

# Kanzlei am Steinmarkt

## RAe Kuchenreuter, Dr. Stangl & Alt

### Rundschreiben / Ausgabe 07/2006

## Thema: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)/Arbeitsrecht

### 1. Einleitung

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG), das häufig noch unter seinem Vorgängertitel „Antidiskriminierungsgesetz“ bekannt ist, wird am Tag nach der Verkündung in Kraft treten. Es sollte bereits zum 01.08.2006 in Kraft treten, liegt aber derzeit noch beim Bundespräsidenten. Kaum ein anderes Gesetz ist politisch so umstritten gewesen wie das AGG. Nach mehrfachem Anlauf und nur unter Androhung erheblicher Zahlungen gegenüber der BRD aufgrund Versäumung der Umsetzungsfrist der europäischen Richtlinien, soll das Gesetz nun gelten. Für das sogenannte zivilrechtliche Benachteiligungsverbot bestehen Übergangsfristen (gesondertes Rundschreiben).

Das **Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz** hat im Arbeitsrecht erhebliche **Bedeutung**. Diese Unkenntnis kann leicht zu einer erheblichen Haftungsgefahr für den Unternehmer werden.

Der Unternehmer muss daher dafür sorgen, dass alle Maßnahmen im Zusammenhang mit der Durchführung eines Geschäftes mit dem AGG vereinbar sind. Der Unternehmer sollte sich schnellstmöglich mit den Inhalten des Gesetzes vertraut machen, um sich vorzubereiten und keine Angriffsflächen für Ansprüche oder Ähnliches zu bieten.

### 2. Inhalt des AGG

#### 2.1. Gleichbehandlungsmerkmale

Das AGG hat die Zielsetzung, Benachteiligungen wegen der in § 1 AGG genannten Gründe in seinem Anwendungsbereich zu verhindern oder zu beseitigen. Es setzt damit die europäischen Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG, 2002/73/EG und 2004/113/EG um. Dabei sind folgende Merkmale zu beachten:

- **Geschlecht**
- **Behinderung** (im Sinne von § 2 Abs. 1 SGB IX)
- **Alter** (meint sowohl Ältere als auch Jüngere)
- **Rasse und ethnische Herkunft**
- **Religion**
- **Weltanschauung** (nicht im Zivilrecht)
- **sexuelle Identität**

Es sei bereits an dieser Stelle kritisch angemerkt, dass eine Reihe der vorstehend genannten Begriffe nicht eindeutig geregelt sind. Dies betrifft insbesondere die Merkmale Behinderung, Rasse und ethnische Herkunft, Religion und Weltanschauung. Man denke nur an Sachverhalte wie „Sientology“ oder „Nationalsozialismus“! Sind dies nicht zu benachteiligende Religionen oder Weltanschauungen? Beispielsweise ist „Sientology“ nach deutschem Recht keine Religion. In anderen europäischen Ländern wird dies anders gesehen. Es kann im Einzelfall nicht mit Sicherheit gesagt werden, welche Sachverhalte unter die Begriffe fallen oder nicht, es gibt daher große Grauzonen. Es ist daher mit Rechtsstreitigkeiten zu rechnen, wie diese Begriffe auszulegen sind, insbesondere im Hinblick auf den europäischen Kontext.

Fakt ist, dass der Arbeitgeber im Unternehmen dafür zu sorgen hat, dass entsprechende Benachteiligungen in Bezug auf die vorgenannten Merkmale verhindert werden bzw. nicht ohne sachlichen Grund erfolgen.

## 2.2. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich des AGG ist im Arbeitsrecht gem. § 6 ff. AGG sehr weit. Dem persönlichen Geltungsbereich unterfallen alle Beschäftigten eines Betriebes, Arbeitnehmer, Auszubildende, Leiharbeiter, Heimarbeiter und arbeitnehmerähnliche Personen sowie ganz wichtig, auch die Bewerber.

Nach § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG gelten als Beschäftigte auch Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis. Der Begriff des „Bewerbers“ ist gesetzlich nicht definiert. Ausreichend ist, wenn eine Person sich beim Arbeitgeber um eine Beschäftigung bewirbt.

In den Anwendungsbereich fallen nach § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG auch eine Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses. Gem. § 6 Abs. 3 AGG werden auch Selbständige und Organmitglieder, beispielsweise Geschäftsführer, vom Anwendungsbereich des AGG erfasst, so weit es die Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit sowie den beruflichen Aufstieg betrifft.

## 2.3. Benachteiligungshandlungen

Benachteiligungen im Sinne dieses Gesetzes sind in § 3 AGG definiert. Danach ist verboten: eine

- **unmittelbare Benachteiligung**
- **mittelbare Benachteiligung**
- **Belästigung**
- **sexuelle Belästigung**
- **Anweisung zur Benachteiligung**

Hierunter sind im Einzelnen zu verstehen:

- **Unmittelbare Benachteiligungen**, bei denen eine Person oder Personengruppe direkt wegen eines Gleichbehandlungsmerkmals ungünstiger behandelt wird als Andere, die dieses Merkmal nicht erfüllen und wenn diese ungleiche Behandlung nicht gerechtfertigt ist (gem. §§ 8, 9, 10 AGG beim Arbeitsrecht, gem. §§ 19 Abs. 3, 20 AGG im Zivilrecht).

### Beispiel:

- Arbeitgeber verweigert arabischer Sekretärin das Vorstellungsgespräch, weil sie ein Kopftuch trägt.
- Ausschreibung einer Stelle für einen jungen, dynamischen Mitarbeiter nicht über 35 Jahren

- **Mittelbare Benachteiligungen**, bei denen eine neutrale Regelung vorliegt, die sich nachteilig auf Personen bzw. Gruppen auswirken kann, die eines der Merkmale erfüllen, in dem beispielsweise mittelbar durch die Notwendigkeit der Beherrschung der deutschen Sprache andere Ethnien benachteiligt werden.

### Beispiel:

- Der Arbeitgeber macht eine Einstellung davon abhängig, dass der Bewerber größer als 2 m ist (könnte Benachteiligung sein, sofern feststellbar ist, dass Männer grundsätzlich größer als Frauen sind und damit Frauen mittelbar benachteiligt werden).

- **Belästigungen**, definiert als unerwünschte Verhaltensweisen, die die Würde einer Person verletzen, bei denen ein „feindliches Umfeld“ geschaffen wird.

**Beispiel:**

- Mitarbeiter legen einem Nigerianer regelmäßig morgens eine Banane auf den Arbeitstisch.
- Mitarbeitern mit österreichischer Staatsangehörigkeit werden laufend Witze über Österreicher erzählt.

- **Sexuelle Belästigungen**, die sich durch ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten kennzeichnen, insbesondere (also nicht: und) ein feindliches Umfeld geschaffen wird.

**Beispiel:**

- Busengrabschen
- Dekorierung des Büros der pruden Sekretärin mit Pinup-Fotos

- **Anweisung zur Benachteiligung**

**Beispiel:**

- Unternehmer weist seinen Mitarbeiter an, keine Artikel an Araber oder sonstige Bombenleger zu verkaufen.
- Arbeitgeber weist den Mitarbeiter an, der schüchternen Sekretärin Pornoheftchen auf den Schreibtisch zu legen, um das allgemeine Betriebsklima und die Lebenseinstellung der Sekretärin zu verbessern.

Auch diese sogenannten unzulässigen Verhaltensformen arbeiten mit unbestimmten Rechtsbegriffen, die Rechtsprechung und Lehre noch mit Leben erfüllen müssen.

## 2.4. Adressaten des Benachteiligungsverbot

Das Benachteiligungsverbot nach § 7 Abs. 1 AGG richtet sich an:

- **Arbeitgeber**
- **Arbeitskollegen**
- **Dritte** (beispielsweise Lieferanten, Kunden, usw.)

Die Aufzählung Dritter erscheint zunächst überraschend. Dies ist aber vom Gesetz gewollt. Das Gesetz verpflichtet den Arbeitgeber zu konkreten Maßnahmen zur Verhinderung von Benachteiligungen. Sofern im Rahmen eines geschäftlichen Kontaktes Beschäftigte des Arbeitgebers durch Dritte benachteiligt werden, kann dies auch den Arbeitgeber zu Handlungen zwingen.

## 2.5. Typische Benachteiligungssituationen

Arbeitgeber neigen dazu, den Anwendungsbereich des AGG und damit die typischen Benachteiligungssituationen auf die bloße Stellenausschreibung zu reduzieren. Für den Arbeitgeber gibt es zahlreiche „Stolpersteine“, die bei Unachtsamkeit übersehen werden können. Der Arbeitgeber muss **sämtliche Abläufe** im Unternehmen einschließlich Betriebsvereinbarungen überprüfen, ob diese den Anforderungen des AGG genügen. Gerade die häufige Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen und das „**Regel-Ausnahme-Labyrinth**“ bergen eine Reihe von Haftungsgefahren. Nachfolgend einige der Abläufe, bei denen typische Benachteiligungshandlungen auftreten können:

### Typische Benachteiligungssituationen:

- Stellenausschreibungen, Einstellungs- und Auswahlverfahren, Antwortschreiben
- Beförderung, Umsetzungen, Versetzungen
- Abmahnungen und Kündigungen
- Lohn und Gehalt
- Bewertung und Beurteilung von Leistungen
- Bonussysteme
- Aus- und Weiterbildung
- Arbeitsverträge
- Betriebsvereinbarungen
- Tarifverträge
- Sonstige Vereinbarungen

Bei den typischen Situationen ist eine Besonderheit im Zusammenhang mit der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses zu berücksichtigen. Hier soll vorrangig das **Kündigungsschutzgesetz** greifen. Damit findet § 7 AGG im Falle einer diskriminierten Kündigung keine unmittelbare Anwendung. Die Verweisung in § 2 Abs. 4 AGG bedeutet aber nicht, dass das AGG im Rahmen einer Kündigung keine Bedeutung hätte.

Eine Kündigung wegen eines der in § 1 AGG genannten Benachteiligungstatbestände ist grundsätzlich unwirksam. Die Unwirksamkeit ergibt sich hier aus § 134 BGB i.V.m. § 7 AGG. Dass die Normen des AGG und die des Kündigungsschutzgesetzes nebeneinander zu berücksichtigen sind, ergibt sich beispielsweise aus dem eingeschränkten Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes. So ist auch, wenn das Kündigungsschutzgesetz nicht anwendbar ist, wie beispielsweise:

- in Kleinbetrieben, die die Grenze des § 23 Abs. 1 Satz 2-4 KSchG nicht überschreiten
  - in Ausnahmebetrieben gem. § 22 KSchG
  - in den ersten 6 Monaten eines Arbeitsverhältnisses gem. § 1 Abs. 1 KSchG
- eine diskriminierende Kündigung dennoch gem. § 134 BGB rechtsunwirksam.

Eine Reihe von Abgrenzungsfragen sind noch offen, beispielsweise die Möglichkeiten der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aufgrund einer diskriminierenden Kündigung.

### 2.7. Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung

Nicht jede Ungleichbehandlung ist unzulässig. In den §§ 8 - 10 AGG sind Gründe genannt, die im Bereich des Arbeitsrechts eine **sachliche Rechtfertigung** einer unterschiedlichen Behandlung erlauben.

In § 8 AGG werden dabei allgemein Tatbestände einer zulässigen unterschiedlichen Behandlung beschrieben, in § 9 AGG die Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung wegen Religion oder Weltanschauung, in § 10 AGG die zulässige unterschiedliche Behandlung wegen des Alters.

Nach § 8 Abs. 1 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung zulässig, wenn der Unterscheidungsgrund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder Bedingung ihrer Ausübung:

- eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt und
- der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist.

Bereits der Wortlaut legt nahe, dass der Grund für die Ungleichbehandlung wesentlich und entscheidend für die berufliche Anforderung sein muss. Nicht ausreichend ist eine reine Zweckmäßigkeitserwägung. Die Anforderungen müssen auch angemessen sein. Damit soll die Verhältnismäßigkeit gewahrt werden zwischen dem beruflichen Zweck und dem Schutz der Benachteiligung.

#### **Beispiel:**

Ein Rollstuhlfahrer bewirbt sich beim Bauunternehmen für die Stelle eines Trockenbauers.

Nach § 9 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt wegen Religion oder Weltanschauung, wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung unter Beachtung des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft oder Vereinigung im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht oder nach der Art der beruflichen Tätigkeit unter der Bedingung ihrer Ausübung, eine wesentlich rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung stellt.

Gem. § 10 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung des Alters gerechtfertigt, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist.

## **2.8. Organisationspflichten des Arbeitgebers**

Gem. §§ 11, 12 AGG ist der Arbeitgeber verpflichtet, notwendige präventive Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen zu ergreifen. Der Arbeitgeber muss in geeigneter Art und Weise auf die Unzulässigkeit der Benachteiligungen nach dem AGG, insbesondere im Rahmen der beruflichen **Aus- und Fortbildung**, hinweisen und darauf hinwirken, dass diese unterbleiben. Der Arbeitgeber hat seine Beschäftigten in geeigneter Weise zum Zwecke der Verhinderung derartiger Benachteiligungen zu schulen.

Welche Maßnahmen konkret geboten sind, hängt von der Größe des Betriebes ab. Beispielsweise kann der Arbeitgeber innerbetriebliche organisatorische Maßnahmen ergreifen und über die Problematik der Benachteiligung aufklären.

Bei Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot hat der Arbeitgeber die im einzelnen Fall **geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen** zur Unterbindung der Benachteiligung, beispielsweise:

- Abmahnung
  - Umsetzung
  - Versetzung
  - Kündigung
- zu ergreifen.

Der Arbeitgeber ist nach dem AGG verpflichtet, geeignete und angemessene Maßnahmen zum Schutz seiner Beschäftigten zu ergreifen, wenn diese bei der Ausübung einer Tätigkeit durch Dritte (z.B. Lieferanten oder Kunden) benachteiligt werden. Den Arbeitgeber treffen somit auch mittelbar Pflichten an der Schnittstelle gegenüber dem Kunden.

Der Arbeitgeber muss die gesetzlichen Vorschriften einschließlich der maßgeblichen Klagefrist in § 61b ArbGG im Betrieb durch Aushang oder Auslegung an geeigneter Stelle oder mittels der üblichen Informations- und Kommunikationstechniken **bekannt machen**. Zugleich ist über die vorhandene, für die Behandlung von Beschwerden zuständige Stelle (Gleichstellungsbeauftragter, betriebliche Beschwerdestelle, Vorgesetzter) zu informieren.

### 3. Ansprüche

Die Ansprüche der Beteiligten bei Verstößen gegen das AGG sind im Arbeitsrecht:

**Beschwerderecht des Benachteiligten.** Beschäftigte, die von einer Ungleichbehandlung betroffen sind, haben zunächst ein Beschwerderecht beim Vorgesetzten, bei einem Gleichstellungsbeauftragten und bei etwaigen betrieblichen Beschwerdestellen. Die **Beschwerde** muss inhaltlich geprüft und das Ergebnis dem beschwerdeführenden Beschäftigten mitgeteilt werden.

**Leistungsverweigerungsrecht** des Benachteiligten nach § 14 AGG. Das Leistungsverweigerungsrecht ist beschränkt auf Ungleichbehandlungen in Form von Belästigungen und sexuellen Belästigungen, wenn der Arbeitgeber keine oder keine geeigneten Gegenmaßnahmen ergreift. Die betroffenen Beschäftigten sind berechtigt, ihre Tätigkeit unter Beibehalt des Arbeitsentgeltes einzustellen, soweit dies zu ihrem Schutz erforderlich ist.

**Entschädigung und Schadensersatz** gewährt § 15 AGG. Der Beschäftigte hat einen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung und Geld für **immaterielle Schäden** (Schmerzensgeld) und Schadensersatz für **materielle Schäden**.

Der immaterielle Schaden ist verschuldensunabhängig. Die Höhe der Entschädigung muss angemessen sein, jedoch je nach Fall auch eine abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber haben. Gem. § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG darf die Entschädigung bei einer Nichteinstellung des Benachteiligten drei Monatsgehälter nicht übersteigen.

Bei einem materiellen Schadensersatzanspruch ist es notwendig, dass der Arbeitgeber die Pflichtverletzung zu vertreten hat, sei es vorsätzlich oder fahrlässig.

Im Falle, dass die Benachteiligung im Betrieb durch die Anwendung kollektiv rechtlicher Vereinbarungen erfolgt ist, hat der Arbeitgeber eine Entschädigungspflicht nur, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat. Dies gilt auch dann, wenn – mangels Tarifbindung – die Geltung von Tarifverträgen im Arbeitsvertrag vereinbart ist, ferner wenn ein Tarifvertrag für allgemein verbindlich erklärt wurde.

#### **HINWEIS:**

Ein Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder auf einen beruflichen Aufstieg gewährt das AGG nicht.

#### 4. Beweislast

Betroffene, die sich auf eine Benachteiligung berufen, müssen zunächst nach allgemeinen Regeln beweisen, dass sie gegenüber einer anderen Person ungünstiger behandelt worden sind. Ihnen kommt eine Beweiserleichterung zu gute, in dem sie lediglich Indizien vortragen müssen, aus denen sich schließen lässt, dass die Benachteiligung auf eine unterschiedliche Behandlung im Sinne des AGG beruht. Dies kann im Falle einer nicht geschlechtsneutralen Stellenausschreibung oder einer unüberlegten Äußerung in einem Bewerbungsgespräch oder in einer ungeschickten Begründung einer Ablehnung bereits gegeben sein.

Sofern die Indizien nachgewiesen sind, kehrt sich die Beweislast zu Lasten des Arbeitgebers um.

Dann muss der Arbeitgeber den Beweis erbringen, dass kein Verstoß gegen das AGG vorliegt. Dies betrifft insbesondere das Vorliegen sachlicher Gründe, die eine Benachteiligung rechtfertigen.

#### 5. Frist zur Geltendmachung von Ansprüchen

Entschädigung und Schadensersatz müssen gem. § 15 Abs. 4 AGG innerhalb von **2 Monaten** ab Kenntniserlangung schriftlich geltend gemacht werden. **Fristbeginn** ist im Falle einer Bewerbung oder eines beruflichen Aufstiegs der **Zugang** der Ablehnung durch den Arbeitgeber und in sonstigen Fällen einer Benachteiligung der Zeitpunkt, in dem der Beschäftigte von der Benachteiligung **Kenntnis** erlangt.

#### HINWEIS:

Die Dokumentation des Zugangs bzw. der Kenntniserlangung sollte im Eigeninteresse des Arbeitgebers erfolgen.

#### 6. In Kraft treten

Die Vorschriften treten einen Tag nach der Verkündigung in Kraft.

#### 7. Vorbereitung

Der Arbeitgeber ist gefordert, rechtzeitig den Betrieb auf das AGG einzustellen. Der Arbeitgeber sollte eine umfassende Bestandsaufnahme der vielfältigen betrieblichen Abläufe, insbesondere im Bereich der Personalarbeit, vornehmen. Dabei sollten sowohl individualrechtliche- als auch kollektivrechtliche Vereinbarungen unter die Lupe genommen werden. Nachfolgend eine kleine Checkliste:

#### CHECKLISTE:

- Der Arbeitgeber soll bei **Stellenausschreibungen** sicherstellen, dass diese nicht nur geschlechtsneutral formuliert sind, sondern auch keine konkreten Altersangaben oder sonstige Formulierungen enthalten, die nach Rasse, ethnischer Herkunft, Religion oder Weltanschauung, Behinderung oder sexueller Veranlagung differenzieren.
- Bei **Einstellungsgesprächen** sollte gleichfalls keinerlei Hinweis oder Angriffsfläche für die vorstehend aufgeführten Gleichbehandlungsmerkmale gegeben werden. Der Arbeitgeber sollte die Bewerberfragebögen überarbeiten und nach möglichen Indizien für eine Ungleichbehandlung prüfen.
- Der Arbeitgeber sollte bei **Einstellungsentscheidungen** auf rein objektive Kriterien abstellen und etwaige Absageschreiben neutral und inhaltsleer abfassen.

- Prüfung der **Beurteilungssysteme**, bei Personal, Bonuszahlungen, Rabattsystemen, Beförderungen, Gesprächsführungen, Einstellungen usw.
- **Dokumentation** der Entscheidungen. Der Arbeitgeber sollte alle relevanten Informationen wenigstens für die Dauer der Klagefrist aufheben, z.B. Stellenausschreibung, Bewerberunterlagen, Absageschreiben, Beförderungen, Kündigungen, Gesprächsprotokolle, Telefonnotizen, etc.
- Wichtige Entscheidungen, beispielsweise Einstellungen, Beförderungen, etc. sollten durch Hinzuziehung weiteren Personals als **Zeugen** abgesichert werden. Vermeidung einer „Pattsituation“, in dem lediglich Arbeitgeber und potentieller Benachteiligter sich gegenüberstehen.
- Prüfen der innerbetrieblichen Abteilungen und Positionen, in denen eine Ungleichbehandlung vorliegt, die aber **sachlich gerechtfertigt** werden kann.
- Prüfung sämtlicher Arbeitsverträge, Betriebsvereinbarungen unter dem Gesichtspunkt des AGG.
- Aufklärungsarbeit, **Information** der Beschäftigten über das neue AGG und Einrichtung einer Beschwerdestelle einschließlich Bekanntgabe.
- **Organisationspflicht** nicht vernachlässigen, in dem vorbeugende Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen getroffen werden, etwa durch Schulungen der Mitarbeiter, um Benachteiligungen zu verhindern bzw. sich dagegen erfolgreich wehren zu können.
- **Sanktionen** der Benachteiligten durch Abmahnung, Versetzung, Umsetzung oder Kündigung.

## 9. Zusammenfassung

Das AGG bringt eine Reihe von Neuerungen auch im Arbeitsrecht. Die Anwendung des Gesetzes wird durch die vielen „unbestimmten Rechtsbegriffe“ erschwert. Entgegen der Behauptung des Gesetzgebers, führt das Gesetz gerade bei kleinen und mittelständischen Unternehmen zu einem erheblichen Dokumentationsaufwand und Haftungsgefahren.