einen Bewährungsaufstieg darstellen soll.

4) Indiztatsachen für Benachteiligung (§ 22)

Der Benachteiligungsschutz des AGG greift nur dann ein, wenn eine Ungleichbehandlung **wegen** eines der genannten Diskriminierungsmerkmale feststellt. Der innere Beweggrund, die Diskriminierungsabsicht des Benachteiligenden wird jedoch häufig nicht zweifelsfrei festzustellen sein.

Das Gesetz lässt es daher zunächst ausreichen, wenn die benachteiligte Person Indiztatsachen anführt, welche auf eine Benachteiligung wegen der genannten Merkmale schließen lassen. Wenn Beschäftigte oder Arbeitsplatzbewerber solche Indizien beweisen können, ist es dann Sache des Arbeitgebers den Nachweis zu führen, dass eine Diskriminierung nicht vorlag (§ 22).

In dieser Regelung, welche eine erhebliche Beweiserleichterung zugunsten des „Diskriminierungsopfers“ bedeutet, liegt ein wesentliches Risiko für die Unternehmer, die in jedem Falle solche Indizien vermeiden müssen, welche aus Sicht der Beschäftigten den Rückschluss auf eine Diskriminierung erlauben könnten. Gelingt dies nicht und werden seitens des Arbeitnehmers entsprechende Vermutungstatsachen präsentiert, muss der Arbeitgeber zur Abwendung des – weiter unten dargelegten – Sanktionensystems des AGG den Entlastungsbeweis führen, der häufig nicht gelingen dürfte.

Hierzu einige **Beispiele:**

- Der Inhaber einer Werbeagentur lässt ein Stellenangebot veröffentlichen, in welchem es unter anderem heißt:

„Junges Team sucht zur Verstärkung eine/n Werbedesigner/in“

Auf dieses Stelleninserat bewirbt sich der 55-jährige Empfänger von Arbeitslosengeld II, der über eine entsprechende Berufsausbildung verfügt. Nach einiger Zeit erhält er ein Schreiben, in welchem ihm unter Rücksendung seiner Bewerbungsunterlagen mitgeteilt wurde, dass die Stelle leider anderweitig besetzt worden sei. Der Bewerber fühlt sich benachteiligt und macht Entschädigungsansprüche nach dem AGG geltend.

In diesem Falle dürfte durch die Formulierung des Stellenangebotes zur „Verstärkung eines jungen Teams“ der Anschein erweckt worden sein, dass auch der/die Bewerber/in ein junges Lebensalter aufweisen müsse. Hierin kann eine Diskriminierung wegen des Alters gesehen werden, so dass Entschädigungsansprüche durchaus zuerkannt werden könnten.

- Ein ausländischer Stellenbewerber macht nach einer Ablehnungsentscheidung geltend, dass seine Ablehnung auf einer zumindest mittelbaren Benachteiligung beruhe, da im Betrieb ausländische Arbeitnehmer – gemessen am Gesamtanteil ausländischer Personen in der entsprechenden Berufsgruppe – unterrepräsentiert sind. Eine solche Indiztatsache würde wohl nicht ausreichen, da die Zusammensetzung einer konkreten Belegschaft zufälliger Natur ist und keinen Rückschluss auf Benachteiligungsabsichten zulassen dürfte.

Anders läge es allerdings, wenn der ausländische Bewerber geltend machen würde, dass ein anderer Bewerber ohne Migrationshintergrund die Einladung zu einem Vorstellungsgespräch erhalten habe, obwohl er über eine vergleichbare Ausbildung und berufliche Qualifikation wie er selbst verfüge. Dies könnte in der Tat eine Indiztatsache darstellen. Es wird berichtet, dass sich aus diesem Grunde in England bereits britische und ausländische Bewerber zu „Bewerberteams“ zusammengeschlossen haben, um nachfolgend entsprechende Entschädigungsansprüche geltend machen zu können.

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) Neue Risiken für Unternehmer

Dieses so genannte „Testing“-Verfahren ist nach der amtlichen Gesetzesbegründung grundsätzlich geeignet, Indiztatsachen zu belegen (BT-Dr 19, 1780 zu § 22 Beweislast, abgedruckt Beilage zu NJW 36, 2006 und NZA 16, 2006).

- Fragen nach Familienplanung, Heiratsabsichten, Schwerbehinderung etc. im Vorstellungsgespräch können im Falle einer späteren Ablehnung der Bewerbung durchaus auf eine Benachteiligung wegen des Geschlechtes oder der Behinderung schließen lassen. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass nach der geltenden Rechtslage jede Frage nach Schwangerschaft, politischer Überzeugung, Familienplanung und – wohl auch – nach Krankheiten oder Behinderung unzulässig ist. Bei Letzterem gilt dies mit der Einschränkung, dass nach Krankheiten oder Behinderung gleichwohl gefragt werden darf, wenn dies im Zusammenhang mit unabdingbaren Anforderungen für die aufzunehmende Arbeit steht.

5) Möglichkeiten sachlicher Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung

Nicht jede Ungleichbehandlung, die feststeht oder durch Indiztatsachen vermutet wird, löst das Sanktionensystem des AGG aus. Es gibt selbstverständlich auch durchaus sachliche Gründe, welche eine Ungleichbehandlung rechtfertigen (vgl. §§ 8 – 10 AGG). Danach ist im Grundsatz eine Benachteiligung wegen eines der genannten Diskriminierungsmerkmale gerechtfertigt, wenn dies durch die Art der auszuübenden Tätigkeit gefordert und vorausgesetzt wird.

Was das **Geschlecht** anbelangt, so wird man etwa nicht verlangen können, dass die Stelle einer Hebamme, eines Mannequins oder eines Schauspielers einer männlichen Rolle geschlechtsneutral ausgeschrieben wird. Auch der Inhaber eines Geschäftes für Damen-Ober- und Unterbekleidung dürfte berechtigt sein, im Hinblick auf die legitimen Interessen seiner Kundschaft gezielt nach einer Verkäuferin zu suchen und männliche Bewerber vom Einstellungsverfahren auszuschließen. Bei der Stelle eines/einer Gleichstellungsbeauftragten hatte das Bundesarbeitsgericht allerdings eine geschlechtsneutrale Ausschreibung verlangt (vgl. Bundesarbeitsgericht vom 12.11.1998, NZA 1999, 341). Äußerste Vorsicht ist – wie schon bisher – bei der Ausschreibung von Stellen für so genannte typische Mann- oder Frau-Berufe geboten. So sollten Aufgaben, welche starke körperliche

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)
Neue Risiken für Unternehmer

Anforderungen stellen, ebenso geschlechtsneutral ausgeschrieben werden wie etwa Stellen für Sekretärinnen.

Eine Differenzierung wegen der **Schwerbehinderung** dürfte nur dann zulässig sein, wenn die Schwerbehinderung nach ihrer spezifischen Art der Ausübung der geforderten Tätigkeit entgegensteht. Dabei sind jedoch die bereits genannten Verpflichtungen des Arbeitgebers zur Schaffung eines leidensgerechten Arbeitsplatzes angemessen zu berücksichtigen (§ 81 Abs. 4 SGB IX).

Eine Differenzierung nach Religion oder **Weltanschauung** dürfte weiterhin zulässig sein in Unternehmen und Verbänden, die von Kirchen oder Weltanschauungsgemeinschaften getragen sind.

Am problematischsten dürfte sich in der Praxis das bislang nicht generell gesetzlich geregelte Benachteiligungsverbot des **Alters** erweisen. Der Gesetzgeber hat in diesem Zusammenhang in § 10 AGG einige begrüßenswerte gesetzliche Klarstellungen angebracht. Danach sind Differenzierungen wegen Alters auch weiterhin im Rahmen der durch das Kündigungsschutzgesetz geforderten Sozialauswahl oder im Rahmen von Sozialplanansprüchen gerechtfertigt. Auch die Befristung von Arbeitsverhältnissen wegen Erreichen eines Renteneintrittsalters ist danach weiterhin zulässig. Gleiches gilt für die Festsetzung von Altersgrenzen in der betrieblichen Altersversorgung. Äußerst problematisch wird es sein, wenn bei der Einstellung der Eindruck erweckt wird, dass jüngere Bewerber/innen im Hinblick auf die Altersstruktur des Unternehmens oder im Hinblick auf geforderte Leistungsfähigkeit und Flexibilität erwünschter sind.

Von großem Interesse werden die bestehenden tariflichen Entgeltregelungen sein, die tarifliche Gehaltssteigerungen ausschließlich am Lebensalter orientieren – wie etwa im bisherigen Bundesangestelltentarifvertrag. Der Automatismus von Vergütungssteigerung aufgrund von Lebensaltersstufen – nicht aufgrund von beruflicher Erfahrung oder Betriebszugehörigkeit – könnte sich als nicht gerechtfertigte Bevorzugung älterer Beschäftigter erweisen (in der Praxis übrigens auch als Zugangshindernis älterer Beschäftigter zu Arbeitsverhältnissen, in denen nach diesen Vergütungssystemen entlohnt werden muss).

6) Schadenersatz und Entschädigung

Gelingt nicht der Nachweis, dass eine tatsächliche oder vermutete Benachteiligung durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist, bestehen nach dem System des AGG Ansprüche auf (materiellen) Schadenersatz bzw. (immaterielle) Entschädigung, welche eine Form von Schmerzensgeld darstellt (§ 15). Wird ein Bewerber bei einem Einstellungsverfahren benachteiligt, besteht allerdings nur ein solcher Anspruch auf Schadenersatz und Entschädigung, nicht aber ein Anspruch auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses (kein Kontrahierungszwang vgl. § 15 Abs. 6).

Unterbleibt die Einstellung eines Bewerbers wegen einer nach dem AGG unzulässigen Benachteiligung, so könnte ein **Schadenersatzanspruch** grundsätzlich auf **Verdienstausschlag** gerichtet sein. Man wird einen solchen Verdienstausschlagsschaden wohl an der Länge der (fiktiven) Kündigungsfrist nach Eingehung des Arbeitsverhältnisses orientieren müssen. Eine ausdrückliche Begrenzung sieht das Gesetz allerdings nicht vor.

Ansprüche auf **immaterielle Entschädigung (Schmerzensgeld)** sind auf drei Monatsgehälter begrenzt, wenn der Arbeitgeber darlegen kann, dass auch bei einer benachteiligungsfreien Auswahlentscheidung eine Einstellung nicht erfolgt wäre. Wird also etwa ein Bewerber wegen seiner ethnischen Herkunft von vornherein und ohne nähere Prüfung abgelehnt, stellt sich aber später heraus, dass er auch nicht über die berufliche Qualifikation verfügt, welche für die zu besetzende Stelle gefordert wird, so wäre eine Entschädigung auf maximal drei Gehälter begrenzt. Im Bereich der geschlechtsbezogenen Diskriminierung, wo es nach § 611 a BGB bereits bislang eine inhaltsgleiche Entschädigungsregelung gab, haben die Arbeitsgerichte die Höhe dieser Entschädigungen in der Regel maßvoll auf ein bis zwei Monatsgehälter festgesetzt und lediglich in den Ausnahmefällen, in denen sich ergab, dass eine Einstellung hätte erfolgen müssen, höhere Summen ausgerechnet. Abzuwarten bleibt allerdings, ob sich die im angelsächsischen Raum verbreiteten hohen Entschädigungszahlungen, die dort als so genannte „punitive damages“ auch Strafcharakter haben, auch in Deutschland durchsetzen werden. Es bleibt zu hoffen, dass die deutsche Arbeitsgerichtsbarkeit in diesem Bereich ihre bisherige Zurückhaltung nicht aufgibt und insbesondere auch im Vorfeld nicht zu geringe Beweisanforderungen an die Darlegung der Benachteiligung stellt.

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) Neue Risiken für Unternehmer

Der Anspruch auf Entschädigung muss innerhalb einer Frist von zwei Monaten geltend gemacht werden, wobei die Frist im Falle der Ablehnung einer Bewerbung mit Zugang der Ablehnungsentscheidung beginnt (§ 15 Abs. 4). An diese Frist schließt sich eine weitere Drei-Monatsfrist, innerhalb welcher die Ansprüche gegebenenfalls gerichtlich geltend gemacht werden müssen (§ 61 b ArbGG).

Im bestehenden Arbeitsverhältnis besteht bei einer ungerechtfertigten materiellen Ungleichbehandlung gegenüber vergleichbaren Beschäftigten auch stets die Frage, ob diese Ungleichbehandlung durch eine „Anpassung nach oben“, also durch Gewährung der den benachteiligten Beschäftigten bislang vorenthaltenen Begünstigung, korrigiert werden muss. Das Gesetz beantwortet diese Frage nicht, die durch die Rechtsprechung geklärt werden muss.

7) Flankierende Maßnahmen des Gesetzgebers

Im AGG normiert der Gesetzgeber noch weitere, nach den Vorgaben der EG-Richtlinien erforderliche Verhaltenspflichten des Arbeitgebers, welche den Benachteiligungsschutz effektiver gestalten sollen. So ist der Arbeitgeber verpflichtet, Beschwerden von Beschäftigten nachzugehen, sie zu prüfen und deren Ergebnis mitzuteilen (§ 13). Beschäftigte dürfen wegen der Inanspruchnahme von Rechten nach dem AGG nicht benachteiligt oder gemäßregelt werden (§ 16). Vor allem aber soll der Arbeitgeber nach § 12 des Gesetzes auch Vorsorgemaßnahmen treffen. Er muss die Beschäftigten über das Gesetz und den dort geregelten Benachteiligungsschutz informieren und gleichzeitig bekannt machen, wer für die Behandlung von Beschwerden zuständig ist. Verstoßen Beschäftigte gegen das Benachteiligungsverbot, so hat der Arbeitgeber die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um Abhilfe zu schaffen. Seine gesetzliche Verpflichtung zu Vorbeugung gegenüber Benachteiligungen kann der Arbeitgeber insbesondere dadurch genügen, dass er Schulungen für die Beschäftigten durchführt (§ 12 Abs. 1, Abs. 2). Es ist zu erwarten, dass sich in diesem Zusammenhang eine eigene Schulungsindustrie etablieren wird, von der insbesondere die Arbeitnehmervertretungen Gebrauch machen dürften.

III. Handlungsanleitungen und Gestaltungsmöglichkeiten für den Arbeitgeber

Unternehmen sollten bei jedweden personellen Maßnahmen (Einstellungen, Versetzungen, Beförderungen, Schaffung und Modifizierung von Entgeltordnungen) darauf achten, dass der wie auch immer geartete Anschein einer Benachteiligung wegen der genannten Diskriminierungsmerkmale unbedingt unterbleibt und entsprechend dem Schutzzweck des AGG geeignete Vorbeugemaßnahmen getroffen werden. Danach könnten sich etwa folgende Handlungen und Maßnahmen anbieten:

1)

Stellenausschreibungen sollten unbedingt – abgesehen von den erwähnten Ausnahmen - geschlechtsneutral gehalten sein. Sie sollten weder direkt noch indirekt noch andeutungsweise irgendwelche subjektiven Merkmale und Eigenschaften der potentiellen Bewerber und Bewerberinnen in Bezug nehmen (insbesondere Alter, Aussehen, Gesundheit). Auch Deutschkenntnisse sollten in der Stellenausschreibung möglichst nicht verlangt werden, da dies als indirekte Benachteiligung von Ausländern ausgelegt werden könnte.

Auch sollten in den Stellenangeboten aus den genannten Gründen keine Angaben über Alter oder Herkunft verlangt werden. Es empfiehlt sich auch, keine Bewerbungsfotos anzufordern, da hieraus der Schluss gezogen werden könnte, dass die Einstellung von äußeren Merkmalen der Bewerber wie etwa der Hautfarbe abhängig gemacht werden könnte.

Insgesamt sollten sich Stellenausschreibungen an dem durch die zu besetzende Stelle vorgegebenen objektiven Anforderungsprofil orientieren. Es ist ratsam, dieses Anforderungsprofil mit der jeweiligen Arbeitnehmervertretung abzustimmen.

2)

Fragen in Bewerbergesprächen nach Gesundheitszustand, Familienplanung, Schwangerschaft, Schwerbehinderung, Alter, Herkunft etc. sollten unterbleiben. Häufig lassen sich diese Angaben ja auch bereits den Bewerbungsunterlagen entnehmen.

3)

Es sollte in jedem Fall eine **sorgfältige Dokumentation** des gesamten Bewerbungsverfahrens (auch bei Versetzungs- und Beförderungsentscheidungen) erstellt werden.

Dies beinhaltet zunächst das Anforderungsprofil für die zu besetzende Stelle und die Erstellung objektiver Eignungskriterien. Die Besetzungs- bzw. Ablehnungsentscheidung sollte anhand dieser Kriterien begründet werden. Es empfiehlt sich, subjektive Wertungen wie Sympathie oder etwa das „Gefühl, dass ein/e Bewerber/in besser in das Team passt“, nicht zu dokumentieren oder zur Rechtfertigung einer Einstellungsentscheidung heranzuziehen. „Soft skills“ wie Teamfähigkeit sollten lediglich dann zur Grundlage einer Einstellungsentscheidung gemacht werden, wenn entsprechende Bewertungen auf der Grundlage eines objektivierbaren Einstellungsverfahrens wie etwa eines „assessment centers“ gewonnen worden sind.

Wegen der genannten Zwei-Monats-Frist für die Geltendmachung von Schadenersatz- und Entschädigungsansprüchen sollten Bewerbungsunterlagen in problematischen Fällen noch zwei Monate nach Zustellung einer Ablehnungsentscheidung aufbewahrt bzw. in digitaler Form archiviert werden.

Über die gesetzlich vorgesehene Beteiligung der Arbeitnehmervertretung hinaus ist bei schwerbehinderten Bewerbern unbedingt die Schwerbehindertenvertretung zu beteiligen (§ 81 Abs. 1 SGB X), da dies andernfalls als Benachteiligung ausgelegt werden könnte.

4)

Ablehnungsschreiben sind zum Abschluss des Bewerbungsverfahrens möglichst neutral und vorsichtig zu formulieren. Über die die Ablehnung tragenden Gründe sollte auch auf Nachfrage keine mündliche Auskunft erteilt werden.

5)

Bei jedweden potentiellen Auseinandersetzungen um Benachteiligungsschutz ist es hilfreich, wenn Unternehmen darlegen können, in hinreichendem Umfange **Vorbeugemaßnahmen** nach § 12 Abs. 1 und Abs. 2 AGG getroffen zu haben. In diesem Zusammenhang könnte etwa auch mit dem Betriebsrat eine Antidiskriminierungsvereinbarung abgeschlossen werden, in welchem ein Verfahren festgelegt, das etwa regelt, wie einschlägigen Beschwerden nachgegangen und abgeholfen werden könnte. Der Gesetzestext und die etwaige Betriebsvereinbarung sollten zur Einsichtnahme für die Beschäftigten ausliegen. Auch sollten jedenfalls für Betriebsratsmitglieder Schulungen auf Nachfrage angeboten werden. Fachverlage haben bereits Merkblätter zum AGG herausgegeben, die an die Beschäftigten verteilt werden könnten. Die Arbeitnehmer könnten ggf. auch in einer Betriebsvereinbarung oder über das Intranet über den Regelungsinhalt des Gesetzes **informiert** werden.

IV. Fazit

Das AGG wird die Praxis der Unternehmen bei jedweden personellen Maßnahmen verändern. Wer den Inhalt von Stellenausschreibungen, Bewerbungsgesprächen und Ablehnungsbescheiden entsprechend neutral und vorsichtig gestaltet und darüber hinaus das Bewerbungsverfahren sorgfältig dokumentiert, kann die durch die Schaffung des AGG für den Unternehmer begründeten Risiken minimieren. Der hiermit verbundene Verwaltungsaufwand sowie zusätzliche Kosten für Schulungen und Information der Beschäftigten sind dabei unvermeidbar. Es ist dringend davon abzuraten, die gesetzlichen Anforderungen des AGG zu missachten und keine Vorsorge zu treffen.