



Betriebspolitik | Vorstand

Handlungshilfe für Betriebsräte und Vertrauensleute

21

# Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz- AGG

## Impressum

Produkt-Nr. 11427-65144  
Herausgeber: IG Metall Vorstand  
FB Betriebspolitik

Autorin: Christine Brinkmann

Redaktion: Jürgen Ulber und Isaf Gün, FB Betriebspolitik

Ausgabe: Oktober 2016

Druckvorstufe: Da-TeX Gerd Blumenstein, Leipzig  
Druck: MediaPrint, Paderborn



## Vorwort

Liebe Kolleginnen und Kollegen,

funktionierende Mitbestimmung ist die Grundvoraussetzung für eine erfolgreiche Interessenpolitik im Sinne der Beschäftigten. Unsere Leitlinie ist, das Arbeitsleben der Beschäftigten sicher, gerecht und selbstbestimmt zu gestalten.

Unsere gemeinsame Aufgabe als Metallerinnen und Metaller ist es deshalb, anstehende Veränderungen vom Betrieb her zu denken. Sonst bestimmen Politiker, Wissenschaftler und vor allem die Arbeitgeber, wo, wie und wann in Zukunft gearbeitet wird.

Betriebliche Interessenvertretung braucht dafür gewerkschaftlich organisierte und selbstbewusst handelnde Belegschaften. Auf Vertrauensleute und Betriebsräte kommen zunehmend neue Herausforderungen und zusätzliche Aufgaben zu. Es bestehen aber auch vielfältige Handlungsoptionen, zum Beispiel in der täglichen Betriebsratsarbeit. Deshalb setzen wir auf aktive Einbeziehung und Mitwirkung der Beschäftigten.

Im Hinblick auf diese Herausforderungen brauchen Betriebsräte und Vertrauensleute für ihre tägliche Arbeit ein solides Grundwissen über gesetzliche Bestimmungen und entsprechende Handlungsmöglichkeiten. Dafür steht ein breit gefächertes Qualifizierungsangebot der IG Metall zur Verfügung. Mit unserer Broschürenreihe wollen wir den InteressenvertreterInnen Grundlagen vermitteln und die Handlungsorientierung für die betriebliche Arbeit unterstützen.

Zu dieser Ausgabe: Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) schützt Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, einer Behinderung, des Alters, der Rasse oder ethnischen Herkunft. Betriebsräte sind dazu aufgerufen, das Gesetz in die Praxis umzusetzen und die Interessen der Belegschaft zu schützen. Die vorliegende Broschüre gibt einen Überblick über die hiermit verbundenen rechtlichen und praktischen Fragen.

Frankfurt am Main, Oktober 2016



Jörg Hofmann  
Erster Vorsitzender der IG Metall





# Inhalt

Vorwort	3
Abkürzungsverzeichnis	9
<b>I. Einleitung</b>	<b>11</b>
1. Warum benötigt Deutschland dieses Gesetz?	13
2. In Kurzform: Was ist das AGG und wer ist davon betroffen?	15
2.1 Die verpönten Merkmale	15
2.2 Die Benachteiligungsformen	15
2.3 Die Ausnahmen	17
2.4 Anwendungsbereich	18
2.5 Besonderheiten	19
2.5.1 Beweislast erleichterung	19
2.5.2 Betriebsräte	19
2.5.3 Verhältnis altes Recht – neues Recht	20
<b>II. Auswirkungen des AGG auf Beteiligungsrechte des Betriebsrats</b>	<b>21</b>
1. Beteiligungsrechte des Betriebsrats aus dem BetrVG	21
1.1 Beginn des Arbeitsverhältnisses/Einstellung	24
1.1.1 Stellenausschreibung	24
1.1.2 Bewerbungsverfahren	27
1.1.2.1 Personalfragebogen	27
1.1.2.2 Einstellungsgespräche	31
1.1.3 Einstellungsentscheidung	31
1.2 Durchführung des Arbeitsverhältnisses	33
1.2.1 Vergütung, einschließlich Eingruppierung und Umgruppierung	33
1.2.2 Arbeitsbedingungen	36
1.2.3 Bildungswesen	37
1.3 Personalentwicklung	39
1.3.1 Versetzung	39
1.3.2 Beförderung	41
1.4 Beendigung des Arbeitsverhältnisses	42
1.4.1 Kündigung durch den Arbeitgeber	42
1.4.2 Andere Beendigungsformen	45
1.4.3 Personalabbau	46



2.	Beteiligungsrechte des Betriebsrats aus dem AGG	48
2.1	Pflichten des Arbeitgebers	48
2.1.1	Organisationspflichten	48
2.1.2	Information (Schulungen)	51
2.1.3	Beschwerdestelle schaffen	53
2.1.4	Maßregelungsverbot	54
2.1.5	Kooperation und Soziale Verantwortung	55
2.2	Rechte der Beschäftigten	57
2.2.1	Beschwerde	57
2.2.2	Leistungsverweigerung	58
2.2.3	Entschädigung und Schadensersatz	59
2.2.3.1	Schadensersatz	60
2.2.3.2	Entschädigung	61
2.2.3.3	Ausnahme	64
2.2.3.4	Frist	64
<b>III.</b>	<b>Durchsetzung der Rechte</b>	<b>66</b>
1.	Durch den Beschäftigten selbst	66
2.	Durch Betriebsrat/Gewerkschaft	66
2.1	Außergerichtliche Möglichkeiten	71
2.2	Gerichtliche Durchsetzbarkeit	71
<b>IV.</b>	<b>Fazit und Ausblick</b>	<b>76</b>
<b>Anhang</b>		<b>79</b>
1.	AGG zur Vertiefung	79
1.1	Ziele	79
1.2	Die verpönten Merkmale	80
1.3	Sachlicher Anwendungsbereich	87
1.4	Arten der Diskriminierung	88
1.4.1	Unmittelbare Benachteiligung	88
1.4.2	Mittelbare Benachteiligung	91
1.4.3	Belästigung	94
1.4.4	Sexuelle Belästigung	96
1.4.5	Anweisung	97
1.5	Persönlicher Anwendungsbereich	98
1.6	Die Ausnahmen	99
1.6.1	Berufliche Anforderung, § 8 AGG	100
1.6.2	Religion und Weltanschauung, § 9 AGG	103
1.6.3	Alter, § 10 AGG	103



---

1.6.4	Positive Maßnahmen, § 5 AGG	106
1.6.5	Mehrfachdiskriminierung, § 4 AGG	106
1.7	Unabdingbarkeit des AGG	107
2.	Musterbetriebsvereinbarung zum AGG	108
<b>Stichwortverzeichnis</b>		<b>113</b>
<b>Wichtiger Hinweis</b>		<b>115</b>





## Abkürzungsverzeichnis

<b>Abs.</b>	Absatz
<b>AG</b>	Aktiengesellschaft
<b>AGG</b>	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
<b>ArbGG</b>	Arbeitsgerichtsgesetz
<b>Art.</b>	Artikel
<b>ATG</b>	Altersteilzeitgesetz
<b>BAG</b>	Bundesarbeitsgericht
<b>BetrVG</b>	Betriebsverfassungsgesetz
<b>BetrAVG</b>	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
<b>BGB</b>	Bürgerliches Gesetzbuch
<b>BGG</b>	Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen
<b>BschSchG</b>	Beschäftigtenschutzgesetz
<b>BT-Drs.</b>	Bundestagsdrucksache
<b>bzgl.</b>	bezüglich
<b>bzw.</b>	beziehungsweise
<b>d. h.</b>	das heißt
<b>etc.</b>	et cetera
<b>evtl.</b>	eventuell
<b>EuGH</b>	Europäischer Gerichtshof
<b>f.</b>	folgend(e)
<b>ff.</b>	fortfolgend(e)
<b>GbR</b>	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
<b>GdB</b>	Grad der Behinderung
<b>GG</b>	Grundgesetz
<b>GmbH</b>	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
<b>i. V. m.</b>	in Verbindung mit
<b>i. d. R.</b>	in der Regel
<b>KG</b>	Kommanditgesellschaft
<b>KSchG</b>	Kündigungsschutzgesetz
<b>m. w. N.</b>	mit weiteren Nachweisen
<b>NJOZ</b>	Neue Juristische Online Zeitschrift
<b>Nr.</b>	Nummer
<b>NZA</b>	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
<b>oHG</b>	Offene Handelsgesellschaft
<b>RiLi</b>	Richtlinie
<b>Rn.</b>	Randnummer
<b>S.</b>	Seite



<b>SGB</b>	Sozialgesetzbuch
<b>s. o.</b>	siehe oben
<b>sog.</b>	so genannte(e)
<b>StGB</b>	Strafgesetzbuch
<b>TzBfG</b>	Teilzeit- und Befristungsgesetz
<b>u. a.</b>	unter anderem
<b>vgl.</b>	vergleiche
<b>ZPO</b>	Zivilprozessordnung



# I. Einleitung

Das auf Grundlage von vier europäischen Gleichbehandlungsrichtlinien am 18.8.2006 in Kraft getretene Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz hat bereits zum Zeitpunkt des Gesetzesentwurfes zum Antidiskriminierungsgesetz für kontroverse gesellschaftspolitische Diskussionen gesorgt. So wählte die Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) am 16.12.2004 eine »Kulturrevolution«, während das Hamburger Abendblatt vom 6.11.2006 sinnierte: »Die EU-Regel wird in Deutschland sehr eng ausgelegt und erlaubt nur noch bewährte Ausgrenzungen, wie Kinderteller oder Frauenparkplätze«.

Dabei waren Diskriminierungsverbote dem deutschen Arbeitsrecht nie fremd, sondern existierten schon seit langem, z. B. im Schwerbehindertenrecht.

Diskriminierungsverbote im Arbeitsrecht

Mit Einführung des AGG stellte sich daher die Frage, was wirklich dran war am neuen AGG. Handelte es sich dabei um eine Art neuer Geheimwaffe der Arbeitnehmer?<sup>1</sup> Konnte sich neuerdings jeder Arbeitnehmer irgendwie auf Benachteiligung berufen, um dann eine Entschädigung zu verlangen, die bis zur Rente reichen sollte? Bedeutete das AGG für die Arbeitgeber den vielbeschworenen Standortnachteil sowie einen erneuten Wachstumshemmer?

Neue Regelungen

Die Antwort lag und liegt wohl wie üblich irgendwo dazwischen.

In den nunmehr zehn Jahren seit Inkrafttreten des AGG hat die Praxis gezeigt, dass das AGG durchaus Verbesserungen für den Arbeitnehmer mit sich gebracht hat, aber dass die große Klagewelle und die mancherorts vermutete Verarmung der Arbeitgeber wegen immenser Entschädigungsforderungen der »AGG-Hopper« – wie schon in der Erstaufgabe gemutmaß<sup>2</sup> – ausgeblieben sind.

Gleichzeitig mit Inkrafttreten des AGG wurde die erste allgemein als richtungweisend betitelt Klage bei dem ArbG in Frankfurt/Main anhängig gemacht und kurz darauf entschieden.<sup>3</sup>

1 Der einfachen Lesbarkeit halber wurde auf die Verwendung sowohl der männlichen als auch der weiblichen Form oder des großen I verzichtet. Gemeint sind selbstverständlich sowohl Frauen als auch Männer, auch wenn nur eines der beiden Geschlechter genannt wird.

2 Vgl. insoweit Prof. Heide Pfarr in Bocklerimpuls 2/2005, S. 3 über den Mythos Klagewelle; AiB 2008, 259.

3 Aktenzeichen: 6 Ca 7405/06.



**Benachteiligung  
wegen des Alters**

Sechs Piloten der Lufthansa wollten erreichen, dass sie nicht schon mit 60 Jahren vom Flugdienst suspendiert würden, sondern bis zur Vollendung des 65. Geburtstages fliegen dürften. Sie beriefen sich insofern auf eine Benachteiligung wegen des Alters nach dem AGG.

Das ArbG Frankfurt hatte die Klage mit Urteil vom 14. 3. 2007 in erster Instanz abgewiesen. Aber auch die anschließende Berufung zum LAG Hessen wurde mit Urteil vom 15. 10. 2007 zurückgewiesen.<sup>4</sup> Zur Begründung für die abweisende Entscheidung wurde auf »Sicherheitsaspekte« und darauf verwiesen, dass die aufgestellten Altersbeschränkungen für Piloten »objektiv und angemessen durch ein legitimes Ziel, nämlich zum Schutz von Leib und Leben der Besatzung, der Passagiere und der Menschen in den überflogenen Gebieten« geboten seien.<sup>5</sup>

Die Kläger haben gegen die Urteile Revision beim BAG eingereicht. Das BAG hat seinerseits mit Beschluss vom 17. 6. 2009 den EuGH um eine Vorabentscheidung ersucht, da es selbst hinsichtlich der Rechtmäßigkeit tariflicher Altersgrenzen nunmehr darauf abstellt, dass die Regelungen über Altersdiskriminierung von der Auslegung von Gemeinschaftsrecht abhängig seien. Der EuGH<sup>6</sup> hat in diesem als Musterverfahren geltendem Klageverfahren am 13. 09. 2011 entschieden, dass tarifvertragliche Altersgrenzen europarechtswidrig sind. Nach der Entscheidung des EuGH ist eine unterschiedliche Behandlung wegen Alters nun nur noch zur Verfolgung sozialpolitischer Ziele zulässig. Diesbezüglich ist der Handlungsspielraum der Sozialpartner jetzt extrem begrenzt und es wird abzuwarten bleiben, inwieweit nunmehr noch zulässige Altersgrenzenregelungen getroffen werden können.

**Betriebliche  
Mitwirkungsrechte**

Die vorliegende Broschüre befasst sich mit dem AGG in erster Linie unter dem Aspekt der betrieblichen Mitwirkungsrechte.

Es werden detailliert die Auswirkungen der neuen Regeln auf die bereits bestehenden, überwiegend im BetrVG normierten Mitbestimmungsrechte der Betriebsräte beschrieben und dargestellt, welche weiteren Rechte das AGG für den Arbeitnehmer bzw. Betriebsrat vorhält.

**Durchsetzbarkeit  
der Rechte**

Ein besonderes Anliegen ist der Autorin als Praktikerin die Durchsetzbarkeit der Rechte; denn was nützen die schönsten Ansprüche, wenn man diese in der Praxis nicht oder nur unzureichend umsetzen kann?

4 Aktenzeichen: 17 Sa 809/07.

5 Aktenzeichen: 7 AZR 112/08, NZA 2009, 1355.

6 Aktenzeichen: C 447/09.



Zum Schluss wird eine Musterbetriebsvereinbarung zum AGG angeboten, die auf die jeweiligen Bedürfnisse der einzelnen Betriebe angepasst werden kann.

## 1. Warum benötigt Deutschland dieses Gesetz?

Mit dem AGG kam der deutsche Gesetzgeber in erster Linie seiner Verpflichtung zur Umsetzung europäischer Richtlinien nach.<sup>7</sup>

Umsetzung  
europäischer  
Richtlinien

Neben den individuellen Schutzwirkungen zugunsten der von Diskriminierung Betroffenen wird und wurde mit dem Gesetz vor allem eine **Signalwirkung** im Hinblick auf alle Diskriminierungsmerkmale angestrebt. Das Gesetz ist Ausdruck des politischen Willens, eine **Kultur der Vielfalt** und gegen Diskriminierung in Deutschland zu schaffen.<sup>8</sup>

Zur wirksamen und dauerhaften Überwindung von Benachteiligungen bedürfte es einer nachhaltigen Änderung der Einstellung und insbesondere des Verhaltens jedes Einzelnen.<sup>9</sup>

Überwindung von  
Benachteiligungen

In Deutschland gab es vor Inkrafttreten des AGG noch keinen umfassenden arbeitsrechtlichen Schutz vor Diskriminierungen hinsichtlich sämtlicher Diskriminierungsmerkmale, wie er von den Europäischen Richtlinien mit wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktionen vorgeschrieben war.

Am stärksten ausgeprägt war der Schutz vor Diskriminierungen wegen des Geschlechts (§ 611a ff. BGB) und bei Benachteiligungen wegen einer Behinderung (§ 81 SGB IX), denn dort war nicht nur das Diskriminierungsverbot geregelt, sondern auch eine Entschädigung in Geld vorgesehen. Das Verbot einer Benachteiligung wegen weiterer Diskriminierungsmerkmale wie z. B. Abstammung, Rasse, Sprache, Heimat, Herkunft, Glauben, Religion und Weltanschauung ergab sich zwar schon bisher aus Art. 3 GG; allerdings verpflichten die Grundrechte unmittelbar nur den Staat und gelten damit nur mittelbar im Verhältnis von Bürgern untereinander. Darüber hinaus ist auch hier keine Sanktion (Entschädigung/Schadensersatz in Geld) vorgesehen, sofern es zu einer Benachteiligung kommt.

Regelungen vor  
dem AGG

7 Antirassismus-RiLi 2000/43/EG, Rahmen-RiLi Beschäftigung 2000/78/EG, Gender-RiLi 2002/73/EG jetzt konsolidierte Neufassung durch RiLi 2006/54/EG und Gleichbehandlungs-RiLi außerhalb der Arbeitswelt 2004/113/EG.

8 BT-Drs. 16/1780 S. 30.

9 BT-Drs. 16/1780 S. 25.



Nur unzureichenden Schutz bot das geltende Recht bei **Belästigungen** am Arbeitsplatz, denn bisher gab es kein ausdrückliches Verbot der Belästigung wegen eines der relevanten Merkmale. Allein für die Sonderform der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz bestand mit dem Beschäftigtenschutzgesetz eine gesetzliche Regelung.

**Praktische  
Durchsetzung von  
Ansprüchen**

In Deutschland fällt auf, dass der vorhandene Rechtsschutz in der Praxis von den Betroffenen **wenig genutzt** wurde, was häufig zu der Annahme führte, das läge an den fehlenden Diskriminierungen.<sup>10</sup> Gerade bei der Belästigung und sexuellen Belästigung trifft dies aber nicht zu, weil die bisher vorhandenen allgemeinen Gesetze Schwierigkeiten bei der praktischen Durchsetzung von Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen bargen.

**Beweislast** Ein großes, praktisches Problem war stets die Verteilung der Beweislast.

Grundsätzlich ist es so, dass derjenige, der einen Anspruch geltend machen will, das Vorliegen der Voraussetzungen des Anspruchs vollumfänglich beweisen muss.

Will man sich also auf eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts durch benachteiligendes Verhalten berufen, muss zunächst die Handlung als solche bewiesen werden (wann hat wer welche Äußerung/Handlung getätigt und welche Beweismittel, z. B. Zeugen gibt es dafür?), und im zweiten Schritt muss bewiesen werden, dass der andere den Tatbestand der Benachteiligung erfüllen wollte. Dies wird dem Betroffenen aber in der Regel aus praktischen Gründen nicht gelingen, weil regelmäßig die Motive nicht geäußert werden, und wenn, dann nicht vor Zeugen.

Das AGG sieht hier zumindest eine Beweiserleichterung auf der zweiten Stufe vor, dazu mehr unter III 2.2.

**Achtung:**

Die Richtlinien regeln lediglich die Mindestanforderungen an das, was die Mitgliedstaaten in ihren Gesetzen umsetzen sollen.<sup>11</sup> Den Mitgliedstaaten steht es also frei, günstigere Vorschriften einzuführen bzw. ein bestehendes günstigeres Schutzniveau darf nicht durch die Einführung des AGG abgesenkt werden.

<sup>10</sup> Was die Diskriminierten tatsächlich abhält, sind hingegen oftmals die fehlende Kenntnis von Antidiskriminierungsvorschriften und den Möglichkeiten der Prozesskostenhilfe, das Prozessrisiko, die Angst vor dem Verlust des Arbeitsplatzes, Scham (bei sexueller Belästigung) und Angst vor Stigmatisierung.

<sup>11</sup> EU-RiLi 2000/43/EG, Nr. 25 der Erwägungen.



## 2. In Kurzform: Was ist das AGG und wer ist davon betroffen?

Das Gesetz normiert in § 7 AGG das zentrale Benachteiligungsverbot hinsichtlich **Merkmale** sechs sog. verpönten Merkmale für den arbeits- und zivilrechtlichen Bereich.

### 2.1 Die verpönten Merkmale

Es darf nicht benachteiligt werden wegen

- Rasse<sup>12</sup>
- Ethnische Herkunft → Friesen/Sorben/Sinti/Roma etc.
- Geschlecht → Stichwort: Frau und Mann
- Religion & Weltanschauung
- Behinderung → nicht nur Schwerbehinderung
- Alter → Stichwort: Alt und Jung
- Sexuelle Identität → Stichwort: Homo-/Bisexuelle

Nachfolgend werden allein die arbeitsrechtlichen Auswirkungen des AGG auf die Betriebsratsarbeit betrachtet. Es gibt vier verschiedene Benachteiligungsformen, die dem Arbeitgeber verschiedene Pflichten auferlegen und dem Beschäftigten als Kehrseite diverse Rechte zugestehen.

### 2.2 Die Benachteiligungsformen

- Unmittelbare Benachteiligung

Die Benachteiligung erfolgt **wegen** eines Merkmals. Vergleichsperson ist eine existente oder fiktive Person in der vergleichbaren Situation.

#### Beispiel:

Einem 51-jährigen Bewerber wird mitgeteilt, dass er zu alt für die Position sei und deshalb leider im Bewerbungsverfahren nicht berücksichtigt werden könne: Benachteiligung wegen des Alters.

12 Der Gesetzgeber hat den Begriff der »Rasse« aus dem englischen Richtlinien-text übernommen. Der Begriff der »Rasse« soll jedoch verstanden werden als politische Kategorie und nicht als biologische (und in der Regel wertende) Tatsache. Deshalb wird in der Begründung des Gesetzes auch ausdrücklich darauf verwiesen, dass es keine menschlichen Rassen gibt und der Begriff keine Akzeptanz rassistischer Theorien beinhaltet.



- Mittelbare Benachteiligung

Dem Anschein nach neutrale Vorschriften benachteiligen spezifische Gruppen und diese Benachteiligung ist sachlich nicht gerechtfertigt bzw. unzweckmäßig und nicht erforderlich.

**Beispiel:**

Eine Weiterbildungsveranstaltung findet im zweiten Stock eines Gebäudes ohne Aufzüge statt, so dass Rollstuhlfahrer nicht daran teilnehmen können: Benachteiligung wegen einer Behinderung.

- Belästigung

Unerwünschte Verhaltensweisen bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein feindliches Umfeld geschaffen wird.

**Beispiel:**

Ein Mitarbeiter erzählt am Arbeitsplatz wiederholt ausländerfeindliche Witze.

- Sexuelle Belästigung

Ein unerwünscht sexuelles Verhalten bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, insbesondere wenn ein feindliches Umfeld geschaffen wird.

**Beispiel:**

Ein Mitarbeiter hängt einen Kalender mit Nacktdarstellungen in sein Büro.

- Anweisung

Die Anweisung zur Benachteiligung eines Beschäftigten stellt selbst ebenfalls eine Benachteiligung dar.

**Beispiel:**

Der Abteilungsleiter weist den Gruppenleiter an, das Weihnachtsessen in einem (barbusigen) Variété stattfinden zu lassen. Anweisung zur sexuellen Belästigung und evtl. Benachteiligung wegen Geschlecht/sexueller Identität/ evtl. Rasse/Ethnie und Religion.



## 2.3 Die Ausnahmen

Nicht jede Benachteiligung stellt eine Diskriminierung dar. Nur solche Benachteiligungen, die nicht durch im Gesetz benannte Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt sind, sind nach dem AGG relevant. Benachteiligungen können gerechtfertigt sein wegen

Rechtfertigungsgründe

- wesentlicher und entscheidender beruflicher Anforderungen, § 8 AGG

### Beispiel:

Die Rolle der »Julia« in »Romeo und Julia« kann **authentisch** nur von einer Frau gespielt werden. Ein Mann kann sich nicht darauf berufen, wegen des Geschlechts benachteiligt worden zu sein.

Ein Mann, der sich auf die Stelle einer Erzieherin/Sozialpädagogin/Sportlehrerin in einem Mädcheninternat bewirbt, wird nicht wegen des Geschlechts benachteiligt, da nur eine Frau auch die Nachtdienste im Internat übernehmen kann.<sup>13</sup>

Es sind im Übrigen nur wenige Fälle denkbar, in denen das Geschlecht eine wesentliche berufliche Anforderung darstellt. Bevor eine Tätigkeit für ein Geschlecht ausgeschlossen wird, sollte daher immer überprüft werden, ob es sich nicht nur um eine geschlechtsspezifische Zuweisung handelt.

- religiöser oder weltanschaulicher Gründe, § 9 AGG

### Beispiel:

Von leitenden Angestellten der Caritas kann verlangt werden, dass sie der katholischen Kirche angehören und sich nach außen dazu bekennen (Loyalität). Der entsprechende Arbeitnehmer kann sich also nicht erfolgreich darauf berufen, wegen der Religion benachteiligt zu sein<sup>14</sup>.

Die in § 9 Abs. 2 AGG normierte Loyalität betrifft jedoch nur Benachteiligungen wegen der Religion oder der Weltanschauung. Benachteiligungen wegen der Rasse, der sexuellen Identität oder des Geschlechts sind nicht von dieser Norm erfasst, können aber dennoch eine Benachteiligung darstellen. Insofern verstößt z. B. Homosexualität nicht gegen das Loyalitätsgebot.

<sup>13</sup> BAG v. 28. 5. 2009 – 8 AZR 536/08, NZA 2009, 1016.

<sup>14</sup> Zur Güterabwägung im verkündungsnahen Bereich der Kirchen vgl. BAG v. 25. 4. 2013 – 2 AZR 579/12, NZA 2013, 1131.



- des Alters, § 10 AGG

**Beispiel:**

Höchster für die Einstellung eines Mitarbeiters, damit dieser vor Erreichung des Rentenalters noch eine angemessene Zeit in dieser Position arbeiten kann und sich somit die Einarbeitungsinvestitionen des Arbeitgebers lohnen, sofern eine nicht unerhebliche Einarbeitungszeit notwendig ist, wie etwa bei Piloten. Nach der Entscheidung des EuGH v. 13.9.2011 ist diesbezüglich eine (tarifliche) Altersgrenze nur noch dann ein legitimes Ziel des Art. 6 I Unterabsatz 1 der Richtlinie 2000/78/EG, wenn sozialpolitische Ziele, wie solche aus den Bereichen der Beschäftigungspolitik, des Arbeitsmarktes oder der beruflichen Bildung geeignet sind, eine Ausnahme vom Grundsatz des Verbotes der Altersdiskriminierung zu rechtfertigen. Liegt also ein solches legitimes Ziel vor, kann sich z. B. eine 60-jährige Bewerberin dann nicht darauf berufen, wegen des Alters benachteiligt worden zu sein, wohl aber möglicherweise wegen des Geschlechts.

- positiver Maßnahmen, § 5 AGG

**Beispiel:**

Zum Ausgleich des Nachteils, den ausländische Auszubildende auf dem deutschen Arbeitsmarkt erleiden, werden diese in einem Unternehmen vorrangig eingestellt, wodurch wiederum deutsche Auszubildende benachteiligt werden dürfen. Eine nach dem AGG weiterhin zulässige positive Maßnahme sind beispielsweise auch Frauenförderpläne bei denen grundsätzlich bei gleicher Qualifikation von Bewerbern bezüglich Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung, bevorzugt Frauen befördert werden.<sup>15</sup>

## 2.4 Anwendungsbereich

- Persönlicher Anwendungsbereich

Berechtigt wird das AGG für **Beschäftigte**, also Arbeitnehmer, wozu auch das Vor- und Nachbeschäftigungsstadium zählt (Bewerber und ausgeschiedene Arbeitnehmer) sowie Auszubildende und Heimarbeiter.

<sup>15</sup> EuGH v. 11.11.1997, NZA 1997, 1337.



Verpflichtend wirkt das AGG für **Arbeitgeber**, wozu neben dem Einzelunternehmer jedwede juristische Gesellschaftsform und auch Zeitarbeitsfirmen, der Entleiher selbst bzw. Zwischenmeister/Auftraggeber bei Heimarbeitern zählen.

- Sachlicher Anwendungsbereich

Benachteiligungsverbote bestehen für folgende arbeitsrechtliche Bereiche:

Arbeitsrechtliche Bereiche

- Zugang zur Arbeit, einschließlich Auswahlkriterien, Einstellungsbedingungen, Aufstieg;
- Arbeitsbedingungen im laufenden Beschäftigungsverhältnis, einschließlich Entgelt, Entlassungsbedingungen;
- Zugang zur Berufsbildung, einschließlich Ausbildung, Weiterbildung, Umschulung, praktische Berufserfahrung;
- Mitgliedschaft/Mitwirkung in berufsständischer Vereinigung (z. B. Gewerkschaft, Arbeitgeberverband etc.) und Inanspruchnahme derer Leistungen.

## 2.5 Besonderheiten

### 2.5.1 Beweislast erleichterung

Im Vergleich zum übrigen Prozessrecht besteht im AGG die Besonderheit, dass der Betroffene nicht den vollen Beweis für seine Behauptungen erbringen muss, sondern er muss lediglich

- a) beweisen, dass eine Benachteiligung oder Belästigung erfolgte **sowie**
- b) Tatsachen vortragen, die den Schluss zulassen, dass die Schlechterbehandlung aufgrund eines verpönten Merkmals erfolgt ist (§ 22 AGG).

Erleichterung bedeutet dies insofern, als der Beschäftigte nicht das beweisen muss, was ihm mangels Einblick in die Entscheidungsstrukturen des Unternehmens regelmäßig verborgen bleibt, nämlich, ob ein innerer Zusammenhang (Kausalität) zwischen einem verpönten Merkmal (z. B. Alter) und einer Maßnahme (z. B. Nichteinstellung) vorliegt.

Kein Nachweis der Kausalität erforderlich

### 2.5.2 Betriebsräte

Das AGG bringt für den Betriebsrat keine völlig neuen prozessualen Rechte. Alles bleibt grundsätzlich wie zuvor in § 23 Abs. 3 BetrVG geregelt, der nunmehr auch Anwendung auf das AGG findet. Neben dem Betriebsrat kann auch die im Betrieb vertretene Gewerkschaft Verstöße gegen das AGG nach § 23 BetrVG verfolgen.



Der Betriebsrat und die Gewerkschaft kann bei »groben Verstößen« gegen die Pflichten aus §§ 6- 16 AGG nach § 17 Abs.2 AGG i.V.m. § 23 BetrVG gegen den Arbeitgeber vorgehen<sup>16</sup> (vgl. III.2.).

Antidiskriminierungsverbände

Neue Rechte erhalten hingegen die Antidiskriminierungsverbände, die im gerichtlichen Verfahren als Beistände auftreten dürfen (§ 23 AGG). Selbstverständlich bleibt der gewerkschaftliche Rechtsschutz daneben weiterhin erhalten.

### 2.5.3 Verhältnis altes Recht – neues Recht

Weitere Regelungen zum Schutz vor Diskriminierungen

Neben den Bestimmungen zum BetrVG gibt es im deutschen Arbeitsrecht eine Vielzahl von Regelungen zum Schutz vor Diskriminierungen.<sup>17</sup> Diese werden überwiegend<sup>18</sup> nicht aufgehoben, sondern gelten neben dem AGG weiter. Das AGG soll daher keine vollständige und abschließende Regelung des Schutzes vor Benachteiligung darstellen; vielmehr wird das AGG den vorhandenen Schutzbestimmungen aufgesattelt. Die Vorschriften sind also immer parallel zu lesen.

<sup>16</sup> Besgen/Roloff, in: NZA 2007, 670.

<sup>17</sup> Schwerbehinderung: § 554a BGB, SGB IX, BGG, § 4 TzBfG, Art. 3 III 2 GG. Rasse/ethnische Herkunft: § 4 TzBfG, Art. 3 III GG. Geschlecht: § 611a ff. BGB, § 4 TzBfG, Art. 3 III GG. Religion/Weltanschauung: § 4 TzBfG, Art. 3 III GG. Alter: VVG, ATZG, § 4 TzBfG. Sexuelle Identität: Transsexuellengesetz, § 4 TzBfG.

<sup>18</sup> Ausnahmen: §§ 611a, 611, 612 Abs. 3 BGB sowie das Beschäftigtenschutzgesetz.



## II. Auswirkungen des AGG auf Beteiligungsrechte des Betriebsrats

Im Hauptteil dieser Abhandlung soll es nun um die Frage gehen, inwiefern das AGG auf die bestehenden Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats einwirkt. Dazu ist es zunächst erforderlich, sich die bisherigen allgemeinen Aufgaben des Betriebsrats vor Augen zu führen.

Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats

### 1. Beteiligungsrechte des Betriebsrats aus dem BetrVG

Zentrale Norm der betrieblichen Mitbestimmung und damit gleichsam Leitnorm des Mitbestimmungsrechts ist § 75 BetrVG.

Durch das AGG erfuhr der ursprüngliche § 75 eine Erweiterung um die Merkmale Alter, Rasse, ethnische Herkunft, Weltanschauung, Behinderung, sonstige Herkunft. Der Begriff »Herkunft« wurde in Abgrenzung zur ethnischen Herkunft durch **sonstige Herkunft** ersetzt, so dass es in § 75 BetrVG nunmehr heißt:

#### **§ 75 BetrVG: Grundsätze für die Behandlung der Betriebsangehörigen**

(1) Arbeitgeber und Betriebsrat haben darüber zu wachen, dass alle im Betrieb tätigen Personen nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit behandelt werden, insbesondere, dass jede Benachteiligung von Personen aus Gründen ihrer Rasse oder wegen ihrer ethnischen Herkunft, ihrer Abstammung oder sonstigen Herkunft, ihrer Nationalität, ihrer Religion oder Weltanschauung, ihrer Behinderung, ihres Alters, ihrer politischen oder gewerkschaftlichen Betätigung oder Einstellung oder wegen ihres Geschlechts oder ihrer sexuellen Identität unterbleibt

(2) <sup>1</sup>Arbeitgeber und Betriebsrat haben die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern. <sup>2</sup>Sie haben die Selbständigkeit und Eigeninitiative der Arbeitnehmer und Arbeitsgruppen zu fördern.

Im BetrVG ist es daher über das AGG hinaus weiterhin unzulässig, wegen der örtlichen, regionalen oder sozialen Herkunft zu benachteiligen. Allerdings ist eine derartige Benachteiligung nicht mit den Mitteln des AGG (vor allem der Entschädigung) sanktioniert.

Benachteiligung aufgrund der Herkunft



Aufgrund des neuen Verständnisses des Begriffs Alter – **jede** Diskriminierung wegen des Alters stellt eine Benachteiligung im Sinne des AGG dar – wurde Satz 2 des § 75 Abs. 1 BetrVG gestrichen, der sich lediglich auf die Überschreitung bestimmter Altersstufen bezog.

Hier wird eine weitere wesentliche Norm der Betriebsratsarbeit relevant.

### **§ 8o Abs. 1 Nr. 1 BetrVG: Allgemeine Aufgaben**

1. Der Betriebsrat hat darüber zu wachen, dass die zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze, Verordnungen, Unfallverhütungsvorschriften, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen durchgeführt werden.

Zu den »geltenden Gesetzen« zählt neben den allgemeinen Schutzgesetzen zugunsten der Arbeitnehmer insbesondere auch das AGG.

### **Achtung:**

Jedes Handeln des Betriebsrats hat sich im Grunde immer daran zu orientieren, dass die Grundsätze der Gleichbehandlung der Betriebsangehörigen eingehalten werden und nicht gegen Schutzgesetze verstoßen wird. Hierüber hat er gemeinsam mit dem Arbeitgeber zu **wachen**. Wachen bedeutet hierbei nicht nur, passiv Beschwerden entgegen zu nehmen und weiterzuleiten, sondern mit einem Bewusstsein der Verantwortung aktiv und mit offenen Augen die Vorgänge im Betrieb zu beobachten und einzuschreiten, wenn es notwendig wird.

**Leitnorm des AGG**, über die der Betriebsrat besonders zu wachen hat, ist das Benachteiligungsverbot gemäß § 7 Abs. 1 AGG, der seinerseits auf § 1 AGG verweist.

### **§ 7 Abs. 1 AGG: Benachteiligungsverbot**

(1) Beschäftigte dürfen nicht wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt werden; dies gilt auch, wenn die Person, die die Benachteiligung begeht, das Vorliegen eines in § 1 genannten Grundes nur annimmt.

### **§ 1 AGG: Ziel des Gesetzes**

Ziel des Gesetzes ist es, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.



## Gleichstellung/Integration ausländischer Beschäftigter

Die Gleichstellung von Frauen und Männern ist in § 80 Abs. 1 Nr. 2a BetrVG als einer der Bereiche genannt, in denen der Betriebsrat aktiv werden soll:

### § 80 Abs. 1 Nr. 2a BetrVG: Allgemeine Aufgaben

2a. die Durchsetzung der tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und Männern, insbesondere bei der Einstellung, Beschäftigung, Aus-, Fort- und Weiterbildung und dem beruflichen Aufstieg, zu fördern.

Die Betonung der »tatsächlichen« Gleichstellung verdeutlicht, dass eine rein formale, d. h. juristische Gleichstellung der Geschlechter nicht ausreicht. Es geht darum, die tatsächlichen Bedingungen hierfür zu schaffen.

Die Förderung der Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit ist als ein Spezialfall der Gleichstellungsförderung in § 80 Abs. 1 Nr. 2b BetrVG genannt.

Die Integration ausländischer Arbeitnehmer im Betrieb ist als Aufgabe des Betriebsrats in § 80 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG benannt, verbunden mit der Mitwirkung an Maßnahmen zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit im Betrieb.

Der Arbeitgeber hat nach § 43 Abs. 2 S.3 BetrVG mindestens einmal im Jahr u. a. über den Stand der Gleichstellung von Frauen und Männern im Betrieb und über die Integration der im Betrieb beschäftigten ausländischen Arbeitnehmer zu berichten. Diese beiden Themen können auch laut § 45 BetrVG in Betriebs- und Abteilungsversammlungen behandelt werden.

### Achtung Betriebsrat:

Die hier aufgeführten allgemeinen Grundsätze (§§ 75, 80 BetrVG, §§ 7, 1 AGG) sind immer zu beachten, d. h. jedes Handeln des Betriebsrats wird von diesen Grundsätzen geleitet.

Neben diesen Grundsätzen gelten für die einzelnen Tatbestände der betriebsratsrelevanten Mitbestimmung die besonderen, im Folgenden aufgeführten Bestimmungen. Aufgeführt werden die praxisrelevanten Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats:

- a) Beginn des Arbeitsverhältnisses inklusive den wichtigen Bereichen Stellenausschreibung und Bewerbungsverfahren,
- b) Durchführung des Arbeitsverhältnisses mit dem Schwerpunkt Vergütung sowie Bildungswesen,

Besondere Bestimmungen



- c) Personalentwicklung mit den Themen Versetzung und Beförderung und
- d) Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit den Schwerpunkten Kündigung und Personalabbau.

## 1.1 Beginn des Arbeitsverhältnisses/Einstellung

- Allgemeine Mitbestimmung des Betriebsrats im Bereich Beginn des Arbeitsverhältnisses/Einstellung<sup>19</sup>

### Einstellung

- Der Betriebsrat ist in einem Unternehmen mit mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern vor jeder Einstellung zu **unterrichten**, ihm sind die erforderlichen Bewerbungsunterlagen vorzulegen und Auskunft über die Person der Beteiligten zu geben. Dem Betriebsrat ist unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen **Auskunft** über die Auswirkungen der geplanten Maßnahme zu geben, und die **Zustimmung** des Betriebsrats zur Maßnahme ist einzuholen. Der Arbeitgeber hat den in Aussicht genommenen Arbeitsplatz und die vorgesehene Eingruppierung **mitzuteilen**.

- Der Betriebsrat hat im Rahmen der Einstellung in Betrieben die **Zustimmung** zu verweigern, wenn eine Einstellung als sog. personelle Einzelmaßnahme gegen ein Gesetz (z. B. AGG) oder Tarifvertrag/Betriebsvereinbarung, mit denen z. B. das AGG umgesetzt wird, verstößt, § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG.

### Auswahlrichtlinien

- Richtlinien über die personelle Auswahl z. B. bei Einstellungen, sog. Auswahlrichtlinien, bedürfen der **Zustimmung** des Betriebsrats, vgl. § 95 Abs. 1 BetrVG. In Betrieben mit mehr als 500 Arbeitnehmern kann der Betriebsrat die Aufstellung von Auswahlrichtlinien über die bei Einstellungen zu beachtenden fachlichen und persönlichen Voraussetzungen und sozialen Gesichtspunkte verlangen, vgl. § 95 Abs. 2 BetrVG. Wenn solche Auswahlkriterien im Betrieb bereits vereinbart wurden, sollten sie darauf überprüft werden, inwieweit sie mit dem AGG vereinbar sind.

### 1.1.1 Stellenausschreibung

- Besondere Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Stellenausschreibung<sup>20</sup>
  - Der Betriebsrat kann **verlangen**, dass Arbeitsplätze, die besetzt werden sollen, vor ihrer Besetzung intern ausgeschrieben werden, § 93 BetrVG.

### Interne Stellenausschreibung

<sup>19</sup> Diese allgemeinen Mitbestimmungsregelungen sind neben den weiter aufgeführten besonderen Mitbestimmungsrechten zu beachten.

<sup>20</sup> Zu den allgemeinen Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats im Rahmen der Einstellung: II.1.1.



- Der Betriebsrat kann im Rahmen des § 99 BetrVG (personelle Einzelmaßnahmen) die **Zustimmung** zur Einstellung verweigern, wenn eine erforderliche interne Ausschreibung im Betrieb unterblieben ist, § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG.
- Der Betriebsrat hat zwar nicht das Recht, dass ihm die Stellenausschreibungen vorab vorgelegt werden, jedoch hat er im Rahmen der §§ 75, 80 Nr. 1 BetrVG darüber zu **wachen**, dass der Arbeitgeber mit unzulässigen Stellenausschreibungen nicht gegen Gesetze, Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträge verstößt und muss den Arbeitgeber ggf. darauf hinweisen.

Gemäß § 11 AGG dürfen Arbeitsplätze nicht diskriminierend ausgeschrieben werden.

Diskriminierungsfreie Ausschreibung

- Dies gilt sowohl für interne als auch externe Stellenausschreibungen.
- Erfasst werden sämtliche Bereiche, also neben unbefristeten oder befristeten Neueinstellungen auch Stellenausschreibungen für berufliche Weiterbildungen und Beförderungen.
- Dies gilt auch für Online-Bewerbungen und die im Internet häufig benutzten Fragebögen.
- Wird ein Dritter eingeschaltet, um Bewerber vorauszuwählen (z. B. Headhunter, Auftritt auf Bewerbermessen), muss sichergestellt werden, dass auch dieser diskriminierungsfrei handelt.
- Werden Einstellungstests durchgeführt, muss überprüft werden, ob diese mittelbar diskriminieren können (z. B. Deutschtest, obwohl für die Tätigkeit keine perfekten Deutschkenntnisse erforderlich sind).<sup>21</sup>

Aus diesem Grunde und wegen der Erweiterung im AGG auf sämtliche Diskriminierungsmerkmale sollten die Formulierungen in Stellenangeboten möglichst **neutral** erfolgen, d. h. insbesondere sollte kein Lichtbild und keine Angaben zu Alter (Geburtsdatum), Religion und Behinderungen verlangt werden, weil damit Diskriminierungspotenzial geschaffen wird, zu diesen Merkmalen weiter ausgeführt unter II.1.1.2.1.

Faustformel: Stellenausschreibungen dürfen sich lediglich auf die Tätigkeit selbst beziehen und sollen nur Anforderungen auflisten, die für die ausgeschriebene Stelle wirklich erforderlich sind.

Unzulässig sind:

Unzulässige Formulierungen

- **Einseitige Angaben:** Weiterhin gilt, dass es einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot darstellt, wenn Stellenangebote nur ein Geschlecht ansprechen, z. B. Sekretärin gesucht.

<sup>21</sup> ArbG Hamburg v. 26. 1. 2010 – 25 Ca 282/09, FD ArbR 2010, 300081.



- **Doppeldeutige Angaben** wie »Erfahrener, alter Hase gesucht«, »Junge, dynamische Führungskraft«, »Muttersprachler«, »Mindestkörpergröße«, »akzentfreies Deutsch«, aber auch solche, die für die beworbene Stelle nicht notwendig sind, z. B. perfektes Deutsch bei Küchenhilfe, Pförtner oder Putzhilfe.
- Beschreibungen, die bestimmte **Assoziationen** wecken: **Durchsetzungsstark** ordnet man eher Männern und **kommunikativ** eher Frauen zu. **Dynamisch und lernbereit** wird Jüngeren und **Erfahren und zuverlässig** eher Älteren zugeschrieben. Die jeweils andere Gruppe könnte sich durch derartige Beschreibungen ausgeschlossen und damit benachteiligt fühlen.
- **Bilder** zur Illustration der Stellenausschreibung können diskriminierende Assoziationen wecken, wenn mit ihnen benachteiligende Merkmale gedanklich verbunden werden, z. B. Männer in Führungsrunde – Frauen als Sekretärinnen oder wenn nur Personen einer bestimmten Ethnie abgebildet sind.
- **Selektive Auswahl** von Medien, z. B. ausschließlich übers Internet, wird regelmäßig Ältere benachteiligen, da sich diese erfahrungsgemäß in diesem Medium nicht so flüssig bewegen wie Jüngere, Ausnahme in bestimmten Branchen (Computer/Informatik etc.). Auch Stellenausschreibungen in Zeitschriften, die überwiegend nur von einem Geschlecht gelesen werden, können benachteiligen.

### Beispiele:

1. Für einen kaufmännischen Beruf dürfte hohe körperliche Leistungsfähigkeit regelmäßig nicht unmittelbar erforderlich sein. Daher sollten keine Formulierungen verwendet werden, die den Anschein erwecken, körperliche Fitness sei entscheidend.
2. »Junge Verkäuferin für Damenbademode gesucht«: Eine derartiges Stellenangebot wird regelmäßig **Männer** benachteiligen, wobei diese Benachteiligung des männlichen Geschlechts wohl im Rahmen der besonderen beruflichen Anforderungen gerechtfertigt sein wird, da der Arbeitgeber darlegen kann, dass Frauen ihre Bademode nicht von Männern, sondern von Frauen verkauft bekommen wollen. Darüber hinaus wird aber wohl regelmäßig die Benachteiligung **älterer** Verkäuferinnen nicht gerechtfertigt sein. Bei der Verwendung des Begriffs »jung« in einer Stellenanzeige wird regelmäßig die Vermutung nach § 22 AGG begründet, dass ein abgelehnter Bewerber wegen seines Alters benachteiligt worden ist.<sup>22</sup>

Zulässige  
Formulierungen

Zulässig sind:

- weiterhin benachteiligende Beschreibungen, die im Rahmen des AGG zulässig sind (§§ 8–10 AGG, Einzelheiten dazu s. V. 1.6.1 – V 1.6.3), also z. B. die Feste-

22 BAG v. 19. 8. 2010 – 8 AZR 530/09, s. Krieger, in: ArbRAktuell 210, 446.



gung eines Höchstalters, wenn das Rentenalter bereits absehbar ist und die Berücksichtigung bestimmter Merkmale aus Authentizitätsgründen.

- **Positive Maßnahmen** (§ 5 AGG), mit denen Benachteiligungen wegen eines oder mehrerer Merkmale verhindert oder ausgeglichen werden, solange dadurch nicht andere Beschäftigte/Gruppen unzulässig benachteiligt werden, siehe dazu V. 1.6.4.

## 1.1.2 Bewerbungsverfahren

### 1.1.2.1 Personalfragebogen

Besondere Mitbestimmung des Betriebsrats<sup>23</sup>

Personalfragebögen unterliegen der Mitbestimmung des Betriebsrats gemäß § 94 Abs. 1 BetrVG. Der Betriebsrat muss die Zustimmung verweigern, wenn ein Verstoß gegen § 75 BetrVG, § 7 AGG vorliegt oder unmittelbar droht. **Zustimmungsverweigerung**

Zukünftig dürfte es problematisch sein, im Personalfragebogen das **Alter** oder das Geburtsdatum zu erfragen. Damit geht nämlich die unmittelbare Gefahr der Benachteiligung wegen des Lebensalters einher.<sup>24</sup>

Darüber hinaus dürfte auch die Anforderung von **Lichtbildern** der Bewerber der Vergangenheit angehören. Lichtbilder geben nicht nur Auskunft über das Geschlecht und das ungefähre Alter, sondern auch über die mögliche Rasse/Ethnie und möglicherweise über eine Behinderung. Arbeitgeber, die auch in Zukunft ein Lichtbild verlangen, machen sich verdächtig, unzulässige Motive bei der Ablehnung von Bewerbern gehabt zu haben.<sup>25</sup>

In diesem Zusammenhang startete im November 2010 das Pilotprojekt »Anonymisierte Bewerbungsverfahren« der Antidiskriminierungsstelle des Bundes<sup>26</sup> mit dem Ziel der Herstellung von Chancengleichheit. Acht Organisationen (Unternehmen, Behörden, Kommunen) führten über 12 Monate anonymisierte Bewerbungsverfahren durch. Insgesamt wurden 8550 Bewerbungen anonymisiert eingesehen, 1293 Personen zu einem Eignungstest/Vorstellungsgespräch eingeladen

<sup>23</sup> Zu den allgemeinen Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats im Rahmen der Einstellung: II.1.1.

<sup>24</sup> ArbG Hamburg v. 26.1.2010 – 25 Ca 282/09, FD ArbR 2010, 300081.

<sup>25</sup> ArbG Hamburg v. 26.1.2010 – 25 Ca 282/09, FD ArbR 2010, 300081.

<sup>26</sup> [www.antidiskriminierungsstelle.de](http://www.antidiskriminierungsstelle.de); Pilotprojekt »Anonymisierte Bewerbungsverfahren« – Abschlussbericht/-Zusammenfassung Ergebnisse- (März 2012).



und 246 Personen erhielten ein Stellenangebot. Die Anonymisierung umfasste die Merkmale Name, Nationalität (Geburtsort), Geburtsdatum (Alter), Familienstand und Foto. Die Merkmale Geschlecht und Behinderung wurden anonymisiert, soweit sie nicht zur Erfüllung von Förderungspflichten erforderlich waren. Ebenfalls anonymisiert wurden Telefonnummer, E-Mailadresse, Adresse und Beschäftigungszeiträume. Auf die Einsicht von Zeugnissen wurde bis zur Aufhebung der Anonymisierung verzichtet. Die Anonymisierung erfolgte bis zur Entscheidung über die Einladung zu einem Vorstellungsgespräch/Eignungstest. Fazit des Projekts war, das sich anonyme Bewerbungsverfahren in nahezu allen Beschäftigungsbereichen umsetzen lassen und Stellen erfolgreich besetzt werden können. Die Verwendung von standardisierten Bewerbungsformularen erwies sich als empfehlenswerteste Lösung. Insgesamt wurde das Projekt von den Beteiligten als positiv bewertet und führte als Nebeneffekt auch zu einem Imagegewinn der Teilnehmer. Das Ziel der Studie wurde grundsätzlich erreicht. Bei anonymisierten Bewerbungen herrscht überwiegend eine gleiche Einladungswahrscheinlichkeit für potenziell von Diskriminierung betroffenen Personengruppen im Vergleich zu nicht betroffenen Personengruppen. Insbesondere Frauen haben eine tendenziell bessere Chance eingeladen zu werden als bei herkömmlichen Einstellungsverfahren. Ebenfalls verbesserten sich die Einladungschancen für Personen mit Migrationshintergrund. Die Förderung unterrepräsentierter Gruppen wird durch anonymisierte bzw. qualifikationszentrierte Bewerbungen nicht ausgeschlossen, da die Anonymisierung nur in der ersten Phase des Bewerbungsverfahrens erfolgt. Die Studie empfiehlt abschließend, Auswahlverfahren transparent und objektiv unter Ausarbeitung klarer und nachvollziehbarer Bewertungskriterien und Anforderungsprofilen durchzuführen.

#### Unzulässige Fragen **Fragerecht nach Merkmalen im Einzelnen:**

- Ein Fragerecht nach der **Rasse/ethnischen Herkunft** bzw. Herkunft, Staatsangehörigkeit war schon vor Einführung des AGG **unzulässig**, da dem Arbeitgeber kein berechtigtes, schützenswertes Interesse an der Beantwortung seitens des BAG zugebilligt wurde. Daran hat sich durch die Einführung des AGG nichts geändert, da die Einführung des AGG nicht zu einer Absenkung eines bereits bestehenden Schutzniveaus führen darf.<sup>27</sup> **Aber:** Die Frage nach einer Aufenthaltserlaubnis/Arbeitserlaubnis als rechtliche Voraussetzung zur Eingehung eines legalen Arbeitsverhältnisses (§ 4 Abs. 3 S.1 AufenthG) bleibt weiterhin erlaubt.
- Ein Fragerecht im Themenbereich **Geschlecht** betrifft vor allem Schwangerschaft und Kinderwunsch und ist grundsätzlich **unzulässig**, selbst wenn die Arbeitnehmerin die in Aussicht genommene Tätigkeit aufgrund der Schwan-

<sup>27</sup> EU-RiLi 2000/43/EG, Art. 6 Abs. 2.



gerschaft überhaupt nicht ausüben kann.<sup>28</sup> Daran ändert sich auch durch das AGG nichts, denn dies entspricht ausdrücklich der Rechtsprechung des EuGH. Die Frage nach dem **Familienstand (Ehe/ eingetragene Lebenspartnerschaft)** ist **zulässig**.<sup>29</sup>

- Fragen nach der **Religionszugehörigkeit/Weltanschauung** sind grundsätzlich **unzulässig**. Ausnahmen kommen im verkündungsnahen Bereich der Kirchen in Betracht<sup>30</sup>. Hieran hatte sich auch durch die Einführung des AGG nichts geändert.<sup>31</sup>
- Es liegt im Ermessen des Arbeitnehmers, ob er seine Behinderung oder Schwerbehinderung bei einer Bewerbung offenlegt.<sup>32</sup> Möchte eine Bewerberin oder ein Bewerber, dass die Schwerbehinderteneigenschaft im Bewerbungsverfahren berücksichtigt wird, so muss im Bewerbungsschreiben selbst unter Angabe des Grads der Behinderung (bzw. einer Gleichstellung) oder deutlich hervorgehoben im Lebenslauf auf die Schwerbehinderung hingewiesen worden sein bzw. die Schwerbehinderteneigenschaft der auswählenden Stelle bekannt sein bzw. sein muss. Ein uneingeschränktes Fragerecht nach dem Vorliegen einer **Schwerbehinderung** (nicht Behinderung!) wurde dem Arbeitgeber früher zugestanden unter dem Gesichtspunkt der besonderen gesetzlichen Verpflichtungen, die er mit der Einstellung eines Schwerbehinderten eingehen muss. Das galt selbst dann, wenn die Schwerbehinderung für die auszubehende Tätigkeit nicht von Bedeutung war. Fragen nach einer Behinderung und auch Schwerbehinderung sind nur noch in eng begrenzten Ausnahmefällen zulässig<sup>33</sup>, wenn ein besonders berechtigtes Interesse des Arbeitgebers vorliegt. Ein solches nimmt das BAG nun frühestens nach einer Beschäftigungsdauer von sechs Monaten bei der Kündigung des Schwerbehinderten an, d. h. nach dem Erwerb des Behindertenschutzes gemäß §§ 85 ff. SGB IX.<sup>34</sup> Daraus folgt, dass die Frage nach einer Schwerbehinderteneigenschaft gegenüber einem Bewerber wohl unzulässig ist. Dennoch bleibt abzuwarten, ob dieser Rückschluss im Fall eines konkret bzgl. eines Bewerbungsverfahrens zu fällenden Urteils bestätigt wird. Der Arbeitnehmer hat die Frage aufgrund seiner Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB wahrheitsgemäß zu beantworten.<sup>35</sup>

28 BAG v. 6. 2. 2003 – 2 AZR 621/01, AP Nr. 21 zu § 611a BGB, Pallasch, in: NZA 2007, 306.

29 Hintergrund ist, dass der Arbeitgeber entsprechende Eintragungen auf der Steuerkarte vornehmen muss. Die Frage nach der Lebenspartnerschaft wäre nur dann zulässig, wenn es entsprechend steuerlich relevant wäre; BGH v. 14. 2. 2007 – IV ZR 267/04, NJW-RR 2007, 1441.

30 BAG v. 25. 4. 2013 – 2 AZR 579/12 – NZA 2013, 627.

31 BAG v. 19. 8. 2010 – 8 AZR 466/09, NJW-Spezial 2011, 82.

32 BAG v. 18. 9. 2014 – 8 AZR 759/13 – DB 2015, 384.

33 BAG v. 26. 6. 2014 – 8 AZR 547/14; Zu den datenschutzrechtlichen Anforderungen vgl. Brink, jurisPR-ArbR 12/2013 Anm. 1.

34 BAG v. 16. 2. 2012 – 6 AZR 553/10, NZA 2012, 555.

35 BAG v. 16. 2. 2012 – 6 AZR 553/10, NZA 2012, 555.



Die Frage, welche Einschränkungen sich aus einer offengelegten (Schwer)Behinderung ergeben, ist unter der Voraussetzung unbedenklich, dass damit die Verpflichtung zu »angemessenen Vorkehrungen« i. S. v. Art. 5 RL 2000/78/EG zum Tragen kommt, um eventuell bestehende Barrieren beseitigen zu können. Die Frage benötigt daher einen konkreten Anlass, um sicherzustellen, dass durch die Nachfrage nicht die Verwirklichung des Ziels der Richtlinie beeinträchtigt wird.<sup>36</sup>

Die Schwerbehindertenvertretung hat gemäß § 95 Abs. 2 S. 3 SGB IX bei Bewerbungen schwerbehinderter Menschen das Recht auf Teilnahme am Vorstellungsgespräch. Die Vertrauensperson besitzt in diesem Fall nach § 96 Abs. 3 S. 1 SGB IX gegenüber dem Arbeitgeber die gleiche persönliche Rechtsstellung wie ein Mitglied der betrieblichen Interessenvertretung. Ein Weisungsrecht des Arbeitgebers besteht folglich nicht, sodass er sich unzulässige Fragen der hinzugezogenen Vertrauensperson der Schwerbehinderten nicht zurechnen lassen muss.<sup>37</sup>

- Ein Fragerecht nach dem **Alter** war vor Einführung des AGG grundsätzlich zulässig. Diese Auffassung lässt sich nach Einführung des AGG nicht mehr uneingeschränkt aufrechterhalten. Die nach § 1 AGG grundsätzlich unzulässige Benachteiligung wegen des Alters kann nur unter den Voraussetzungen von §§ 9 und 10 AGG und den dort zulässigen Rechtfertigungen für die Ungleichbehandlung wegen Alters **eingeschränkt** sein. Unproblematisch dürfte z. B. die Frage sein, ob der Bewerber über 18 Jahre alt ist, wenn die Volljährigkeit Voraussetzung für die jeweilige Position ist.
- Ein Fragerecht nach der **sexuellen Identität**, also z. B. Homosexualität war schon früher grundsätzlich **unzulässig**, daran hat sich auch durch die Einführung des AGG nichts geändert. Auch ist es nicht erlaubt, Fragen nach den persönlichen Lebensverhältnissen (z. B. Heiratswunsch, Kinderliebe) zu stellen, um so mittelbar Rückschlüsse auf die sexuelle Identität zu ziehen. Die Frage nach einer **Lebenspartnerschaft** ist i. d. R. **unzulässig**.
- Ein Fragerecht nach einer **Partei-/Gewerkschaftszugehörigkeit** ist zwar grundsätzlich **unzulässig**, gehört aber nicht zu den Merkmalen des AGG und ist daher auch nicht entschädigungspflichtig nach diesem Gesetz<sup>38</sup>.

**Hinweis:** Hier wird der Betriebsrat gefordert sein, darauf hinzuwirken, dass derartige Kriterien aus den Fragebögen entfernt werden.

36 BAG v. 26. 6. 2014 – 8 AZR 547/13, NZA 2015, 896.

37 BAG v. 21. 2. 2013 – 8 AZR 180/12, NJW 2013, 2778.

38 Zur Gleichbehandlungspflicht von Gewerkschaften gegenüber ihren Mitgliedern vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 4 AGG.



**Zulässig** sind weiterhin Fragen, die mit einer zulässigen unterschiedlichen Behandlung wegen beruflicher Anforderungen, der Religion/Weltanschauung oder des Alters einhergehen (§§ 8–10 AGG, Einzelheiten dazu s. V. 1.6.1 – V. 1.6.3), also z. B. die Frage nach dem Alter, wenn das Rentenalter bereits absehbar ist oder die Frage nach bestimmten Merkmalen z. B. Ethnie bei einem thailändischen Spezialitätenrestaurant aus Authentizitätsgründen.

Zulässige Fragen

### 1.1.2.2 Einstellungsgespräche

- Besondere Mitbestimmung des Betriebsrats<sup>39</sup>
  - Das **Fragerecht** des Arbeitgebers bei Einstellungsgesprächen ist seit jeher zum Schutz des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers beschränkt. Zulässig sind nur solche Fragen, an deren Beantwortung der Arbeitgeber ein **berechtigtes, billigenwertes und schützenswertes Interesse** hat. Die Antwort muss unmittelbar mit der Eingehung des Arbeitsverhältnisses zusammenhängen. Auf **unzulässige Fragen** muss der Bewerber nicht wahrheitsgemäß antworten, dies kann ihm auch nicht im Nachhinein zum Nachteil werden.

Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers

Zum zulässigen/unzulässigen Fragerecht bei Einstellung: s. o. bei Personalfragebögen, II. 1.1.2.1.

### 1.1.3 Einstellungsentscheidung

- Besondere Mitbestimmung des Betriebsrats<sup>40</sup>
  - Mitbestimmung durch Betriebsrat gemäß § 94 Abs. 2 BetrVG, sofern allgemeine Beurteilungsgrundsätze im Betrieb zur Bewerberauswahl (und somit zur Einstellungsentscheidung führen) aufgestellt wurden.

Da die Einstellungsentscheidung im Wesentlichen auf den zuvor im Bewerbungsverfahren und insbesondere im Einstellungsgespräch gewonnenen Erkenntnissen beruht, wird auf die Ausführungen dort verwiesen, II. 1.1.2.2.

#### Praxishinweis:

Empfohlen wird dem Betriebsrat, die bestehenden Beurteilungsgrundsätze und Auswahlrichtlinien auf Benachteiligungen nach dem AGG zu untersuchen.

<sup>39</sup> Zu den allgemeinen Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats im Rahmen der Einstellung: II.1.1.

<sup>40</sup> Wie vorige.



Zu beachten ist aber, dass der Ermessensspielraum hinsichtlich der Einstellung nur in Bezug auf Diskriminierungsmerkmale begrenzt ist.

**Nachvollziehbare  
Kriterien der  
Entscheidung**

Wichtig wird hier sein, zu überprüfen, ob die Entscheidung aufgrund **objektiver**, nachvollziehbarer Kriterien erfolgte.

**Zulässig** ist weiterhin, denjenigen einzustellen, der die besten Voraussetzungen aus Zeugnisnoten, Auslandserfahrung, Sprachkenntnissen und sog. Soft Skills wie Teamfähigkeit oder soziale Kompetenz mitbringt.

Eine zulässige unterschiedliche Behandlung in Bezug auf das Merkmal **Rasse/ ethnische Herkunft** kann beispielsweise vorliegen, wenn bei Organisationen der in Deutschland anerkannten nationalen Minderheiten und anerkannten regional- oder mindersprachigen Personen solche Personen bevorzugt eingestellt werden, die der jeweiligen Gruppe angehören, z. B. wenn ein Interessenverband der türkischen Arbeitnehmer bevorzugt türkische Männer einstellt. Unter dem Gesichtspunkt Rasse/ethnische Herkunft ist eine solche Vorgehensweise gerechtfertigt; ein Verstoß gegen das AGG ist hingegen in Bezug auf die alleinige Einstellung von Männern (Geschlecht) zu sehen.

Abgelehnte StellenbewerberInnen können nach der Rechtsprechung selbst dann, wenn sie die in der Ausschreibung genannten Einstellungsvoraussetzungen erfüllen, nicht verlangen, dass ihnen der Arbeitgeber eine Begründung für die Ablehnung liefert, z. B. ob und wie er eine ausgeschriebene Stelle besetzt hat.

**Aber:** Hüllt sich der Arbeitgeber in Schweigen, kann das ein Indiz für eine Diskriminierung sein.<sup>41</sup>

**Exkurs: »Testing-Verfahren«**

Um den Diskriminierungsnachweis trotz fehlenden Auskunftsanspruchs gegenüber dem Arbeitgeber führen zu können, werden neue Methoden zur Indizien-Gewinnung diskutiert. Immer häufiger wird dazu das sog. »Testing-Verfahren« durchgeführt, bei welchem der Bewerber neben seiner Bewerbung eine weitere fiktive Bewerbung einreicht, die sich von der eigenen in mindestens einem Diskriminierungsmerkmal nach § 1 AGG unterscheidet. Erteilt der Arbeitgeber nur auf die eigene Bewerbung eine Absage, könnte die Vermutungswirkung des § 22 AGG ausgelöst worden sein. In der Literatur wird von »Testing-Verfahren« abgeraten, da die Beweiswürdigung schon

<sup>41</sup> EuGH v. 19. 4. 2012 – C-415/10.



aufgrund des erfüllten Straftatbestands der Urkundenfälschung, § 267 StGB, fragwürdig ist und eher für einen Rechtsmissbrauch<sup>42</sup> i. S. d. § 15 Abs. 2 AGG spricht.<sup>43</sup> Rechtsprechung des BAG existiert zu dieser Thematik noch nicht. Das LAG Schleswig-Holstein hatte allein das Ergebnis eines »Testing-Verfahrens« nicht als ausreichendes Indiz anerkannt und die Klage abgewiesen.<sup>44</sup>

## 1.2 Durchführung des Arbeitsverhältnisses

### 1.2.1 Vergütung, einschließlich Eingruppierung und Umgruppierung

- Besondere Mitbestimmung des Betriebsrats<sup>45</sup>
  - Der Betriebsrat ist in Unternehmen mit mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern vor jeder Ein- und Umgruppierung zu **unterrichten**, ihm sind die erforderlichen Bewerbungsunterlagen vorzulegen und **Auskunft** über die Person der Beteiligten zu geben. Dem Betriebsrat ist unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen Auskunft über die Auswirkungen der geplanten Maßnahme zu geben und die **Zustimmung** des Betriebsrats zur Maßnahme einzuholen, vgl. § 99 Abs. 1 BetrVG. Ein- und Umgruppierung
  - Der Betriebsrat hat im Rahmen der Eingruppierung/Umgruppierung und Versetzung die **Zustimmung** zu verweigern, wenn eine Einstellung als sog. personelle Einzelmaßnahme gegen ein Gesetz (z. B. AGG) oder Tarifverträge/Betriebsvereinbarungen, die z. B. Regelungen zum AGG enthalten, verstößt, § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG.
  - Richtlinien über die personelle Auswahl z. B. bei Umgruppierung, sog. Auswahlrichtlinien, bedürfen der **Zustimmung** des Betriebsrats, vgl. § 95 Abs. 1 BetrVG. Auswahlrichtlinien
  - Der Betriebsrat hat gemäß § 87 Nr. 10 BetrVG bei Fragen der betrieblichen Lohngestaltung, insbesondere der Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen und der Einführung, Anwendung und Änderung von neuen Entlohnungsmethoden **mitzubestimmen**.
  - Gleiches gilt gemäß § 87 Nr. 11 BetrVG für die Festsetzung von Akkord- und Prämiensätzen und vergleichbarer leistungsbezogener Entgelte einschließlich der Geldfaktoren.
  - Der Betriebsrat muss für die Aufstellung allgemeiner Beurteilungsgrundsätze, die zu einer vergütungsrelevanten Einstufung führen, seine vorherige Zustimmung erteilen § 94 Abs. 2 BetrVG. Beurteilungsgrundsätze

<sup>42</sup> Siehe hierzu Anhang 1.5 bzgl. des Bewerber-Status

<sup>43</sup> NZA 2015, 262 »Vorsicht Falle!- Diskriminierungsnachweis durch Testing-Verfahren?

<sup>44</sup> LAG Schleswig-Holstein Urteil v. 9. 4. 2014 – 3 Sa 401/13.

<sup>45</sup> Zu den allgemeinen Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats im Rahmen der Einstellung: II. 1.



Mit Vergütung ist nicht nur das monatliche Grundgehalt gemeint, sondern auch **Sonderzahlungen** wie Weihnachtsgeld, Gratifikationen (Prämien), Zuschläge und Ruhegelder.

### Unzulässig

Unterschiedliche  
Vergütung wegen  
des Alters

- Unterschiedliche Vergütung wegen des **Alters**, z. B. ungleiche Entlohnung bei gleicher Ausbildung/Tätigkeit/Leistung **allein** wegen unterschiedlichen Alters oder eines behinderten Arbeitnehmers<sup>46</sup>. Die Grundsatzfrage des AGG, ob nach Alter differenzierende tarifvertragliche Entgeltregelungen im öffentlichen Dienst mit dem Verbot der Altersdiskriminierung vereinbar sind, hat der EuGH mittlerweile entschieden.<sup>47</sup> Laut EuGH verstößt eine solche Differenzierung selbst bei Beamten und Richtern gegen das Verbot der Altersdiskriminierung<sup>48</sup>. Die Aufrechterhaltung dieser Diskriminierung für einen befristeten Übergangszeitraum in einen neuen Tarifvertrag<sup>49</sup> sei aber zur Vermeidung von Einkommensverlusten gerechtfertigt. Diese Entscheidung, der Unvereinbarkeit von Unionsrecht mit einer tarifvertraglichen Regelung, widerspreche auch nicht der nach der Europäischen Grundrechtcharta gewährten Tarifautonomie und dem Kollektivverhandlungsrecht, da dieses in Einklang mit dem Unionsrecht ausgeübt werden müsse. Faktisch bedeutet dies eine totale Kontrolle der Tarifautonomie durch den EuGH, die ein jeweiliges Vorabentscheidungsersuchen nach Brüssel erforderlich machen kann.<sup>50</sup>

**Aber:** zulässige unterschiedliche Behandlung z. B. unterschiedliche Vergütung bei mehrjährigem, einschlägigem Erfahrungsvorsprung im Unternehmen im Vergleich zum Neueinsteiger<sup>51</sup>.

46 BAG v. 21. 6. 2011- 9 AZR 226/10.

47 BAG v. 20. 5. 2010 – 6 AZR 319/09 und 6 AZR 148/09, NZA 2010, 768 und BeckRS 2010, 70141; EuGH v. 8. 9. 2011 C-297/10 und C-298/10, NZA 2011, 1100.

48 Vgl. EuGH v. 9. 9. 2015- C-20/13- NZA 2015, 1311.

49 Vom Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT) wurde eine Überleitung der Angestellten in den Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) vorgenommen.

50 Der EuGH hatte sich darüber hinaus nicht dazu geäußert, ob der Verstoß gegen das Verbot der Altersdiskriminierung hier nur durch eine Anpassung »nach oben« oder auch in anderer Weise beseitigt werden kann. Das BAG entschied 2011, dass eine Anpassung »nach oben« zu erfolgen habe. D. h. bei Weiterführung des BAT haben alle Angestellten einen Anspruch auf das Grundgehalt der höchsten Lebensaltersstufe ihrer Vergütungsgruppe, soweit sie diesen Anspruch tarifrechtlich form- und fristgerecht geltend machen (BAG v. 10. 11. 2011 – 6 AZR 148/09). Nunmehr stellte der EuGH klar, dass das Unionsrecht, insbesondere Art. 17 der Richtlinie 2000/78, nicht vorschreibe, den diskriminierten Beamten rückwirkend einen Betrag in Höhe des Unterschieds zwischen ihrer tatsächlichen Besoldung und der Besoldung nach der höchsten Stufe ihrer Besoldungsgruppe zu zahlen. Das Unionsrecht stehe einer anderen nationalen Regelung aber nicht entgegen (EuGH v. 19. 06. 2014 – C-501/12 bis C-540/12 und C-541/12).

51 Einschränkung: EuGH v. 9. 9. 2015- C-20/13- NZA 2015, 1311.



- Ein Entgeltsystem, das ein höheres Grundgehalt allein wegen der Bereitschaft zu Überstunden oder wegen einer höheren örtlichen und zeitlichen Flexibilität vorsieht. Dadurch werden Frauen mittelbar benachteiligt (Benachteiligung wegen des **Geschlechts**), da die vorgenannten Eigenschaften eher Männern ohne familiäre Verpflichtungen zugeschrieben werden. Unzulässig ist es auch, Sonderzulagen von ununterbrochener Betriebszugehörigkeit von der Anzahl der Arbeitsstunden abhängig zu machen, womit Frauen als Mütter und Teilzeitbeschäftigte überdurchschnittlich häufig betroffen sind.
- Unterschiedliche Behandlung wegen sexueller Identität, wenn ein Familienzuschlag nur für verheiratete heterosexuelle Paare gezahlt werden soll.<sup>52</sup> Nach dieser Entscheidung, die auch die herrschende Meinung in der Rechtsprechung darstellte, waren Sozialleistungen zulässig, die an den Bestand einer Ehe anknüpften, da sie dem rechtmäßigen (verfassungsgemäßen) Ziel der Förderung und Unterstützung von Familien und solchen Partnerschaften, die eine Familie werden können, dienen.
- Gegen derartige Regelungen kam es in der Folge zu einigen Musterprozessen, so dass nunmehr gilt, dass eine mittelbare Benachteiligung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften wegen der sexuellen Identität dann zu bejahen ist, wenn durch das nationale Recht Personen desselben Geschlechts in eine Situation versetzt werden, die hinsichtlich bestimmter Lebensbereiche mit der von Ehegatten vergleichbar ist, wie die der eingetragenen Lebenspartnerschaften.<sup>53</sup>

Familienzuschlag

**Zulässig** sind weiterhin benachteiligende Vergütungen, die im Rahmen des AGG zulässig sind (§§ 8–10 AGG, Einzelheiten dort V. 1.6.1 – 1.6.3), also z. B. die schlechtere Entlohnung eines älteren Arbeitnehmers bei gleicher Leistung oder Qualifikation, wenn hierdurch z. B. nach langer Arbeitslosigkeit eine berufliche Wiedereingliederung ermöglicht wird.

### Exkurs: Gleicher Lohn für gleiche oder gleichwertige Arbeit?

Hatte die Vorläuferregelung zum AGG in § 612 Abs. 3 BGB Entgeltdiskriminierung ausdrücklich verboten, wird Entgelt in § 8 Abs. 2 AGG nur noch im Zusammenhang mit Ausnahmen vom allgemeinen Diskriminierungsverbot des § 7 AGG angesprochen und damit gesetzlich wieder unsichtbar gemacht. Aus dem AGG gibt es keinen direkten Anspruch auf gleiches Entgelt für gleiche bzw. gleichwertige Arbeit. Jedoch wird höchstrichterlich angenommen,

<sup>52</sup> Vgl. VG Koblenz v. 14. 9. 2004 – 6 K 631/04.

<sup>53</sup> EuGH v. 1. 4. 2008 – C 267/06, NZA 2008, 459; BAG v. 14. 1. 2009 – 3 AZR 20/07, NZA 2009, 489; BAG v. 18. 3. 2010 – 6 AZR 434/07, AP GG Art. 3 Nr. 321; EuGH v. 10. 5. 2011 – C 147/08, NZA 2011, 557.



dass sich aus Art. 157 Abs. 2 AEUV und der Wertung von § 2 Abs.1 Nr.2 AGG und § 8 Abs.2 AGG ergibt, dass bei einer Diskriminierung, die diesem Gesetz zuwiderläuft, eine Grundlage für Ansprüche auf gleiches Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeit besteht.<sup>54</sup> Somit besteht das Prinzip »Gleicher Lohn für gleiche oder gleichwertige Arbeit« über die zuvor geltende Regelung in Bezug auf Männer/Frauen (§ 612 Abs. 3 BGB) zumindest insoweit, als ein unterschiedlicher Lohn bei gleicher Arbeit wegen eines diskriminierenden Merkmals nach § 1 AGG, z. B. Rasse, Geschlecht, Behinderung, gezahlt wird und keine Rechtfertigung vorliegt.

### 1.2.2 Arbeitsbedingungen

Mitbestimmungsrecht bei Arbeitszeitfragen

- Besondere Mitbestimmung des Betriebsrats
  - Der Betriebsrat hat gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG ein **Mitbestimmungsrecht** hinsichtlich Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen, sowie der Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage und hinsichtlich der vorübergehenden Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit.

Urlaubsgrundsätze

- **Mitbestimmungsrecht** gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG für die Aufstellung allgemeiner Urlaubsgrundsätze und des Urlaubsplans, sowie die Festsetzung der zeitlichen Lage des Urlaubs für einzelne Arbeitnehmer, wenn zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber kein Einverständnis erzielt wird.

Neben der Arbeitszeit werden von den Arbeitsbedingungen die Faktoren Arbeitsort, Arbeitsinhalt und Sachmittel erfasst.

#### Unzulässig

- Muslimin mit Kopftuch wird vom Kundenkontakt ausgeschlossen, weil der Arbeitgeber kein Interesse an Auseinandersetzungen mit andersgläubigen Kunden hat: Benachteiligung wegen **Religion** und **Rasse/Ethnie**.
- Schutzkleidung, z. B. Schutzhandschuhe sind nur in Männergröße vorrätig: Benachteiligung wegen des **Geschlechts**.
- Arbeitsvorschriften und andere wichtige Unterlagen sind nicht in Großschrift vorhanden: Benachteiligung wegen des **Alters**.
- Behinderte werden wegen Schamgefühl des Arbeitgebers vom Kundenkontakt ausgeschlossen: Benachteiligung wegen **Behinderung**.
- Sonderurlaub, der nur für Eheschließung, nicht aber für den Eintrag einer Lebenspartnerschaft gewährt wird: Benachteiligung wegen **sexueller Identität**.

<sup>54</sup> BAG v. 11.12.2007- 3 AZR 249/06, NZA 2008, 532.



## Zulässig

- sind unterschiedliche Arbeitsbedingungen, die mit einer zulässigen unterschiedlichen Behandlung wegen beruflicher Anforderungen, der Religion/Weltanschauung oder des Alters einhergehen (§§ 8–10 AGG, Einzelheiten dort s. auch V. 1.6.1 – V. 1.6.3).
- Insbesondere kann der Arbeitgeber im Rahmen seines **Direktionsrechts** die Arbeitszeit, Arbeitsort, Sachmittel und Arbeitsinhalt weitgehend bestimmen. Das Tragen religiös motivierter Kleidung wird er im Rahmen seines **Weisungsrechts** nur in engen Grenzen verbieten können, wenn hierdurch der Betriebsfrieden erheblich gestört wird. Beispielsweise kann eine Einrichtung der evangelischen Kirche im Rahmen ihres Direktionsrechts das Tragen eines islamischen Kopftuchs während der Arbeitszeit verbieten.<sup>55</sup>
- **Positive Maßnahmen** (§ 5 AGG), mit denen Benachteiligungen wegen eines oder mehrerer Merkmale verhindert oder ausgeglichen werden, solange dadurch nicht andere Beschäftigte/Gruppen unzulässig benachteiligt werden, siehe dazu V. 1.6.4.

### Beispiel:

Flugbegleiter, die das 43. Lebensjahr vollendet hatten, wurden bei der Dienstplangestaltung hinsichtlich des Wechsels von Kurz- zu Langstreckenflügen bevorzugt, um nicht dem schnellen Wechsel von Start und Landungen ausgesetzt zu sein. Diese Betriebsvereinbarung über die Grundsätze der Dienstplangestaltung ist eine verbotene Diskriminierung wegen des **Alters**. Die jüngeren Flugbegleiter haben aber keinen Anspruch auf dieselbe Vergünstigung, wenn dadurch der Betrieb zum Erliegen käme. Die altersdiskriminierende Dienstplangestaltung muss insgesamt eingestellt werden.<sup>56</sup>

## 1.2.3 Bildungswesen

- Besondere Aufgaben des Betriebsrats
  - Gemäß § 92 Abs. 1 BetrVG hat der Betriebsrat ein **Informationsrecht** über **Personalplanung** die Personalplanung.
  - § 92 Abs. 2 BetrVG gibt dem Betriebsrat das Recht, **Vorschläge** für die Einführung einer Personalplanung und ihre Durchführung zu machen.

<sup>55</sup> BAG v. 24. 9. 2014 – 5 AZR 611/12, NZA 2014, 1407.

<sup>56</sup> Es besteht ein Leistungsverweigerungsrecht der Flugbegleiter, soweit der Arbeitgeber die diskriminierende Dienstplangestaltung weiter aufrechterhält, BAG v. 14. 5. 2013 – 1 AZR 44/12, NZA 2013, 1160.



### Bildungswesen

- Darüber hinaus hat der Betriebsrat ein **Beratungsrecht** bei der Personalplanung und für Fragen der Bildung, §§ 96, 97 BetrVG und ein **Vorschlagsrecht** für Bildungsfragen und zur Beschäftigungssicherung nach § 92a BetrVG.
- Er hat ein **Mitbestimmungsrecht** bei der Durchführung von einzelnen Maßnahmen der betrieblichen Berufsbildung, § 98 Abs. 1 BetrVG.
- Darüber hinaus sind die Bestimmungen des Berufsbildungsgesetzes und Jugendarbeitsschutzgesetzes zu beachten.

Zum betrieblichen Bildungswesen gehören die Berufsausbildung, die betriebliche Schulung und Fortbildung sowie die berufliche Weiterbildung.

### Unzulässig ist

- Teilnahme an einer Weiterbildungsmaßnahme setzt hervorragende Deutschkenntnisse voraus: Benachteiligung wegen **ethnischer Herkunft**.
- Bei Weiterbildungsmaßnahmen für Frauen werden nur »frauenspezifische« Themen angeboten: Benachteiligung wegen des **Geschlechts**.
- Es werden nur Ganztagsveranstaltungen angeboten, weswegen Teilzeitbeschäftigte oder Mütter/Väter nicht durchweg teilnehmen können. Auch ein Angebot, das nur abends stattfindet, kann Teilzeitbeschäftigte benachteiligen: Benachteiligung wegen des **Geschlechts**.
- Weiterbildung unter Zuhilfenahme von Rollenspielen, die bestimmte religiöse Anschauungen verletzen: Benachteiligung wegen **Religion/Weltanschauung**.
- Die Schulungsräume sind nicht barrierefrei und damit unzugänglich für Rollstuhlfahrer: Benachteiligung wegen **Behinderung**.
- Es ist kein Gebärdendolmetscher für Menschen mit Hörbehinderung im Weiterbildungstraining vorhanden: Benachteiligung wegen **Behinderung**.
- Altersgrenzen stellen in der Auswahl und Zuteilung bestimmter Bildungsmaßnahmen eine unmittelbare Benachteiligung dar: Benachteiligung wegen des **Alters**.
- Das ausschließliche Angebot von E-Learning-Schulungen benachteiligt i. d. R. ältere Beschäftigte: Benachteiligung wegen des **Alters**.

### Zulässig

- ist ein unterschiedliches Bildungswesen, das mit einer zulässigen unterschiedlichen Behandlung wegen beruflicher Anforderungen, der Religion/Weltanschauung oder des Alters einhergeht (§§ 8–10 AGG, Einzelheiten dort V. 1.6.1 – V. 1.6.3).
- Bildungsmaßnahmen dürfen auf die fachlichen und persönlichen Qualifikationen des Beschäftigten abstellen.
- Bildungsmaßnahmen brauchen nur im Rahmen der tatsächlich vorhandenen Kapazitäten angeboten zu werden.



## 1.3 Personalentwicklung

- Allgemeine Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Personalentwicklung<sup>57</sup>
  - Der Betriebsrat hat ein **Informationsrecht** und ein **Beratungsrecht** bzgl. der Personalplanung, § 92 Abs. 1 und 2 BetrVG. Personalplanung
  - Darüber hinaus verfügt der Betriebsrat über ein **Beratungsrecht** hinsichtlich bestimmter Maßnahmen der Berufsbildung, §§ 96, 97 BetrVG.
  - Daneben verfügt der Betriebsrat über ein **Mitbestimmungsrecht** bei der Durchführung einzelner Maßnahmen, § 98 Abs. 1 BetrVG. Dies gilt jedoch nicht für die Personalentwicklungsmaßnahmen leitender Angestellter im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG. Hier besteht gemäß § 105 BetrVG lediglich ein Informationsrecht.
  - Die Aufstellung allgemeiner Beurteilungsgrundsätze, die zu einer anderen Einstufung führen, sind gemäß § 94 Abs. 2 BetrVG von der **Zustimmung** des Betriebsrats abhängig. Beurteilungsgrundsätze

### Achtung:

Der Versetzung und Beförderung im Rahmen der Personalentwicklung geht regelmäßig eine **Beurteilung** voraus, so dass auch diese bei der Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Maßnahme einzubeziehen ist.

### 1.3.1 Versetzung

- Besondere Mitbestimmung des Betriebsrats bei Versetzung<sup>58</sup>
  - Der Betriebsrat ist gemäß § 99 Abs. 1 BetrVG in Betrieben mit mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern vor jeder Versetzung zu **unterrichten**, ihm sind die erforderlichen Bewerbungsunterlagen vorzulegen und **Auskunft** über die Person der Beteiligten zu geben. Dem Betriebsrat ist unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen Auskunft über die Auswirkungen der geplanten Maßnahme zu geben und die **Zustimmung** des Betriebsrats zur Maßnahme einzuholen.
  - Der Betriebsrat hat im Rahmen der Versetzung die **Zustimmung** zu verweigern, wenn eine Einstellung als sog. personelle Einzelmaßnahme gegen ein Gesetz (z. B. AGG) oder Tarifverträge/Betriebsvereinbarungen, die z. B. Regelungen zum AGG enthalten, verstößt, § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG.

<sup>57</sup> Daneben sind die jeweils gesondert aufgeführten besonderen Mitbestimmungsrechte im Bereich Versetzung und Beförderung zu beachten.

<sup>58</sup> Zu den allgemeinen Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats im Rahmen der Versetzung: II. 1.3.



## Auswahlrichtlinien

- Richtlinien über die personelle Auswahl bei Versetzungen, sog. Auswahlrichtlinien, bedürfen der **Zustimmung** des Betriebsrats, vgl. § 95 Abs. 1 BetrVG.

**§ 95 Abs. 3 BetrVG: Versetzung**

Versetzung im Sinne dieses Gesetzes ist die Zuweisung eines **anderen Arbeitsbereichs**, die voraussichtlich die Dauer von einem Monat überschreitet, oder mit einer **erheblichen** Änderung der Umstände verbunden ist, unter denen die Arbeit zu leisten ist. Werden die Arbeitnehmer nach der Eigenart ihres Arbeitsverhältnisses **üblicherweise** nicht ständig an einem bestimmten Arbeitsplatz beschäftigt, so gilt die Bestimmung des jeweiligen Arbeitsplatzes nicht als Versetzung.

**Hinweise:**Definition von  
Versetzung

- Der Begriff »anderer Arbeitsbereich« meint eine andere Aufgabe, Verantwortung, Art der Tätigkeit oder Einordnung in den betrieblichen Ablauf gemäß § 81 Abs. 1 und 2 BetrVG, über die der Arbeitnehmer rechtzeitig zu unterrichten ist.
- Die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereiches muss aber in zeitlicher (mindestens ein Monat) oder inhaltlicher Hinsicht (Änderung der Umstände) erheblich sein.
- Eine Versetzung liegt dagegen regelmäßig nicht vor, wenn es dem Wesen des konkreten Arbeitsverhältnisses entspricht, den Arbeitsplatz regelmäßig (üblicherweise) wechseln zu müssen. Dies unterfällt dann dem **Direktionsrecht** des Arbeitgebers.

**Unzulässige Versetzungen nach Merkmalen:**

- Versetzung einer Migrantin auf einen schlechteren Arbeitsplatz, weil deutsch nicht als Muttersprache beherrscht wird, was aber für die konkrete Tätigkeit auch nicht erforderlich ist: Benachteiligung wegen **Rasse/Ethnischer Herkunft**.
- Versetzung einer Arbeitnehmerin auf einen schlechteren Arbeitsplatz, weil diese wegen Kinderbetreuung keine Überstunden leisten kann: Benachteiligung wegen des **Geschlechts**.
- Versetzung eines sehbehinderten Menschen an einen Arbeitsplatz mit technischen Hindernissen: Benachteiligung wegen einer **Behinderung**.
- Versetzung einer Erzieherin mit Vollendung des 40. Lebensjahrs in einen sog. Stellenpool wegen Personalüberhangs: Benachteiligung wegen des **Alters**.<sup>59</sup>

<sup>59</sup> BAG v. 22. 1. 2009 – 8 AZR 906/07, BeckRS 2009, 69262.



## Zulässig

- sind Versetzungen, die mit einer zulässigen unterschiedlichen Behandlung wegen beruflicher Anforderungen, der Religion/Weltanschauung oder des Alters einhergehen (§§ 8–10 AGG, Einzelheiten dort s. auch V. 1.6.1 – V. 1.6.3).
- Insbesondere darf der Arbeitgeber bei der Personalentwicklung (Versetzung) auf die jeweils vorhandene oder nicht vorhandene Qualifikation (fachlich/persönlich) des Beschäftigten abstellen.
- Personalentwicklungen finden weiterhin nur im Rahmen der im Unternehmen vorhandenen Kapazitäten statt.
- Differenzierungen aufgrund anderer Merkmale, die keinen Zusammenhang mit einem Benachteiligungsmerkmal aufweisen, sind weiterhin zulässig.
- **Positive Maßnahmen** (§ 5 AGG), mit denen Benachteiligungen wegen eines oder mehrerer Merkmale verhindert oder ausgeglichen werden, solange dadurch nicht andere Beschäftigte/Gruppen unzulässig benachteiligt werden, siehe dazu V. 1.6.4.

### 1.3.2 Beförderung

Hier kann zunächst auf die Ausführungen zu den allgemeinen Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats oben II. 1.3. verwiesen werden.

#### Unzulässige Beförderungen nach Merkmalen:

- Bevorzugte Beförderung von Männern aufgrund größerer Präsenz und damit Wahrnehmung: Benachteiligung wegen des **Geschlechts**.  
Für die Annahme einer geschlechtsbezogenen Diskriminierung von Frauen bei Beförderungen bedarf es neben einer konkreten Statistik weiterer Anhaltspunkte zur Überprüfung im Einzelfall. Ein lediglich auffälliges Ungleichgewicht beim Frauenanteil in verschiedenen Hierarchieebenen eines Unternehmens allein reicht nicht zur Annahme eines Indizes.<sup>60</sup>
- Eine schwangere Arbeitnehmerin, die sich um eine Stelle bewirbt, kann wegen des Geschlechts benachteiligt sein, wenn der Arbeitgeber, dem die Schwangerschaft bekannt ist, die Stelle mit einem Mann besetzt und die Arbeitnehmerin neben der Schwangerschaft weitere Tatsachen vorträgt, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen. An den weiteren Tatsachenvortrag sind hierbei keine strengen Anforderungen zu stellen.<sup>61</sup>

<sup>60</sup> BAG v. 22.7.2010 – 8 AZR 1012/08, NZA 2011, 93.

<sup>61</sup> BAG v. 22.1.2009 – 8 AZR 483/09, NZA 2011, 689; AiB plus 2009, 22.



- Teilzeitkräfte werden nur eingeschränkt befördert, Benachteiligung wegen des **Geschlechts**, weil Teilzeitkräfte überwiegend Frauen sind.<sup>62</sup>
- Muslimische Frau wird wegen des Tragens eines Kopftuches nicht befördert: Benachteiligung wegen der **Religion**.
- Fördergespräche werden grundsätzlich nicht für Gehörlose angeboten, da kein Gebärdendolmetscher vorhanden ist: Benachteiligung wegen einer **Behinderung**.
- Automatische Beförderungen ohne Berücksichtigung von Leistung und Qualifikation alle fünf Dienst- oder Lebensjahre: Benachteiligung wegen des **Alters**.

### Zulässig

- sind Beförderungen, die mit einer zulässigen unterschiedlichen Behandlung wegen beruflicher Anforderungen, der Religion/Weltanschauung oder des Alters einhergehen (§§ 8–10 AGG, Einzelheiten dort V. 1.6.1 – V. 1.6.3).
- Insbesondere darf der Arbeitgeber bei der Personalentwicklung (Beförderung) auf die jeweils vorhandene oder nicht vorhandene Qualifikation (fachlich/persönlich) des Beschäftigten abstellen.
- Personalentwicklungen finden weiterhin nur im Rahmen der im Unternehmen vorhandenen Kapazitäten statt.
- Differenzierungen aufgrund anderer Merkmale, die keinen Zusammenhang mit einem Benachteiligungsmerkmal aufweisen, sind weiterhin zulässig.
- **Positive Maßnahmen** (§ 5 AGG), mit denen Benachteiligungen wegen eines oder mehrerer Merkmale verhindert oder ausgeglichen werden, solange dadurch nicht andere Beschäftigte/Gruppen unzulässig benachteiligt werden, siehe dazu V. 1.6.4.

## 1.4 Beendigung des Arbeitsverhältnisses

**Beendigungsarten** Ein Arbeitsverhältnis kann auf verschiedene Arten beendet werden: durch einseitige Willenserklärungen, z. B. Kündigungen; im gegenseitigen Einvernehmen, z. B. durch Aufhebungsverträge; ohne erneute Willenserklärung automatisch, z. B. bei befristeten Arbeitsverträgen mit Ablauf der Befristung oder durch sog. Altersgrenzenklauseln; aber auch im Rahmen einer Betriebsänderung (Personalabbau).

### 1.4.1 Kündigung durch den Arbeitgeber

- Mitbestimmung des Betriebsrats

<sup>62</sup> BAG v. 22. 7. 2010 – 8 AZR 1012/08, NZA 2011,93.



- Verstoßen Richtlinien über die personelle Auswahl bei Kündigungen, sog. **Auswahlrichtlinien**, gegen die Grundsätze des § 75 BetrVG, so darf der Betriebsrat nicht seine Zustimmung hierzu erteilen, vgl. § 95 Abs. 1 BetrVG.
- **Mitbestimmung bei Kündigungen** gemäß § 102 BetrVG: Der Betriebsrat ist vor jeder Kündigung zu hören; eine ohne Anhörung ausgesprochene Kündigung ist unwirksam. Der Betriebsrat kann der ordentlichen Kündigung widersprechen, wenn die Voraussetzungen von § 102 Abs. 3 BetrVG erfüllt sind (z. B. wenn die Kündigung einer Auswahlrichtlinie widerspricht oder soziale Gesichtspunkte nicht ausreichend berücksichtigt wurden). Darüber hinaus ist die Zustimmung zur Kündigung erforderlich, wenn dies in einer Betriebsvereinbarung vereinbart wurde (vgl. § 102 Abs. 6 BetrVG).

Nach dem Wortlaut des § 2 Abs. 4 AGG gelten für Kündigungen ausschließlich<sup>63</sup> die Bestimmungen zum allgemeinen<sup>64</sup> und zum besonderen<sup>65</sup> Kündigungsschutz. § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG sieht hingegen vor, dass »Benachteiligungen ... nach Maßgabe dieses Gesetzes unzulässig in Bezug auf die ... Entlassungsbedingungen« sind. Fraglich ist infolge der unklaren Formulierung daher, ob das AGG neben den Entlassungsbedingungen (z. B. Abfindungen<sup>66</sup>) auch auf Kündigungen Anwendung findet.

Zunächst wurde stets davon ausgegangen, dass das AGG nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers auf Kündigungen keine Anwendung finde.

Diese nationale Regelung widerspricht nach Meinung der Autorin und anderer Autoren allerdings der zugrunde liegenden EU-Richtlinie und stellt damit eine **europarechtswidrige Umsetzung** dar. Folge dieser europarechtswidrigen Umsetzung wäre hier, dass die Bestimmung nichtig wäre und daher nicht angewendet werden dürfte.

Der deutsche Gesetzgeber hat die Europarechtswidrigkeit dieser Regelung bislang nicht geändert.<sup>67</sup>

63 Damit wurde die ursprüngliche Version des Gesetzesentwurfes dahingehend geändert, dass für Kündigungen nicht »vorrangig«, sondern »ausschließlich« das Kündigungsschutzgesetz gelten soll.

64 Sozialauswahl nach § 1 KSchG, § 626 BGB. Hinsichtlich § 622 Abs. 2 S. 2 BGB, der bei der Berechnung der für die Kündigungsfristen maßgeblichen Beschäftigungsdauer die vor der Vollendung des 25. Lebensjahres liegenden Zeiten nicht berücksichtigt ist problematisch. Zwar gilt das Gesetz noch, aber der 2. Senat des BAG, der sich in seiner Rechtsprechung dem EuGH angeschlossen hat, wendet die Vorschrift zumindest seit dem 2.12.2006 nicht mehr an. BAG v. 9.9.2010 – 2 AZR 714/08, DB 2011, 655; EuGH v. 19.1.2010 – Rs. C-555/07, AP Richtlinie 2000/78/EG Nr.14, Rdnr. 43.

65 Vorschriften zum Schutz von Schwangeren, Behinderten etc.

66 Vgl. BAG v. 9.12.2014- 1 AZR 102/13- NZA 2015, 365.

67 Eingeräumt wurde jedoch, dass ein Spannungsverhältnis bestehe, da die Richtlinie auch den Schutz vor Diskriminierungen hinsichtlich der Entlassungsbedingungen fordere. Insofern geht der Gesetz-



Hatte das BAG im Jahr 2008 bereits eine Entscheidung zur Anwendbarkeit des AGG auf Kündigungen, die vom KSchG und speziell für Kündigungen geltenden Regeln (z. B. §§ 626, 613a BGB) erfasst werden, getroffen,<sup>68</sup> hat es nun auch für die Fälle, auf die das KSchG (noch) keine Anwendung findet, entschieden.<sup>69</sup>

### Praxishinweis:

Solange der EuGH die Europarechtswidrigkeit der deutschen Regelung noch nicht ausdrücklich festgestellt hat und der deutsche Gesetzgeber § 2 Abs. 4 des AGG nicht geändert hat, sollte der Betriebsrat aus Praktikabilitätsgründen das Gesetz so anwenden, wie es das BAG nun vorgegeben hat. Dennoch ist es wichtig, die – mutmaßliche – Europarechtswidrigkeit der Regelung zu kennen, um diese gegenüber dem Arbeitgeber zumindest argumentativ verwenden zu können.<sup>70</sup>

### Ungleichbehandlung nach BetrVG

In der Praxis bildet das nun geklärte Verhältnis des AGG zum Kündigungsschutz nicht die einzige Verteidigungsmöglichkeit des Arbeitnehmers, denn es kann aus Sicht des Arbeitnehmers sogar sinnvoller sein, sich auf eine Ungleichbehandlung nach dem BetrVG zu berufen und sich aufgrund dieser Ungleichbehandlung beim

geber davon aus, dass die Arbeitsgerichte das AGG richtlinienkonform auslegen und anwenden werden, vgl. Bundestag Plenarprotokoll 16/42, 4049.

- 68 Demnach sind die Diskriminierungsverbote des AGG bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe des Kündigungsschutzgesetzes in der Weise zu beachten, als dass sie eine Konkretisierung des Begriffes der Sozialwidrigkeit darstellen. Dies bedeutet, dass das AGG als eine gesetzliche Konkretisierung des Begriffes der Sozialwidrigkeit herangezogen wird. In den zu Grunde liegenden Entscheidungen ging es um die Frage, ob eine Altersgruppenbildung bei der Sozialauswahl sozialwidrig ist: BAG v. 6. 11. 2008 – 2 AZR 523/07, NZA 2009, 361; BAG v. 10. 6. 2010 – 2 AZR 420/09, NZA 2010, S. 1352.
- 69 Nach dem BAG regelt § 2 Abs. 4 AGG nur das Verhältnis zwischen dem AGG und dem KSchG sowie speziell für Kündigungen geltenden Regeln. Mit § 2 Abs. 4 AGG habe der Gesetzgeber nicht die Intention gehabt, dass das AGG keine Anwendung auf sämtliche Kündigungen haben sollte. Ordentliche Kündigungen während der Wartezeit und in Kleinbetrieben, die also (noch) nicht dem KSchG unterfallen, werden nicht von § 2 Abs. 4 AGG erfasst und sind folglich unmittelbar am AGG zu messen. Die Rechtsfolge einer nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG unzulässigen Kündigung ist nicht im AGG geregelt, sondern ergibt sich erst aus § 134 BGB. (Somit werden auch die zivilrechtlichen Generalklauseln §§ 138, 242 BGB nicht von § 2 Abs. 4 AGG erfasst, die Regelungen des AGG sind jedoch vorrangig gegenüber den Generalklauseln.) Das BAG hat danach entschieden, dass eine ordentliche Kündigung, die einen Arbeitnehmer, auf den das KSchG (noch) keine Anwendung findet, aus einen der in § 1 AGG genannten Gründe diskriminiert, nach § 134 BGB i. V. m. § 7 Abs. 1, §§ 1, 3 AGG unwirksam ist: BAG v. 19. 12. 2013 – 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372.
- 70 Die richtlinienkonforme Auslegung durch das BAG ist infolge des klaren Wortlautes und des gesetzgeberischen Willens trotzdem problematisch. Seit Inkrafttreten des AGG am 18. 10. 2006 wurde beispielsweise bereits § 10 S. 3 Nr. 6, 7 a.F. gestrichen. Mit diesen Änderungen hat der Gesetzgeber seinen Willen bestätigt, die Regelung nicht europarechtskonform abzuändern. Eine benachteiligende Kündigung kann stattdessen auch mit den Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB oder § 1 KSchG sanktioniert werden, vgl. BAG v. 24. 1. 2008 – 6 AZR 96/07, BeckRS 2008, 51834.



Betriebsrat gemäß § 84 Abs. 1 BetrVG zu beschweren. Hält der Betriebsrat die Beschwerde für begründet, so hat er beim Arbeitgeber auf Abhilfe hinzuwirken. Hilft der Arbeitgeber nicht ab, kann der Betriebsrat eine **Einigungsstelle** anrufen. Dies wird der Arbeitgeber aber regelmäßig scheuen: die Einrichtung der Einigungsstelle ist für ihn mit weiteren Kosten verbunden und mit der Gefahr, dass die Einigungsstelle mit den Stimmen des Betriebsrats eine für ihn nicht günstige Regelung trifft. Vor diesem Hintergrund wird der Arbeitgeber wohl eher versuchen, das Einigungsstellenverfahren zu umgehen, und Lösungen auf einem anderen Wege zu suchen. Hier liegt dann die Chance für den Betriebsrat.

Beschwerderecht  
nach BetrVG

Eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG wird durch § 2 Abs. 4 AGG nicht ausgeschlossen.<sup>71</sup>

#### 1.4.2 Andere Beendigungsformen

Arbeitsverhältnisse können außer durch einseitige Erklärungen wie z. B. Kündigungen oder durch gegenseitige Aufhebungsverträge auch automatisch, z. B. durch Befristungen oder sog. Altersgrenzenklauseln, enden.

Altersgrenzen-  
klauseln

Bei **Altersgrenzenklauseln** findet das Arbeitsverhältnis mit Renteneintritt sein Ende. Derartige Klauseln waren bisher in Arbeitsverträgen üblich und zulässig. Nach der Entscheidung des EuGH v. 13.9.2011 sind diese Altersgrenzenklauseln jedoch nur noch unter der strengen Voraussetzung zulässig, dass damit sozialpolitische Zwecke verfolgt werden. Insofern wird künftig insbesondere im Hinblick auf solche Klauseln zu überprüfen sein, ob sozialpolitische Zwecke vorliegen, die die entsprechende Klausel rechtfertigen (EuGH v. 11.11.1997, NZA 1997, 1337).

Da der Gesetzgeber diesen Fall ebenfalls ausdrücklich in § 10 S. 3 Nr. 5 AGG geregelt hat, wird sich die diesbezügliche Praxis der starren Altersgrenzen zunächst wohl nicht ändern.<sup>72</sup> Der EuGH hat in diesem Zusammenhang entschieden, dass Altersgrenzen, die an die Rentenberechtigung der Beschäftigten anknüpfen, im allgemeinverbindlichen Gebäudereiniger-Tarifvertrag zulässig sind, wenn sie an-

<sup>71</sup> BAG v. 12.12.2013 – 8 AZR 838/12, NJW 2014, 2061; siehe Punkt 2.2.3.2 (Entschädigung) dieser Broschüre.

<sup>72</sup> Eine Anmerkung sei aber erlaubt. Sicherlich gibt es viele gute Gründe, die für diese Altersgrenzenklauseln sprechen, z. B. der finanzielle Nachteilsausgleich durch Inanspruchnahme der Rente, Reaktion auf Leistungsabfall mit steigendem Alter, Öffnung des Arbeitsmarktes für Jüngere. Dagegen stehen aber der Verlust der Entscheidungsfreiheit für die Älteren sowie der folgende Widerspruch: Würde sich ein derart Vertriebener bei der anstehenden Wiederbesetzung bewerben, dürfte er nicht wegen seines Alters abgelehnt werden.



gemessen und erforderlich sind. Jedoch darf nach Ansicht des EuGH die Fortführung der Beschäftigung nach Erreichen des Rentenalters nicht wegen des Alters verweigert werden.<sup>73</sup> Auch das BAG sieht in einer tarifvertraglich geregelten Altersgrenze keine Altersdiskriminierung.<sup>74</sup>

### Achtung:

Gleichzeitig verweist § 10 Nr. 5 AGG darauf, dass § 41 S. 1 SGB VI unberührt bleibe. Nach dieser Norm ist ein Anspruch des Versicherten auf Altersrente nicht als ein Grund anzusehen, der die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber bedingen kann. Der scheinbare Widerspruch ist aber einfach zu lösen: Kündigungen mit der Begründung, der Arbeitnehmer könne Altersrente beziehen, sind unwirksam, während einzelvertragliche Regelungen, nach denen das Arbeitsverhältnis mit gesetzlichem Rentenbezug endet, wirksam sind.

### 1.4.3 Personalabbau

Wesentliche Betriebsänderungen

Interessenausgleich und Sozialplan

Anzeigepflichtige Entlassungen

- Mitbestimmung des Betriebsrats
  - In Unternehmen mit in der Regel mehr als 20 Arbeitnehmern ist der Betriebsrat über geplante wesentliche Betriebsänderungen zu unterrichten und diese sind mit ihm zu beraten, § 111 Abs. 1 BetrVG.
  - Zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat kann ein Interessenausgleich und Sozialplan vereinbart werden bzw. wenn eine Einigung nicht möglich ist, kann die Einigungsstelle angerufen werden. Der Sozialplan hat die Wirkung einer Betriebsvereinbarung, § 112 BetrVG.
  - Der Betriebsrat ist bei anzeigepflichtigen Entlassungen gemäß § 17 Abs. 2 KSchG rechtzeitig zu informieren und schriftlich zu unterrichten.

Der Personalabbau ist der wichtigste und häufigste Anwendungsfall der wirtschaftlichen Mitbestimmung: die geplante Betriebsänderung im Sinne einer personellen Einschränkung gemäß §§ 111 ff. BetrVG.<sup>75</sup>

<sup>73</sup> EuGH v. 12. 10. 2010 – C-45/09, NZA 2010, 1167.

<sup>74</sup> BAG v. 8. 12. 2010 – 7 ABR 438/09, ArbRAktuell 2011, 332. Noch nicht entschieden ist hierbei jedoch, ob diese Rechtsprechung auch für einzelvertragliche Abreden gilt.

<sup>75</sup> Zum Themenkreis Mitbestimmung des Betriebsrats bei Betriebsänderungen liegt von der Autorin ein weiterer Leitfaden für Betriebsräte mit dem Titel: »Der gemeinsame Betrieb mehrerer Unternehmen« als Band 10 (Best.-Nr.: 15010) der Reihe zur novellierten Betriebsverfassung bei der Hans-Böckler-Stiftung vor.



### Zum Personalabbau kommt es bei

- einer quantitativen Personalreduzierung nach den Zahlenwerten des § 17 Abs. 1 KSchG;
- Einschränkung des ganzen Betriebs oder wesentlicher Betriebsteile, die mit einer Reduzierung der Betriebsleistung und/oder des Personalstandes einhergehen;
- Schließung des ganzen Betriebes oder wesentlicher Betriebsteile;
- Verlegung des ganzen Betriebs oder wesentlicher Teile;
- Zusammenschluss mit anderen Betrieben des gleichen Unternehmens oder mit anderen Unternehmen (Fusion);
- Aufspaltung des Betriebs in zwei oder mehrere Betriebe;
- grundlegender Änderung der Betriebsorganisation, des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen;
- Einführung neuer Arbeitsmethoden oder Fertigungsverfahren.

Liegt eine Betriebsänderung vor, müssen die Betriebsräte die Rechte der Beschäftigten im Rahmen der Interessenausgleiche und Sozialpläne wahrnehmen. Kommt es in diesem Zusammenhang zu einer Massenentlassung, sind daneben die Mitwirkungsrechte des Betriebsrats gemäß § 17 Abs. 3 KSchG zu beachten.

Das Benachteiligungsverbot des AGG gilt auch in Bezug auf Sozialpläne und Interessenausgleiche.

Benachteiligungsverbot auch bei Sozialplan und Interessenausgleich Sozialauswahl

Dabei wird besonderes Augenmerk auf den Personalabbau unter Berücksichtigung einer Sozialauswahl – unter Umständen unter Zuweisung von Punkten nach einem Punktekatalog – zu legen sein.

### Unzulässig

- ist der generelle Vorrang des höheren Lebensalters im Rahmen einer Sozialauswahl (auch Punktetabelle).
- Personalabbau, der sich an Punktwerten orientiert, die unmittelbar oder mittelbar benachteiligend sind, z. B. vorrangiger Abbau von ausländischen Mitarbeitern oder von Teilzeitkräften, ohne dass es hierfür eine Rechtfertigung gibt.

Jedoch hat das BAG hinsichtlich der Berücksichtigung des Lebensalters bei der Sozialplanauswahl entschieden, dass die Berücksichtigung des Lebensalters in der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG rechtmäßig ist, da ein legitimer Schutzzweck älterer Arbeitnehmer bestünde. Insoweit kann in einer Auswahlrichtlinie und in der Namensliste das Lebensalter »linear« berücksichtigt werden, so dass Altersgruppen nicht zwingend gebildet werden müssen.<sup>76</sup>

<sup>76</sup> BAG v. 5. 11. 2009 – 2 AZR 676/08, NJW 2010, 1395.



**Zulässig**

Abfindungs-  
regelungen nach  
Alter und Betriebs-  
zugehörigkeit

- ist der Personalabbau, der mit einer zulässigen unterschiedlichen Behandlung wegen des Alters einhergeht (§ 10 AGG, Einzelheiten dort V. 1.6.1 – 1.6.3). Nach § 10 Nr. 6 AGG sind insbesondere Differenzierungen in Sozialplänen 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 haben, die wirtschaftlich abgesichert sind, weil sie, ggf. nach dem Bezug von Arbeitslosengeld, rentenberechtigt sind.<sup>77</sup>
- ist der Ausschluss älterer Arbeitnehmer beim Abschluss von Aufhebungsverträgen, wenn diesen der Arbeitsplatz erhalten bleibt. Eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters liegt hierbei nicht vor, da diese im Gegensatz zu den jüngeren Arbeitnehmern, die einen Aufhebungsvertrag mit dem Arbeitgeber abschließen, ihren Arbeitsplatz behalten.<sup>78</sup>

## 2. Beteiligungsrechte des Betriebsrats aus dem AGG

Im Folgenden soll dargestellt werden, inwiefern den Beschäftigten und dem Betriebsrat gesonderte Beteiligungsrechte aus dem AGG erwachsen.

Rechte und  
Pflichten

Dabei wird zunächst auf die Pflichten des Arbeitgebers als Spiegelbild der Rechte des Arbeitnehmers/Betriebsrats abgestellt, um sich sodann der Frage zuzuwenden, welche neuen Rechte das AGG für den Beschäftigten/Betriebsrat vorsieht.

### 2.1 Pflichten des Arbeitgebers

Dem Arbeitgeber erwachsen verschiedene Pflichten, die vor allem in den §§ 11, 12 AGG normiert sind.

#### 2.1.1 Organisationspflichten

Organisationsmaßnahmen sind in der Regel mitbestimmungspflichtig gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.

<sup>77</sup> BAG v. 23. 3. 2010 – 1 AZR 832/08, DB 2010, 1353.

<sup>78</sup> BAG v. 25. 2. 2010 – 6 AZR 911/08, NZA 2010, 561.



- Ausschreibung

### § 11 AGG: Ausschreibung

Ein Arbeitsplatz darf nicht unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG ausgeschrieben werden.

Dieses Gebot betrifft sowohl interne als auch externe Ausschreibungen und dürfte allgemein durch die bisherige Rechtslage – die frühere Regelung des § 611 b BGB Verbot einer Ausschreibung von Arbeitsplätzen nur für Männer bzw. für Frauen – schon geläufig sein, vgl. im Übrigen oben: Stellenausschreibung II. 1.1.1.

- Maßnahmen und Pflichten

### § 12 Abs. 1 AGG: Maßnahmen und Pflichten des Arbeitgebers

(1) Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die **erforderlichen** Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen wegen eines in § 1 genannten Grundes zu treffen. Dieser Schutz umfasst auch **vorbeugende** Maßnahmen.

Was erforderlich ist, bestimmt sich **objektiv** aus der Sicht eines neutralen Dritten und nicht nach subjektiven Einschätzungen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer.<sup>79</sup> Erforderliche Maßnahmen

Welche Maßnahme im konkreten Fall erforderlich ist, ist in jedem Einzelfall neu zu bestimmen. Die Erforderlichkeit wird wesentlich durch den gewünschten Zweck – Beseitigung oder Vorbeugung – beeinflusst.

Die Größe des Betriebs und die rechtlichen Möglichkeiten des Arbeitgebers haben Berücksichtigung zu finden.<sup>80</sup>

Letztlich kann die Verpflichtung wohl nur soweit gehen, wie der Arbeitgeber zur Pflichterfüllung rechtlich und tatsächlich in der Lage ist.

### § 12 Abs. 3 und 4 AGG: Maßnahmen und Pflichten des Arbeitgebers

(3) Verstoßen **Beschäftigte** gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 so hat der Arbeitgeber die im Einzelfall geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zur Unterbindung der Benachteiligung wie Abmahnung, Umsetzung, Versetzung und Kündigung zu ergreifen.

(4) Werden Beschäftigte bei der Ausübung ihrer Tätigkeit durch **Dritte** nach § 7 Abs. 1 AGG benachteiligt, so hat der Arbeitgeber die im Einzelfall

<sup>79</sup> Vgl. BT-Drs 16/1780, S. 37.

<sup>80</sup> BR-Drs 329/06, S. 28.



geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zum Schutz der Beschäftigten zu ergreifen.

Der Arbeitgeber ist insbesondere dazu verpflichtet, bei einem Verstoß von Beschäftigten oder Dritten gegen das Benachteiligungsverbot die **geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen** zur Unterbindung bzw. zum Schutz des Betroffenen zu treffen.

**Sanktionen** Die Sanktionen gegen benachteiligende oder belästigende Beschäftigte, wozu auch die Führungsebene gehört, werden exemplarisch aufgeführt. Hiernach können insbesondere Abmahnungen, Umsetzungen, Versetzungen oder Kündigungen ausgesprochen werden, bei denen ebenfalls die personellen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats einzuhalten sind.<sup>81</sup> Diese Aufzählung ist nicht abschließend. Als weitere Maßnahmen sind Ermahnung, ein gezieltes Training (Nachhilfe) oder sonstige organisatorische Maßnahmen denkbar.

Die beiden Absätze sind als echte Anspruchsgrundlagen vorgesehen, so kommt z. B. eine Haftung des Arbeitgebers bei Verstoß gegen die der Norm zu Grunde liegende Organisationspflichten nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB in Betracht. Das AGG sieht selbst keine weiteren Sanktionen vor. Ein Schadensersatzanspruch nach § 15 AGG kommt nur dann in Betracht, wenn ein sog. qualifiziertes Unterlassen des Arbeitgebers vorliegt, wenn also der Arbeitgeber nach § 3 AGG durch sein Unterlassen selbst benachteiligt.

Der Betriebsrat und die Gewerkschaft können bei Verstößen nach § 17 Abs. 2 AGG gegen den Arbeitgeber vorgehen. Auch Schadensersatzansprüche nach § 280 Abs.1 BGB und § 823 Abs. 2 BGB sind möglich.

#### Achtung:

#### Benachteiligung durch Dritte

Werden Benachteiligungen durch **Dritte**, z. B. Lieferanten, Kunden, Gäste oder Sonstige ausgeübt, ist der Arbeitgeber ebenso zu den geeigneten, erforderlichen und verhältnismäßigen Maßnahmen verpflichtet. Dies kann in besonderen Einzelfällen bis zur Beendigung des Geschäftsverhältnisses reichen.

#### Betriebsvereinbarung

Der **Betriebsrat** sollte mit dem Arbeitgeber gemeinsam eine **Betriebsvereinbarung** erstellen, die einen Verhaltenskodex für diskriminierende Dritte aufstellt:

<sup>81</sup> Hier ist es im Zweifelsfalle auch denkbar, dass der Betriebsrat gegen den störenden Arbeitnehmer selbst die Initiative ergreift, vgl. § 104 BetrVG.



- Es sollte ein Unternehmenskodex erarbeitet und an Dritte kommuniziert werden;
- Der Kodex sollte auch in Verträge standardmäßig integriert werden und bei Verstoß sanktioniert werden (Vertragsstrafen);
- Der Arbeitgeber sollte sich schützend vor den betroffenen Arbeitnehmer stellen und ihn nur mit seinem Einverständnis aus dem Kontakt zum Dritten herausnehmen;
- Als Ultima Ratio sollte der Arbeitgeber den Kontakt zum Dritten beenden.

**Achtung:**

Besonderes Augenmerk wird hier auf die **tatsächliche** Sanktionierung gegenüber **firmenfremden Dritten** zu legen sein, denn regelmäßig wird der Arbeitgeber hier ein besonderes Interesse haben, die Geschäftsbeziehungen nicht durch derartige Sanktionen zu belasten.

Hier sollte der Betriebsrat im Rahmen seiner Überwachungspflichten Auskunft über die jeweilig verhängten Sanktionen vom Arbeitgeber verlangen. Gleichzeitig könnte dem Arbeitgeber angeraten werden, eine Zusatzklausel in seine Verträge mit Dritten einzufügen, die auf die Einbeziehung des AGG gerichtet ist (zur Arbeitgeberstellung von Verleiher und Entleiher bei Arbeitnehmerüberlassung vgl. § 6 Abs. 2 S. 2 AGG) und Vertragsstrafen für den Fall von Benachteiligungen vorsieht.

### 2.1.2 Information (Schulungen)

#### **§ 12 Abs. 2 AGG: Maßnahmen und Pflichten des Arbeitgebers**

(2) Der Arbeitgeber soll in geeigneter Art und Weise, insbesondere im Rahmen der beruflichen Aus- und Fortbildung, auf die Unzulässigkeit der Benachteiligungen nach dem AGG hinweisen und darauf hinwirken, dass diese unterbleiben. Hat der Arbeitgeber seine Beschäftigten in geeigneter Weise zum Zwecke der Verhinderung von Benachteiligungen geschult, gilt dies als Erfüllung seiner Pflichten nach Abs. 1.

Das Gesetz verpflichtet den Arbeitgeber nicht ausdrücklich zur Durchführung von Schulungen. Es spricht insoweit nur von **geeigneter Art und Weise**, in der auf die Unzulässigkeit der Benachteiligungen nach dem AGG hingewiesen werden soll und nennt die berufliche Aus- und Fortbildung nur beispielhaft.

Durchführung von Schulungen

Was geeignet ist, bestimmt sich – wie im Rahmen des Absatzes 1 – nach **objektiven** Gesichtspunkten und kann je nach Größe des Betriebs unterschiedlich zu beurteilen sein.



### Vorstellung des AGG in Betriebsversammlung

So wird es bei einem kleinen Betrieb schon ausreichend sein, wenn der Arbeitgeber im Rahmen der Betriebsversammlung die wesentlichen Inhalte des AGG darstellt und darauf hinweist, wo im Betrieb die notwendigen Unterlagen ausliegen/ aushängen, während in größeren Betrieben regelmäßig Schulungen stattzufinden haben.

### Achtung:

Der Gesetzgeber lässt offen, in welchem Umfang, für welche Zielgruppen und in welchen Zeitabständen Schulungen durchgeführt werden müssen. Einziges Kriterium ist die objektive Eignung.

Schulungen müssen nach dem Aufgabenbereich des Einzelnen differenziert werden. Beschäftigte mit Führungsaufgaben müssen in jedem Falle detaillierter geschult werden.<sup>82</sup>

Sichergestellt werden muss, dass auch neu eingestellte Beschäftigte Kenntnis über die Rechte und Pflichten aus dem AGG erhalten.

Sofern der Arbeitgeber seine Beschäftigten in geeigneter Weise schult, hat er gemäß § 12 Abs. 2 S. 2 AGG seine Pflichten nach Abs. 1 erfüllt.

### Kein Schadenersatz nach geeigneter Schulung

Dies führt aber nur dazu, dass der Beschäftigte keinen materiellen Schadenersatz (§ 15 Abs. 1 AGG) gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen kann, weil diesen durch die geeignete Schulung kein Verschulden mehr treffen soll. Von der Schulung unberührt bleibt die Geltendmachung der verschuldensunabhängigen Entschädigung gemäß § 15 Abs. 2 AGG.

Auch über die Schulung hinaus bleibt der Arbeitgeber verpflichtet, gegenüber Beschäftigten und Dritten die im Einzelfall erforderlichen Maßnahmen durchzuführen. Dies ergibt sich aus den Absätzen 3 und 4, auf die § 12 Abs. 2 S. 2 AGG gerade nicht verweist.

**Betriebsratsschulungen:** Gerade der Betriebsrat muss in Sachen AGG geschult werden. Gemäß § 37 Abs. 6 BetrVG besteht ein Anspruch auf bezahlte Freistellungen für Schulungen, soweit diese Kenntnisse vermitteln, die für die Betriebsratsarbeit erforderlich sind. Dazu gehören unzweifelhaft auch profunde Kenntnisse zum AGG, denn der Diskriminierungsschutz gehört zu

<sup>82</sup> Beschäftigte, die im Betrieb eine Weisungsbefugnis – so z.B. Abteilungs- und Personalleiter – haben, sollten eine besondere Schulung erfahren, da dem Arbeitgeber diskriminierende Handlungen gemäß § 278 BGB zugerechnet werden und er sich dann nicht gemäß § 12 Abs. 2 S. 2 AGG freisprechen kann, vgl. BAG v. 25.10.2007, NZA 2008, 223.



den wichtigsten Aufgaben des BetrVG (Leitnorm ist § 75 i.V.m. § 80 BetrVG). Die Kosten der Schulungen trägt der Arbeitgeber.

Darüber hinaus ist der Arbeitgeber zur **Bekanntmachung** verpflichtet

- des AGG selbst, also Aushang des Gesetzestextes;
- der Klagefrist nach § 61b ArbGG sowie
- Informationen über die Behandlung von Beschwerden im Betrieb (Beschwerdestelle).

Die Bekanntmachung erfolgt durch **Aushang** am schwarzen Brett oder **Auslegung** an geeigneter Stelle, also dort, wo üblicherweise Bekanntmachungen des Betriebs für jedermann zugänglich ausgelegt werden. Es kommen aber auch **sonstige übliche Kommunikationsmittel** des Betriebs in Betracht, wie z. B. das Intranet. Art der  
Bekanntmachung

Wichtig ist jedoch, dass jeder Beschäftigte und Arbeitgeber Kenntnis erlangen kann und dass er hierfür keinen besonderen Aufwand betreiben muss, z. B. Vorsprache beim Chef, um an Schlüssel zu gelangen, mit dem er in den Schulungsraum eintreten kann, in dem das AGG ausliegt. Sicherergestellt werden muss auch, dass auch Beschäftigte, die sich nicht regelmäßig im Betrieb aufhalten, ausreichende Information erhalten (z. B. Außendienstmitarbeiter).

### 2.1.3 Beschwerdestelle schaffen

#### § 13 Abs. 1 AGG: Beschwerderecht

(1) Die Beschäftigten haben das Recht, sich bei den **zuständigen Stellen** des Betriebs, des Unternehmens oder der Dienststelle zu beschweren, wenn sie sich im Zusammenhang mit ihrem Beschäftigungsverhältnis vom Arbeitgeber, von Vorgesetzten, anderen Beschäftigten oder Dritten wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt fühlen. Die Beschwerde ist zu prüfen und das Ergebnis dem oder der beschwerdeführenden Beschäftigten mitzuteilen.

Aus der Berechtigung des Arbeitnehmers sich bei den zuständigen Stellen zu beschweren, folgt die Verpflichtung für den Arbeitgeber, solche Stellen zu schaffen. Beschwerdestelle

Die **zuständige Stelle** bestimmt der Arbeitgeber. Der Arbeitgeber kann mitbestimmungsfrei darüber entscheiden, wo er die Beschwerdestelle errichtet und wie diese personell besetzt wird, da es sich um eine organisatorische Entscheidung handelt. Er ist jedoch nach § 12 Abs. 5 AGG verpflichtet, die Beschwerdestelle im Betrieb bekannt zu machen. Bei der Errichtung einer überbetrieblichen Beschwer-



destelle handelt es sich auch nicht um die »Ordnung im Betrieb«, sondern um Betriebsorganisation, so dass kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs.1 Nr.1 BetrVG besteht.<sup>83</sup>

Die Einführung des **Beschwerdeverfahrens** erfolgt unabhängig vom Beschwerdeverfahren nach §§ 84 f. BetrVG (§ 13 Abs. 2 AGG) und unterliegt der betrieblichen Mitbestimmung nach § 87 Abs.1 Nr.1 BetrVG, da das AGG selbst kein bestimmtes Beschwerdeverfahren vorsieht. Hier kann und sollte der Betriebsrat selbst initiativ werden und das Beschwerdeverfahren über die Einigungsstelle durchsetzen. Bei einer überörtlichen Beschwerdestelle steht dieses Mitbestimmungsrecht jedoch dem Gesamtbetriebsrat zu.

**Besetzung** Diese Beschwerdestelle kann z. B. die Personalabteilung, ein Vorgesetzter oder eine durch Arbeitgeber und Betriebsrat besetzte gemeinsame Beschwerdestelle sein. Aufgabe der Beschwerdestelle ist nur die Entgegennahme und Bearbeitung der Beschwerde, sie kann in aller Regel der Situation selbst nicht abhelfen.<sup>84</sup>

**Wichtig** ist es in jedem Fall, ein möglichst unbürokratisches und niederschwelliges Beschwerdeinstrument zu schaffen, um zeitnah Kenntnis von Benachteiligungsfällen oder -potenzialen zu erlangen und schnell und effizient geeignete Maßnahmen treffen zu können.

#### 2.1.4 Maßregelungsverbot

##### § 16 AGG: Maßregelungsverbot

(1) Der Arbeitgeber darf Beschäftigte nicht wegen der Inanspruchnahme von Rechten nach diesem Abschnitt oder wegen der Weigerung, eine gegen diesen Abschnitt verstoßende Anweisung auszuführen, benachteiligen. Gleiches gilt für Personen, die den Beschäftigten hierbei unterstützen oder als Zeuginnen und Zeugen aussagen.

(2) Die Zurückweisung oder Duldung benachteiligender Verhaltensweisen durch betroffene Beschäftigte darf nicht als Grundlage für eine Entscheidung

<sup>83</sup> BAG v. 21. 7. 2009 – 1 ABR 42/08, NZA 2009, 1049.

<sup>84</sup> Insofern ist es aus Sicht des Betriebsrats nicht unbedingt ratsam, selbst Beschwerdestelle zu sein. Denn der Betriebsrat ist i. d. R. schon Beschwerdestelle nach § 84 BetrVG mit den entsprechenden Druckmitteln (Einigungsstelle). Dieser Umstand könnte bei den Arbeitnehmern zu falschen Erwartungen und Kompetenzverwirrungen führen, da die Beschwerdestelle nach dem AGG – anders als nach dem BetrVG – lediglich der passiven Entgegennahme der Beschwerde dient und der Situation unmittelbar nicht abhelfen kann.



herangezogen werden, die diese Beschäftigten berührt. Absatz 1 Satz 2 gilt entsprechend.

(3) § 22 gilt entsprechend.

Dieses Maßregelungsverbot, das schon aus § 612a BGB und § 5 TzBfG bekannt ist, wird durch das AGG auch zum Schutz von Zeugen und unterstützenden Personen ausgeweitet.

Das Problem dürfte allerdings auch hier wie beim Beschwerde- und Zurückbehaltungsrecht in der **Praxis** liegen. Der Beschäftigte, wie auch der Dritte, werden nachteiligen Anweisungen des Arbeitgebers zunächst einmal nachkommen (müssen), um mögliche nachteilige Folgen, die auch in einer unberechtigten Kündigung auftreten können, zu vermeiden, da Irrtümer und Fehleinschätzungen zu Lasten der Beschäftigten gehen. In diesem Zusammenhang ist es auch problematisch, dass ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Rechtsausübung und der Benachteiligung gefordert wird. Dies folgt aus dem Wortlaut »wegen«. Insofern dürfte die Darlegungs- und Beweislast, auch wenn § 22 AGG diese zugunsten des Arbeitnehmers erleichtert, in der tatsächlichen Umsetzung von Bedeutung sein. Einzelheiten s. o. Beschwerde, Leistungsverweigerungsrecht II. 2.2.1/2.2.2.

Beschwerderecht  
in der Praxis

Zu begrüßen ist allerdings der Verweis auf die Beweislastverteilung des § 22. Damit wird dem Arbeitnehmer die Beweisführung erleichtert. Näheres dazu bei Punkt III. 2. 2.

Beweislast-  
verteilung

### 2.1.5 Kooperation und Soziale Verantwortung

#### § 17 Abs. 1 AGG: Soziale Verantwortung der Beteiligten

(1) Tarifvertragsparteien, Arbeitgeber, Beschäftigte und deren Vertretungen sind aufgefordert, im Rahmen ihrer Aufgaben und Handlungsmöglichkeiten an der Verwirklichung des in § 1 genannten Ziels mitzuwirken.

Das Gesetz fordert also zu einer gemeinsamen Kraftanstrengung auf. Der Betriebsrat hat hier die Möglichkeit, auf eine **neue Unternehmenskultur** hinzuwirken, die unter dem Stichwort Diversity bekannt ist.

Diversity strebt an, durch die gezielte interne und externe Berücksichtigung, Wertschätzung und Einbeziehung zu einer Nutzung von interner und externer Vielfalt zu gelangen und so Erfolgssteigerungen zu erzielen. Studien haben bewiesen,

Diversity



dass Unternehmen, die Diversity konsequent und umfassend verfolgen, zu den begehrtesten Arbeitgebern zählen.<sup>85</sup>

**Beispiel:**

Ein homosexueller Arbeitnehmer verwendet an seinem Arbeitsplatz, an dem keine Offenheit gegenüber gleichgeschlechtlichen Lebensformen besteht, viel Zeit und Energie darauf, sein Privatleben geheim zu halten oder sich als heterosexuell darzustellen.

Diese verschlossene Produktivität steht Unternehmen mit aufgeschlossenem Klima zusätzlich zur Verfügung.

**Auswirkungen auf  
Motivation und  
Gesundheit**

Insbesondere hat ein positives Arbeitsklima und eine benachteiligungsfreie Beziehung zwischen Arbeitgeber und Beschäftigten direkte Auswirkungen auf Motivation und Gesundheit der Beschäftigten. Damit steigen Arbeitsqualität und Produktivität. Das bewusste Eintreten für eine benachteiligungsfreie Beschäftigungswelt ist damit auch eine Frage der wirtschaftlichen Vernunft.<sup>86</sup>

**Hinweis:** Der Betriebsrat sollte es sich in jedem Falle zur Aufgabe machen, dem Arbeitgeber das AGG schmackhaft zu machen und ihn davon zu überzeugen, dass das AGG mehr als eine reine Pflichtübung ist, sondern für ihn auch von (wirtschaftlichem) Nutzen sein kann. Argumenten wie höherer Produktivität und damit verbunden höheren Umsätzen durch ein besseres Arbeitsklima wird sich sicherlich kein Arbeitgeber verschließen wollen.

Jedoch geht bereits aus dem Wortlaut hervor, dass in dieser Norm keine echten Rechtspflichten verankert sind, sondern dass sie als Anregung in der betrieblichen und tarifvertraglichen Praxis dienen soll.

**Soziale  
Verantwortung**

Aber auch ohne besondere Rechtspflicht sollte soziale Verantwortung bedeuten, dass die Betriebsparteien ihre Vereinbarungen dahingehend überprüfen, ob diese benachteiligend sind.

<sup>85</sup> Vgl. Stuber, S. 194 ff.

<sup>86</sup> BT-Drs 16/1780 S. 25.



## 2.2 Rechte der Beschäftigten

Neben den Pflichten des Arbeitgebers, aus denen sich spiegelbildlich Rechte des Arbeitnehmers/Betriebsrats ergeben (können), verfügt der Beschäftigte aber auch über eigene, neue Rechte im AGG. Diese werden nachfolgend dargestellt.

### 2.2.1 Beschwerde

#### § 13 Abs. 1 AGG: Beschwerderecht

(1) Die Beschäftigten haben das Recht, sich bei den zuständigen Stellen des Betriebs, des Unternehmens oder der Dienststelle zu beschweren, wenn sie sich im Zusammenhang mit ihrem Beschäftigungsverhältnis vom Arbeitgeber, von Vorgesetzten, anderen Beschäftigten oder Dritten wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt fühlen. Die Beschwerde ist zu prüfen und das Ergebnis dem oder der beschwerdeführenden Beschäftigten mitzuteilen.

Die zuständige Beschwerdestelle richtet der Arbeitgeber ein, vgl. insoweit oben: **Beschwerdestelle**  
Beschwerdestelle schaffen II. 2 1.3.

Die Beschwerde ist zu **prüfen** und der Beschäftigte ist über das Ergebnis zu **informieren**.

Leider sind aus dem Gesetz keine Vorgaben über die mögliche Prüfdauer (Frist) oder die Art der Mitteilung (Form) zu entnehmen. Da die Vorschrift aber weitestgehend den bisherigen Vorschriften aus dem BetrVG gleicht, ändert sich an der bisherigen Rechtslage nichts. In einer Betriebsvereinbarung kann aber das genauere Verfahren bestimmt werden, dieses wäre mitbestimmungspflichtig. **Art der Beschwerde**

Bedarf es einer längeren Untersuchung, so muss der Arbeitgeber innerhalb angemessener Frist einen Zwischenbescheid erteilen. Die Mitteilung kann schriftlich oder mündlich erfolgen. Sie muss jedoch eindeutig sein.

Wird die Beschwerde abgelehnt, bedarf es einer Begründung.<sup>87</sup>

Das Beschwerderecht beruht auf rein subjektiven Wahrnehmungen. Daher reicht es aus, dass der Beschäftigte sich **benachteiligt fühlt**. Das Vorliegen einer objektiven Benachteiligung oder auch begründete Anhaltspunkte sind für das Vorliegen nicht erforderlich.

<sup>87</sup> Buschmann in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde, BetrVG, § 84 Rn. 15 f.



**Achtung:**

Dem Beschäftigten kann nicht geraten werden, einer Anordnung, über die er sich beschwert, zunächst nicht nachzukommen, weil er sich nicht sicher sein kann, ein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 14 AGG (sexuelle Belästigung) oder § 273 BGB zu haben. Hier setzt er sich der Gefahr aus, zu Unrecht die Leistung zu verweigern, was dem Arbeitgeber wiederum ein Recht zur außerordentlichen Kündigung zubilligen könnte. Der Arbeitnehmer sollte **unter Protest** der streitigen Anordnung/Maßnahme nachkommen und sich Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche ausdrücklich **vorbehalten**.

**2.2.2 Leistungsverweigerung****§ 14 AGG: Leistungsverweigerungsrecht**

Ergreift der Arbeitgeber keine oder offensichtlich ungeeignete Maßnahmen zur Unterbindung einer Belästigung oder sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz, so sind die betroffenen Beschäftigten berechtigt, ihre Tätigkeit ohne Verlust des Arbeitsentgelts einzustellen, soweit dies zu ihrem Schutz erforderlich ist. § 273 BGB bleibt unberührt.

Diese Vorschrift ist § 4 BSchSchG nachgebildet und gilt ausdrücklich nur für **Belästigungen und sexuelle Belästigungen**; Leistungsverweigerungsrechte wegen anderer Gründe können nur aufgrund von § 273 BGB geltend gemacht werden.

**Nur im Einzelfall** Nach dem Wortlaut soll ein Leistungsverweigerungsrecht nur **im Einzelfall** bestehen, wenn es (unbedingt) zum Schutz des Beschäftigten erforderlich ist. Voraussetzung für die Arbeitsverweigerung ist jedoch, dass der Arbeitgeber Kenntnis von der Belästigung hat.<sup>88</sup> Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn der Arbeitgeber auf eine Beschwerde nicht ausreichend reagiert oder bei einer Belästigung oder sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz durch den Arbeitgeber oder Dienstvorgesetzten selbst. Durch die Leistungsverweigerung soll der Arbeitgeber gezwungen werden, Abhilfe zu schaffen.

**Achtung:**

Wann keine oder offensichtlich ungeeignete Maßnahmen zur Unterbindung einer (sexuellen) Belästigung vorliegen, kann rechtssicher im Vorfeld einer gerichtlichen Auseinandersetzung nicht festgestellt werden. Er trägt die

<sup>88</sup> BT-Drs 16/1780,37.



Darlegungs- und Beweislast für die Belästigung oder sexuelle Belästigung. Der Beschäftigte, der die Leistung verweigert, trägt also die Gefahr, dass ein Leistungsverweigerungsrecht nicht besteht. Damit einher geht die Gefahr der wirksamen (fristlosen) Kündigung durch den Arbeitgeber wegen unberechtigter Leistungsverweigerung, vgl. insoweit s. o. Beschwerderecht II. 2.2.1.

### 2.2.3 Entschädigung und Schadensersatz

Die EU-Mitgliedstaaten sollen wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen für den Fall vorsehen, dass gegen die aus den Richtlinien erwachsenen Vorschriften verstoßen wird.<sup>89</sup> **Sanktionen**

Der deutsche Gesetzgeber hat als Sanktionen Entschädigung und Schadensersatz in § 15 AGG geregelt. Auf öffentlich-rechtliche Elemente, wie z. B. Bußgelder oder eine behördliche Aufsicht, wird von Seiten des Gesetzgebers bewusst verzichtet.<sup>90</sup>

#### **§ 15 Abs. 1, 2 und 6 AGG: Entschädigung und Schadensersatz**

(1) Bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot ist der Arbeitgeber verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Dies gilt nicht, wenn er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

(2) Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der oder die Beschäftigte eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Die Entschädigung darf bei einer Nichteinstellung drei Monatsgehälter nicht übersteigen, wenn der oder die Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre.

...

(6) Ein Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 begründet keinen Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses, Berufsausbildungsverhältnisses oder beruflichen Aufstiegs, es sei denn, dieses ergibt sich aus einem anderen Grund.

<sup>89</sup> EU-RiLi 2000/43/EG, Nr. 26 der Erwägungen.

<sup>90</sup> Vgl. BT-Drs. 16/1780, S. 25. Dem Gesetzgeber war bei der Wahl der Sanktionen von den Richtlinien auferlegt, dass diese eine abschreckende Wirkung haben sollten, aber gleichzeitig verhältnismäßig sein mussten. Die abschreckende Wirkung hätte er möglicherweise stärker über einen Bußgeldkatalog erreicht, der verschuldensunabhängig für jede Benachteiligung oder Belästigung ein entsprechendes Bußgeld vorgesehen hätte. Derartige Bußgelder wären aber wohl als unverhältnismäßig anzusehen, weil sie gerade nicht den Einzelfall betrachten und damit ungleiche Sachverhalte gleich bewerten.



### 2.2.3.1 Schadensersatz

#### Voraussetzungen für Schadensersatz

Absatz 1 regelt den sog. **materiellen** Schadensersatz, d. h. die Wiedergutmachung eines bezifferbaren Schadens in Geld.<sup>91</sup>

Voraussetzungen sind:

- Verstoß gegen Benachteiligungsverbot
- unmittelbarer Zusammenhang zwischen Schaden und schädigendem Verhalten (»hierdurch«).
- Verschulden<sup>92</sup> des Arbeitgebers (»zu vertreten«) bedeutet vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten, die Beweislast für Verschulden liegt beim Arbeitgeber. Der Arbeitgeber haftet nicht nur für eigenes Verschulden, sondern auch für fremdes, nämlich das seiner sog. Erfüllungsgehilfen. Das sind diejenigen Personen, derer er sich zur Erfüllung seiner ihm obliegenden Pflichten bedient und denen gegenüber er ein Weisungsrecht hat, z. B. Vorgesetzter des benachteiligten Beschäftigten.<sup>93</sup>
- geldwerter, materieller Schaden, keine Haftungshöchstgrenze!

#### Haftung auch für fremdes Verschulden

Daneben kommen nach § 15 Abs. 5 AGG weitere Ansprüche in Betracht.<sup>94</sup>

#### Beispiel:

Bewerben sich zwei Arbeitslose auf eine Stelle als Verkäufer und stellt sich heraus, dass der eine Verkäufer zwar objektiv besser geeignet ist und daher einzustellen gewesen wäre<sup>95</sup>, aber homosexuell ist, was den Arbeitgeber

- 91 Grundsätzlich hat derjenige, der zum Schadensersatz verpflichtet ist, den Zustand wiederherzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, sog. Naturalrestitution, § 249 Abs. 1 BGB. Von diesem Grundsatz weicht das AGG ab, indem es grundsätzlich den Schaden nur in Geld abgilt.
- 92 Die Einführung des Erfordernisses »Verschulden des Arbeitgebers« stellt im Vergleich zur Regelung des § 611 a BGB eine Verschlechterung dar, da dort kein Verschulden für den Ersatz des Vermögensschadens vorausgesetzt war. Diese Haftungsbegrenzung könnte jedoch gegen Verschlechterungsverbot des europäischen Gesetzgebers verstoßen und begegnet vielfach europarechtlichen Bedenken, s. Stoffels, in: RdA 2009, 204; Kamanabrou, in: RdA 2006, 321.
- 93 Macht sich der Arbeitgeber also die Vorteile einer Arbeitsteilung zunutze und bedient sich zur Erfüllung seiner Personalführungsobliegenheit der Hilfe anderer Personen, so muss er auch das Risiko tragen, für deren Fehler einzustehen, vgl. Grundmann in: Münchener Kommentar, § 278 Rn. 3. Hier- von kann sich der Arbeitgeber auch nicht durch Schulungen seiner Führungskräfte befreien, vgl. Gaul, Aktuelles Arbeitsrecht, S. 5 (17); BAG v. 25.10.2007, NZA 2008, 223.
- 94 § 331 Abs. 2 BGB aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen, § 280 BGB schuldhafter Pflichtverletzung, § 1004 BGB Unterlassungsansprüche wegen Persönlichkeitsverletzung sowie materielle Schadensersatzansprüche aus §§ 252, 823 BGB.
- 95 Dies hat der Arbeitnehmer zu beweisen; BAG v. 19.8.2010 – 8 AZR 530/09, NZA 2010, 1412.



wegen befürchteter Schwierigkeiten mit Kunden dazu verleitet, den zweiten Verkäufer einzustellen, liegt eine Benachteiligung nach dem AGG vor. Der Benachteiligte kann seinen materiellen Schaden ersetzt verlangen, der darin besteht, dass er nicht eingestellt wurde und kein Gehalt erhält. Der Schaden besteht in der Differenz von Arbeitslosengeld zu dem Gehalt, welches er bei Einstellung erhalten hätte.

#### Achtung:

Eine Beschränkung auf drei Monatsgehälter erfolgt hier nicht, da der Bewerber als Bestqualifizierter eingestellt worden wäre, wenn er nicht homosexuell wäre. Ob grundsätzlich eine Beschränkung der Dauer in Betracht zu ziehen ist (z. B. bis zum Ablauf der Probezeit als erster Kündigungsmöglichkeit) bleibt den Arbeitsgerichten vorbehalten. Erfolgt keine Begrenzung, hätte der Arbeitslose theoretisch, sofern er keine andere Anstellung mehr findet, einen Anspruch bis ins Rentenalter<sup>96</sup>. Dies dürfte jedoch dem System des Schadensersatzrechtes zuwiderlaufen, da in diesem Fall fraglich ist, ob der Schadensersatz noch angemessen ist.

### 2.2.3.2 Entschädigung

Abs. 2 erfasst den Fall, dass dem Arbeitnehmer daneben aufgrund der Benachteiligung nach dem AGG aber regelmäßig auch ein Schaden entstehen wird, der nicht in Geld bezifferbar ist (Nichtvermögensschaden), sondern vielmehr seine Ehre und Würde betrifft. Bei der Entschädigung handelt es sich daher auch um ein Schmerzensgeld. Die Höhe des **Schmerzensgeldes** kann vom Gericht nur geschätzt werden und orientiert sich u. a. an Ausmaß und Schwere der Benachteiligung und am Grad des Verschuldens. Auch wiegt eine unmittelbare Benachteiligung i. d. R. schwerer als eine mittelbare; ebenso ist ein Wiederholungsfall oder der Fall einer systematischen Diskriminierung schwerer einzustufen. Gleiches gilt, wenn eine Benachteiligung aus mehreren Gründen erfolgt.<sup>97</sup>

#### Achtung:

Im Gegensatz zu § 15 Abs. 1 AGG ist der Anspruchsgegner in Abs. 2 AGG nicht benannt. Das BAG hat klargestellt, aus der Gesetzessystematik folge, dass

<sup>96</sup> Vgl. hierzu LAG Berlin-Brandenburg v. 26. 11. 2008, NJOZ 2008, 5205.

<sup>97</sup> BT-Drs 16/1780, 38; BAG v. 18. 3. 2010, NZA 2010, 1129.



immer der Arbeitgeber der Anspruchsgegner ist. Dies gilt z. B. auch, wenn er sich einer Personalvermittlung bedient. Ansprüche gegenüber Dritten begründet § 15 Abs. 2 AGG nicht.<sup>98</sup>

Der Anspruch auf Entschädigung besteht verschuldensunabhängig, d. h. der Arbeitgeber kann sich nicht darauf berufen, von der Benachteiligung nichts gewusst zu haben oder sie nicht gewollt zu haben.<sup>99 100</sup>

**Voraussetzung** Allein der Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot begründet damit Entschädigungsansprüche. Insbesondere bedarf es keiner tatsächlichen Beeinträchtigung, vgl. § 7 Abs. 1 a.E. AGG.

Ein extremes **Beispiel** verdeutlicht das Ausmaß: Bewerben sich auf die männerdiskriminierende Stellenanzeige »Sekretärin gesucht« eine Frau und 99 Männer und wird die Frau wegen der optimalen Erfüllung der Anforderungen eingestellt, wäre der Arbeitgeber verpflichtet, an 99 Bewerber eine angemessene Entschädigung in Geld zu zahlen.<sup>101</sup>

**Höhe der Entschädigung** Die Höhe der Entschädigung soll **angemessen** sein und wird im Einzelfall durch das zuständige Gericht bestimmt werden. Nur für den Fall der Nichteinstellung, bei der der benachteiligte Arbeitnehmer die ausgeschriebene Stelle ohnehin nicht bekommen hätte, sieht das AGG eine Begrenzung auf maximal drei Monatsgehälter vor.<sup>102</sup> Dies entspricht der bisherigen Rechtslage in Bezug auf die Benachteiligung wegen des Geschlechts und wegen Behinderung.

Wenn sich der Arbeitgeber auf die Begrenzung auf drei Monatsgehältern berufen möchte, trägt er hierfür die Darlegungs- und Beweislast. Dieser genügt er, wenn er Gründe dafür darlegt, warum der Bewerber ohnehin nicht eingestellt worden wäre.<sup>103</sup> Jedoch trägt auch der Arbeitnehmer eine gewisse Beweislast, so dass er zumindest geltend machen muss, bei einer benachteiligungsfreien Auswahl eingestellt worden zu sein.

98 BAG v. 23.1.2014 – 8 AZR 118/13, BB 2014, 1534.

99 Der Gedanke der Verschuldensunabhängigkeit der Haftung beruht auf der Rechtsprechung des EuGH. Danach steht die Richtlinie 76/207/EWG einer innerstaatlichen gesetzlichen Regelung entgegen, die für einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Diskriminierung die Voraussetzungen des Verschuldens aufstellt, vgl. EuGH v. 22.4.1997 – C-180/95, NZA 1997, 645; BAG v. 22.1.2009 – 8 AZR 906/07, NZA 2009, 945.

100 Dies gilt, auch wenn Abs. 2 S. 1 vom Schaden spricht, welcher nach Abs. 1 S. 2 ein Vertretenmüssen grundsätzlich erfordert, BAG v. 22.1.2009 – 8 AZR 906/07, NZA 2009, 945; BT-Drs 16/1780, 38.

101 Wank, NZA 2004, Sonderbeilage zu Heft 22, S. 16 ff. (25).

102 BAG v. 17.8.2010 – 9 AZR 839/08, NZA 2011, 153.

103 BAG v. 17.8.2010 – 9 AZR 839/08, NZA 2011, 153.



In den Fällen, in denen die Obergrenze nicht gilt, ist die Höhe der Entschädigung unbeschränkt. Jedoch dürfen hier wegen des Erfordernisses der Angemessenheit der Entschädigung keine überzogenen Erwartungen gehegt werden.

Ob die Beschränkung auf drei Monatsgehälter bei Nichteinstellung der Rechtsprechung des EuGH standhalten wird, ist noch nicht abschließend geklärt. Es ist hierbei zumindest sehr zweifelhaft, ob damit der Anforderung nach abschreckenden Sanktionen ausreichend Rechnung getragen wird. Vom BAG entschieden ist, dass zur Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes die Entschädigung eine abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber haben und sie im Verhältnis zum erlittenen Schaden verhältnismäßig sein muss.<sup>104</sup> Insoweit werden bei der Höhe der Entschädigung - wie bereits erwähnt - Ausmaß und Schwere, der Grad des Verschuldens, Wiederholungsfälle und mehrfache Benachteiligungen mitberücksichtigt.

Da § 15 Abs. 2 AGG die Möglichkeit des gerichtlichen Tätigwerdens des Betriebsrats und der Gewerkschaften nach § 17 Abs. 2 AGG i. V. m. § 23 Abs. 3 BetrVG nicht ausschließt, muss bei der Berechnung der Entschädigung auch berücksichtigt werden, dass wegen desselben Rechtsverstoßes zwei Zahlungsverpflichtungen auferlegt werden. Wird gleichzeitig ein erfolgreiches Beschlussverfahren nach § 17 Abs. 2 AGG i. V. m. § 23 Abs. 3 BetrVG durchgeführt, kann dies den Entschädigungsanspruch des Arbeitnehmers mindern.<sup>105</sup>

§ 2 Abs. 4 AGG schließt einen Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG nicht aus. Die merkmalsbezogene Belastung im Zusammenhang mit dem Ausspruch einer Kündigung führt jedenfalls dann zu einem Entschädigungsanspruch, wenn sie über das Normalmaß hinausgeht.<sup>106</sup>

---

104 BAG v. 22. 1. 2009 – 8 AZR 906/07, NZA 2009, 945.

105 Klumpp in NZA 2006, 904.

106 BAG v. 12. 12. 2013 – 8 AZR 838/12, NJA 2014, 2061: Ein Arbeitgeber hatte einer Arbeitnehmerin in Kenntnis eines Krankenhausaufenthaltes aufgrund eines fehlenden Abgangs einer toten Leibesfrucht gekündigt. Die Kündigung war geschlechtsdiskriminierend und aufgrund des Zugangs »zur Unzeit« treuwidrig und über das Normalmaß belastend.



### 2.2.3.3 Ausnahme

**Fahrlässigkeit** Bei der Anwendung kollektivrechtlicher Vereinbarungen zu § 15 Abs. 2 AGG<sup>107</sup> ist der Arbeitgeber gemäß § 15 Abs. 3 nur dann zur Entschädigung verpflichtet, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig<sup>108</sup> handelt.

#### Praxishinweis:

Hier sollte den Betriebsräten daran gelegen sein, Betriebsvereinbarungen, insbesondere auch Auswahlrichtlinien und Sozialpläne, auf Diskriminierungen hin zu überprüfen und nachzubessern.

### 2.2.3.4 Frist

**Ausschlussfristen** Schadensersatzansprüche, die wegen einer Benachteiligung nach dem AGG geltend gemacht werden sollen, unterliegen **Ausschlussfristen**.<sup>109</sup>

**Fristarten** Im Rahmen des AGG sind zwei Fristen zu beachten:

1. Die Frist zur Geltendmachung des Schadensersatz-/Entschädigungsanspruchs gegenüber dem Arbeitgeber gemäß § 15 Abs. 4 AGG beträgt **zwei Monate**.<sup>110</sup> Die Gültigkeit dieser kurzen Frist ist mittlerweile vom EuGH bestätigt.<sup>111</sup> Diese Frist darf nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers nicht verkürzt,<sup>112</sup> wohl aber durch Tarifvertrag/Betriebsvereinbarung verlängert werden. Die Geltendmachung muss schriftlich erfolgen.

<sup>107</sup> BAG v. 16. 2. 2012 – 8 AZR 697/10, NZA 2012, 667.

<sup>108</sup> Grobe Fahrlässigkeit bedeutet die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt in besonders schwerem Maße.

<sup>109</sup> Ausschlussfristen schließen, wie der Name schon sagt, die Geltendmachung eines Anspruchs nach Fristablauf grundsätzlich und endgültig aus. Für die Berechnung von Fristen wird auf die gesetzlichen Vorgaben in §§ 186 ff. BGB verwiesen.

<sup>110</sup> Hinsichtlich der Geltendmachung von Ansprüchen wegen Benachteiligung des Geschlechts stellte die 2-Monats-Frist bis zur Entscheidung des EuGH v. 8. 7. 2010 – C 246/09, NZA 2010, 869 eine unzulässige, und damit europarechtswidrige Verschlechterung im Vergleich zur vorherigen Rechtslage dar, vgl. § 611 a BGB: 3 Monate.

<sup>111</sup> Diesbezüglich war es zeitweise umstritten, ob sie europarechtskonform ist, da sie kürzer als die sechsmonatige Frist des § 611 a BGB ist, der für geschlechtsbezogene Benachteiligung in seiner Fassung v. 17. 08. 2006 gegolten hat. Mittlerweile hat das EuGH die Europarechtskonformität der Vorschrift bestätigt, EuGH v. 8. 7. 2010 – C 246/09, NZA 2010, 869.

<sup>112</sup> BT-Drs. 16/1780, S. 53.



2. Die Frist zur Erhebung der Klage wegen Geltendmachung des Schadensersatz-/Entschädigungsanspruchs gemäß § 61 ArbGG beträgt **drei Monate** ab schriftlicher Geltendmachung des Anspruchs gegenüber dem Arbeitgeber.
3. Die Frist **beginnt** gemäß Satz 2 mit Kenntnis von der Benachteiligung, im Falle von Bewerbungen und Beförderungen jedoch schon mit Zugang der Ablehnung. Fristbeginn

Hier ist zu beachten, dass der Arbeitgeber den Fristbeginn beweisen muss, d. h. er muss den Zugang der Ablehnung gerichtsfest dokumentiert haben. Dies wird ihm mittels normalen Briefes nicht möglich sein, sondern als Indiz gilt hier das Einschreiben (mit Rückschein) und als Beweis wohl nur die förmliche Zustellung oder die Übergabe mit Zeugen. Beweis des  
Fristbeginns

#### Praxistipp:

Aus anwaltlicher Sicht würde man raten, auch nach Fristablauf den Anspruch geltend zu machen, in der Hoffnung, dass die Gegenseite den Zugang nicht nachweisen kann.



### III. Durchsetzung der Rechte

Nicht nur Recht haben, sondern auch Recht bekommen, lautet die Devise. Daher ist ein besonderes Augenmerk auf die tatsächliche Durchsetzbarkeit der im AGG geregelten Ansprüche zu setzen.

#### 1. Durch den Beschäftigten selbst

Bei den Rechten aus dem AGG handelt es sich überwiegend um **Individualrechte**, die durch den Betroffenen persönlich geltend zu machen sind. Der Betriebsrat wird nur im Rahmen der oben bereits benannten Mitwirkungsrechte und der im Folgenden beschriebenen besonderen Rechte aus dem AGG tätig.

##### Geltendmachung von Ansprüchen

Daher sollte der Beschäftigte auf die Möglichkeit der Erlangung von Entschädigung/Schadensersatz hingewiesen werden und auch darauf, dass er diesen Anspruch selbst (bzw. über den gewerkschaftlichen Rechtsschutz oder einen Rechtsanwalt) geltend machen muss. Hier ist zugleich auf den Lauf der Frist von nur zwei Monaten für die Geltendmachung des Anspruchs gegenüber dem Arbeitgeber hinzuweisen.

#### 2. Durch Betriebsrat/Gewerkschaft

##### Überwachungspflichten des Betriebsrats

Der Betriebsrat wird weiterhin nur tätig im Rahmen seiner Überwachungspflichten aus §§ 75, 80 Nr. 1 BetrVG bezüglich gesetzlicher Vorschriften, wozu auch das AGG zählt mit den oben besonders beschriebenen Mitwirkungsrechten.

Einzig für den Betriebsrat besonders im AGG geregelt ist der Verweis von § 17 Abs. 2 AGG auf § 23 Abs. 3 BetrVG. Die Möglichkeit für den Betriebsrat, nach § 17 Abs. 2 AGG vorzugehen, schließt die Rechte aus § 23 Abs. 3 S.1 BetrVG nicht aus. Der Gesetzgeber wollte ein weiteres Instrument zur Durchsetzung der Rechte schaffen, sodass § 17 Abs. 2 AGG und § 23 Abs. 3 BetrVG bspw. bei einem Verstoß gegen AGG und BetrVG nebeneinander anwendbar sind.<sup>113</sup> Die Möglichkeit zur Klage nach § 17 Abs. 2 AGG hat auch die im Betrieb vertretene Gewerkschaft.

<sup>113</sup> BeckOK ArbR/ Roloff § 17 AGG.



**§ 17 Abs. 2 AGG: Soziale Verantwortung der Beteiligten**

(2) In Betrieben, in denen die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG vorliegen, können bei einem groben Verstoß des Arbeitgebers gegen Vorschriften aus diesem Abschnitt der Betriebsrat oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft unter den Voraussetzungen des § 23 Abs. 3 S. 1 BetrVG die dort genannten Rechte gerichtlich geltend machen; § 23 Abs. 3 Satz 2 bis 5 BetrVG gilt entsprechend. Mit dem Antrag dürfen nicht Ansprüche des Benachteiligten geltend gemacht werden.

Damit ist das ausgedrückt, was in den Monaten vor Einführung des AGG recht unscharf als **Klagerecht des Betriebsrats** bezeichnet wurde. Es handelt sich dabei um ein arbeitsgerichtliches Beschlussverfahren nach §§ 2a, 80 ff. ArbGG.

Folgende Voraussetzungen gelten:

- Es müssen die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG vorliegen: es muss sich um einen Betrieb mit in der Regel **fünf ständig wahlberechtigten Arbeitnehmern**, von denen drei wählbar sind, handeln. Damit gilt das Klagerecht der Betriebsräte nicht in Kleinstbetrieben. Solange eine Betriebsratsfähigkeit besteht, ist das tatsächliche Vorhandensein eines Betriebsrats für die Befugnis der Gewerkschaft nach § 17 Abs. 2 AGG unerheblich.<sup>114</sup> Zwischen Betriebsrat und Gewerkschaft besteht kein Rangverhältnis. Das Antragsrecht der Gewerkschaft besteht fort, auch wenn ein Betriebsrat gewählt wurde.<sup>115</sup>
- Es muss ein **grober Verstoß** des Arbeitgebers gegen die **Vorschriften des zweiten Abschnitts (§§ 6–16) des AGG** vorliegen. Dies umfasst vor allem Verstöße im Zusammenhang mit den Arbeitsbedingungen der Beschäftigten und den Zugang zu einer Beschäftigung. Die Grundsätze des § 23 Abs. 3 S. 1 BetrVG zur Bestimmung eines **groben** Verstoßes gelten auch im Rahmen des § 17 Abs. 2 AGG.<sup>116</sup> Ein **grober** Verstoß liegt dann vor, wenn dieser objektiv erheblich und offensichtlich schwer wiegend ist.<sup>117</sup> Dies kann bereits bei einem einmaligen Verstoß der Fall sein oder es können sich wiederholte leichte Verstöße zu einem groben Verstoß summieren, ein Unterlassungsanspruch erfordert keine Wiederholungsgefahr.<sup>118</sup> Ein betriebsverfassungswidriges Verhalten bzw. ein kollektivrechtlicher Bezug wird im Gegensatz zu § 23 Abs. 3 S. 1 BetrVG nicht vorausgesetzt, da auch Benachteiligungen bei Einstellungen und Verstöße gegen § 12 AGG, d. h. Verstöße

Voraussetzungen  
für Klagerecht

114 ErfK/Schlachter AGG § 17.

115 Besgen/Roloff in NZA 2007, 670.

116 BAG v. 18. 8. 2009 – 1 ABR 47/08, NZA 2010, 222.

117 BAG v. 29. 2. 2000 – AP Nr. 44 zu § 87 BetrVG; BAG v. 18. 8. 2009 -1 ABR 47/08, NZA 2010, 222.

118 BAG v. 14. 11. 1989 – 1 ABR 87/88, EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 85; BAG v. 16. 7. 1991 – 1 ABR 69/90, EzA § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 48; Besgen/ Roloff, in NZA 2007, 670.



gegen individualvertragliche Pflichten, von § 17 Abs. 2 AGG erfasst werden.<sup>119</sup> Kein grober Verstoß besteht, wenn der Arbeitgeber seine Rechtsposition in einer schwierigen und ungeklärten Rechtsfrage verteidigt.<sup>120</sup> Des Weiteren findet auch das Haftungsprivileg des § 15 Abs. 3 AGG bei der Bestimmung eines groben Verstoßes Anwendung. Damit ist ein grober Verstoß ausgeschlossen, wenn der Arbeitgeber kollektivrechtlich zur Anwendung von Tarifverträgen verpflichtet ist.<sup>121</sup>

### Praxishinweis:

Von Interesse für den Betriebsrat ist die Frage, ob ein grober Verstoß auch dann zu bejahen ist, wenn der Arbeitgeber die Vornahme präventiver Maßnahmen nach § 12 Abs. 1 AGG unterlässt. Dies hätte zur Folge, dass der Betriebsrat dem Arbeitgeber **konkrete** Maßnahmen vorgeben oder diese beantragen müsste. Über solch weite Befugnisse verfügt der Betriebsrat aber nicht. Die Handlungsfreiheit bzw. das Direktionsrecht des Arbeitgebers erstreckt sich auch auf die Auswahl einer konkreten Maßnahme. Der Betriebsrat wäre danach lediglich dazu befugt, einen Antrag auf Vornahme **nicht näher konkretisierter** Maßnahmen zu stellen. Ein solcher Antrag wäre für eine Vollstreckung wiederum zu pauschal und damit gerade nicht vollstreckbar.<sup>122</sup>

- Der **persönliche Anwendungsbereich** des § 17 Abs. 2 AGG ist im Vergleich zu § 5 BetrVG und § 12a TVG weiter gefasst, denn es werden alle Beschäftigten i. S. d. § 6 AGG geschützt, d. h. auch die im Betrieb noch nicht beschäftigten Stellenbewerber. Die soziale Verantwortung von Betriebsrat und Gewerkschaften wird damit erweitert.<sup>123</sup> Gewerkschaften sind nicht auf den Schutz ihrer Mitglieder beschränkt. Sie können auch zugunsten von Nicht- oder Andersorganisierten einschreiten.<sup>124</sup> Die Schutzmöglichkeiten von Betriebsrat und Gewerkschaften sind hier gegenüber Verbänden nach § 23 AGG erweitert.<sup>125</sup>
- Die **dort genannten Rechte** (§ 23 Abs. 3 BetrVG) kann der Betriebsrat geltend machen. Dazu bedarf es keiner Zustimmung des Betroffenen.<sup>126</sup> Diese beste-

<sup>119</sup> Besgen/Roloff in NZA 2007, 670; BT- Drs. 16/2022, 39.

<sup>120</sup> BeckOK ArbR/ Roloff § 17 AGG.

<sup>121</sup> AGG/Bauer/Krieger § 15 AGG.

<sup>122</sup> BeckOK ArbR/ Roloff § 17 AGG.

<sup>123</sup> Besgen/Roloff in NZA 2007, 670, Hess. LAG v. 6. 3. 2008, ArbuR 2008, 315.

<sup>124</sup> In der Literatur wird teilweise vertreten, dies sei ein Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers, sowie in die Koalitionsbetätigungsfreiheit der Gewerkschaften, Klumpp, NZA 2006, 904.

<sup>125</sup> ErfK/Schlachter AGG § 17.

<sup>126</sup> Sogleich wird eine aufgedrängte Rechtsfürsorge vermutet von Klumpp, NZA 2006, 904 (905).



hen darin, beim Arbeitsgericht einen Antrag auf Unterlassung, Duldung oder Vornahme einer Handlung zu stellen.

Dem Arbeitgeber kann aufgegeben werden, eine gegen das AGG verstoßende Einstellungspraxis zu **unterlassen**, wonach bestimmte Merkmalsträger nicht eingestellt werden oder

- die vom AGG ausdrücklich erlaubte Handlung der Ausübung des Beschwerderechts zu **dulden** oder
- vom AGG ausdrücklich vorgesehene Handlungen wie z. B. erforderliche Maßnahmen nach § 12 Abs. 3 AGG **vorzunehmen**.

**Nicht** gefordert werden kann hingegen z. B. die Herausgabe von Sachen, die Abgabe einer Willenserklärung oder die Gewährung einer Leistung.

Die Sätze 2 bis 5 in § 23 Abs. 3 BetrVG **gelten entsprechend**. Hier werden die Zwangsmittel normiert, die dem Betriebsrat zustehen, wenn der Arbeitgeber der gerichtlichen Entscheidung nicht nachkommt und damit der Zustand der Benachteiligung fort dauert. Hier kann auf Antrag des Betriebsrats oder der Gewerkschaft der Arbeitgeber zu einem **Ordnungsgeld** für jede Zuwiderhandlung oder zur Vornahme einer Handlung durch **Zwangsgeld** verurteilt werden. Dabei beträgt das Höchstmaß des Ordnungs- und Zwangsgeldes jeweils 10.000 Euro. Zwangsmittel

§ 17 Abs. 2 AGG bietet nicht die Möglichkeit eine einstweilige Verfügung zu beantragen, denn Zweck der Norm ist die Sanktionierung von Verstößen, die auch der Prävention dienen soll, nicht jedoch die unmittelbare Sicherung ordnungsgemäßen Verhaltens.<sup>127</sup>

### What's new?

Von dem seinerzeit viel diskutierten neuen Klagerecht des Betriebsrats im Rahmen des AGG ist nicht viel zu sehen. Auch ohne den Verweis im § 17 Abs. 2 AGG könnte der Betriebsrat bei einem Verstoß des Arbeitgebers gegen § 75 BetrVG oder über § 80 Abs. 1 Nr. 1 jederzeit bei einem groben Verstoß des Arbeitgebers gegen Diskriminierungsvorschriften aus dem BetrVG oder AGG die in § 23 Abs. 3 BetrVG geregelten Rechte geltend machen. Neue prozessuale Rechte entstehen dem Betriebsrat also durch das AGG nicht, denn dieses verweist ohne sonstige Erweiterung auf die bereits bestehenden Rechte aus § 23 Abs. 3 BetrVG.

<sup>127</sup> AGG/Bauer/Krieger § 17 AGG.



Insbesondere verfügt der Betriebsrat über **keine eigenen Klagerechte** zugunsten des Beschäftigten. Dies wird im Gesetz ausdrücklich durch § 17 Abs. 2 S. 2 AGG geregelt. D. h. Individualansprüche des Beschäftigten auf Erfüllung, Schadenersatz oder Entschädigung kann der Betriebsrat nicht geltend machen. Da der Betriebsrat nicht vermögensfähig ist, kann er sich diese Rechte auf eine Geldleistung auch nicht abtreten lassen. Uneindeutig ist die Frage, ob der Gesetzgeber mit dem § 17 Abs. 2 S. 2 AGG auch Anträge ausschließen wollte, die sich mit Individualansprüchen decken können, z. B. ein Antrag auf Unterlassung einer weiteren Benachteiligung. Aus einer Gesetzesauslegung folgt, dass für den Betriebsrat nur die Geltendmachung von **konkreten Leistungen** an den Benachteiligten ausgeschlossen wird. Alle übrigen Anträge, z. B. auf Unterlassung oder Vornahme können neben Individualansprüchen geltend gemacht werden und schließen sich nicht gegenseitig aus.<sup>128</sup> Dies gilt sogar dann, wenn sich der benachteiligte Beschäftigte gegen eine Klage entscheidet.<sup>129</sup> Dies verschafft dem Beschäftigten den Vorteil, dass er seine Individualansprüche, z. B. aus § 15 AGG, auch dann geltend machen kann, wenn der Betriebsrat nicht tätig werden sollte. Ob er von einem »Vorfühlen«<sup>130</sup> der Rechtslage durch den Betriebsrat profitieren kann, bevor er selbst tätig wird, ist aufgrund der kurzen Frist des § 15 AGG von 2 Monaten jedoch eher zweifelhaft. Führt der Betriebsrat ein Beschlussverfahren durch, ist der Beschäftigte generell nicht am Verfahren zu beteiligen. Eine Anhörung des Beschäftigten z. B. aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes des Gerichts ist jedoch möglich.<sup>131</sup>

#### Exkurs:

In der ursprünglichen Version des AGG war geplant, Antidiskriminierungsverbänden die Möglichkeit zu geben, sich Entschädigungsansprüche vom Beschäftigten abtreten zu lassen, damit diese sie als eigene Ansprüche prozessual geltend machen können. Diese Möglichkeit ist im AGG nicht mehr vorgesehen.

128 Besgen/Roloff in NZA 2007, 670.

129 Die Möglichkeit eines gerichtlichen Vorgehens ohne Zustimmung des Betroffenen wird in der Literatur teilweise kritisiert, da dies zu einem »Zwangsoouting« des Betroffenen führen könne und Betriebsrat und Gewerkschaften gerade zum Schutz von Arbeitnehmern tätig werden sollten, ErfK/Schlachter AGG § 17, NZA 2006, 904.

130 Eine präjudizielle Bindungswirkung bewirkt das Beschlussverfahren für das individualrechtliche Verfahren nicht., Besgen/Roloff in NZA 2007, 670.

131 Besgen/Roloff in NZA 2007, 670.



## 2.1 Außergerichtliche Möglichkeiten

Grundsätzlich sollte den Betriebsräten immer daran gelegen sein, sich außergerichtlich zu einigen.<sup>132</sup> Zu bedenken ist nämlich, dass Gerichtsverfahren Unwägbarkeiten bergen (Erfolgsaussichten können vorher nicht sicher bestimmt werden) und sehr zeitintensiv sind. Das Kostenrisiko eines Gerichtsverfahrens wird hier dadurch reduziert, dass der Arbeitgeber die Kosten eines Beschlussverfahrens nach § 17 Abs. 2 AGG umfassend nach § 40 BetrVG übernehmen muss, soweit sie erforderlich sind.

Außergerichtliche  
Entscheidung

Vor allem das Zeitargument steht einer praxisorientierten Lösung meist im Wege, denn bis zur gerichtlichen Klärung einer Streitfrage können Monate vergehen. In der Zwischenzeit geht das Leben im Betrieb aber weiter, und der Bedarf nach einer Lösung wächst.

Aus diesem Grunde sollte vorher genau die Kosten-Nutzen-Abwägung vorgenommen und in Betracht gezogen werden, ob ein weiterer Versuch der gütlichen Einigung nicht doch Erfolg versprechender ist.

Kosten-Nutzen-  
Relation

### Praxishinweis:

In manchen Fällen wird es angezeigt sein, den Arbeitnehmer, der sich bisher nicht über die Benachteiligung beim Betriebsrat beschwert hat, dahingehend zu motivieren, dies zu tun. Dann kann der Betriebsrat über das Beschwerdeverfahren aus § 85 BetrVG dem Arbeitnehmer zur Seite stehen.

## 2.2 Gerichtliche Durchsetzbarkeit

Haben die Betriebsräte die außergerichtlichen Möglichkeiten der gütlichen Einigung erfolglos ausgeschöpft, kommt zur effektiven Durchsetzung der Rechte meist nur die Klage beim Arbeitsgericht in Betracht.

Klage beim  
Arbeitsgericht

Das Klagerecht des Betriebsrats ergibt sich aus § 23 Abs. 3 BetrVG i.V.m. § 17 Abs. 2 AGG; hierzu ausführlich Durchsetzung der Rechte in Kapitel III 2.

Wesentliche Neuerung im Rahmen des AGG ist die Regelung der **Beweislast**.

<sup>132</sup> So auch Busch, AiB 2006, 400 (401).



Grundsätzlich ist es so, dass derjenige, der einen Anspruch (gerichtlich) geltend macht, das Vorliegen der Tatsachen, die diesen Anspruch begründen, vollumfänglich beweisen muss. Dies ist in der Praxis – gerade im Verhältnis Arbeitgeber – Arbeitnehmer – oftmals faktisch nicht möglich, weil der Arbeitnehmer regelmäßig keine Einsicht in die Entscheidungsstrukturen des Unternehmens hat, und kaum ein Arbeitgeber so naiv ist, die wahren Gründe für eine Maßnahme oder Entscheidung nach außen zu kommunizieren. Welcher Arbeitgeber gibt schon offen zu – am besten schriftlich –, dass er jüngere Frauen wegen erwarteter Schwangerschaftsausfälle am liebsten gar nicht einstellt, sich von schwerbehinderten Menschen nichts als Schwierigkeiten mit dem Integrationsamt erwartet und Migranten schneller kündigt als anderen Arbeitnehmern?!

### Beweiserleichterung

Diese Schwierigkeiten, die oftmals dazu führen würden, dass ein Beweis nicht möglich ist und damit der Anspruch nicht durchgesetzt werden kann, hat der Gesetzgeber erkannt<sup>133</sup> und im Rahmen einer Beweiserleichterung im AGG geregelt.

#### § 22 AGG: Beweislast

Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligungen vorgelegen hat.

### Indizienbeweis

Voraussetzung ist also: Die eine Partei muss Indizien beweisen.<sup>134</sup> Indizien sind Hilfstatsachen, die den Schluss auf eine andere Tatsache nahe legen. Hierbei muss der Beschäftigte in **zwei Schritten** vorgehen.

1. Bewiesen werden muss zunächst, dass der Beschäftigte schlechter/ungünstiger behandelt wurde als ein anderer Beschäftigter (real oder fiktiv).

133 Die deutsche Regelung zollt der Europäischen Gesetzgebung Tribut. Der Europagesetzgeber hält eine Änderung der Grundsätze der Beweislastverteilung für geboten, wenn ein glaubhafter Anschein der Diskriminierung besteht. Zur wirksamen Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist eine Verlagerung der Beweislast auf die beklagte Partei erforderlich, wenn eine solche Diskriminierung nachgewiesen ist, vgl. EU-RiLi 2000/43/EG, Nr. 21 der Erwägungen in Bezug auf Rasse/ethnische Herkunft.

134 Der Gesetzgeber wollte durch die Formulierung »Indizien beweisen« anstelle von »Tatsachen glaubhaft machen« keine andere Beweisregelung schaffen, sondern er hat die Formulierung nur benutzt, um eine Diskussion um den juristisch besetzten Begriff »Glaubhaftmachung« zu verhindern. Im deutschen Prozessrecht erfolgt eine Glaubhaftmachung anhand des § 294 ZPO in der Regel mit dem Mittel der eidesstattlichen Versicherung. Im Arbeitsrecht reicht eine solche Glaubhaftmachung aber nach ständiger Rechtsprechung des BAG nicht aus.



**Beispiel:**

Nichteinstellung, Schlechtergruppierung, Kündigung, Zuweisung niederer Tätigkeiten etc.

Da ein abgelehnter Stellenbewerber oft nicht weiß, warum er abgelehnt wurde, hat er Darlegungs- und Beweisprobleme hinsichtlich einer möglichen Diskriminierung. Jedoch begründen weder § 22 AGG noch andere zivilrechtliche oder zivilprozessualen Vorschriften einen entsprechenden Auskunftsanspruch des abgelehnten Stellenbewerbers gegenüber dem Arbeitgeber. Da sich in diesem Zusammenhang die Frage aufdrängte, ob die Beweislastvorschriften der Diskriminierungsrichtlinien eine andere Auslegung der nationalen Vorschriften erforderten, richtete das BAG ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH.<sup>135</sup> Der EuGH hat die Frage wie folgt beantwortet: Ein abgelehnter Stellenbewerber hat gegen den Arbeitgeber keinen Anspruch auf Auskunft, ob dieser einen anderen Bewerber eingestellt hat.<sup>136</sup> Ein solcher Auskunftsanspruch ist auch nicht aus dem Gemeinschaftsrecht abzuleiten.<sup>137</sup> Die Auskunftsverweigerung stellt noch kein Indiz für die Vermutung einer Benachteiligung i. S. d. §§ 1, 7 AGG dar. Von diesem Grundsatz kann eine Ausnahme gemacht werden, wenn schlüssig dargelegt wird, erst die geforderte Auskunft werde es ermöglichen, eine gegen § 7 AGG verstoßende Benachteiligung nach der Beweislastregel des § 22 AGG nachzuweisen oder gerade die verweigerte Auskunft begründe die Vermutung einer Benachteiligung. Soweit eine Auskunft erteilt wird, muss diese richtig sein. Falsche, wechselnde oder in sich widersprüchliche Begründungen für eine benachteiligende Maßnahme können eine Indizwirkung i. S. d. § 22 AGG haben, da sie vermuten lassen, dass die wahren Gründe unerlaubt waren.<sup>138</sup> Die Rechtsposition des Bewerbers wurde durch die Entscheidung folglich nicht spürbar gestärkt, da eine bloße Ausnahmeregelung einen Auskunftsanspruch gewährt.

**Beweismittel** sind die üblichen Mittel der ZPO, also insbesondere Zeugenaussagen, Vorlegen von Urkunden, Aussagen des Betroffenen, Sachverständigengutachten, Inaugenscheinnahme durch Gericht. Beweismittel

2. Sodann müssen Tatsachen vorgetragen werden, aus denen sich der Schluss ziehen lässt, dass die unterschiedliche Behandlung wegen eines Merkmals nach § 1 AGG erfolgte.

<sup>135</sup> BAG v. 20. 5. 2010 – 8 AZR 287/08, NZA 2010, 1006.

<sup>136</sup> BAG v. 25. 4. 2013 – 8 AZR 287/08, DB 2013, 2509.

<sup>137</sup> EuGH 19. 4. 2012 – C- 415/10, NZA 2012, 493.

<sup>138</sup> BAG v. 21. 6. 2012 – 8 AZR 364/11, NZA 2012, 1345.



Für das Gericht ausreichend ist eine **leicht überwiegende Wahrscheinlichkeit** der Diskriminierung.<sup>139</sup>

### Beispiele:

- Stellenanzeige, die nur ein Geschlecht anspricht, wurde schon vor Einführung des AGG als Indiz für eine Diskriminierung angesehen.
- Eine 20-jährige Arbeitnehmerin trägt vor, im Rahmen der betriebsbedingten Kündigung durch eine fehlerhafte Sozialauswahl wegen des Alters benachteiligt worden zu sein. Aus den Entlassungsschreiben ihrer ebenfalls gekündigten jüngeren Kollegen konnte sie ersehen, dass offensichtlich ohne weiteres den Älteren der Vorzug gegeben wurde.
- Ein Homosexueller trägt als Indiz für eine benachteiligende Versetzung vor, dass der Arbeitgeber auf der letzten Weihnachtsfeier verlautbaren ließ, »die Schwulen in seiner Firma von den Jobs mit Kundenkontakt verbannen« zu wollen.
- Auch eine Statistik aus der sich ergibt, dass in einem Unternehmen alle Führungspositionen mit Männern besetzt sind, obwohl  $\frac{2}{3}$  der Belegschaft Frauen sind, kann ein Indiz für eine Diskriminierung sein. Für die Annahme der Diskriminierung als solcher werden dann aber noch weitere Anhaltspunkte benötigt.<sup>140</sup>

### Keine Umkehr der Beweislast

Eine echte **Beweislastumkehr** bedeutet diese neue Regelung aber nicht, denn dann müsste der Beschäftigte lediglich behaupten, dass er (wegen eines Merkmals) benachteiligt wäre, und der Arbeitgeber wäre verpflichtet zu beweisen, dass die Nichteinstellung nicht mit dem Alter oder sonstigen Merkmalen zusammenhing.

Als Folge der Beweislasterleichterung trägt der Arbeitgeber dann die volle Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligungen vorgelegen hat.

Dies bedeutet:

### Gegenbeweis

Der Arbeitgeber kann den Gegenbeweis antreten, dass eine Schlechterbehandlung nicht vorlag.

<sup>139</sup> BAG v. 15. 2. 2005, NZA 2005, 870 (872), ArbG Berlin v. 12. 11. 2007, NZA 2008, 492.

<sup>140</sup> BAG v. 22. 7. 2010 – 8 AZR 1012/08, NZA 2011, 93.



**Beispiel:**

Eine behauptete Versetzung liegt als solche gar nicht vor, weil der Arbeitgeber ordnungsgemäß von seinem arbeitsrechtlichen Weisungsrecht Gebrauch gemacht hat.

Sofern ihm der Gegenbeweis nicht möglich ist, muss er entweder die behauptete Vermutung (d. h. die vorgetragene Indizien) mit Beweismitteln entkräften oder darstellen, dass die Benachteiligung nach den Vorschriften des AGG (§§ 8–10, 5 AGG) gerechtfertigt war. Entkräften der Indizien

**Beispiel:**

Einer Frau, die im Vorstellungsgespräch befragt, wahrheitsgemäß antwortet, dass sie Kinder haben wolle, ist daraufhin als Bestqualifizierte dennoch nicht eingestellt worden. Hier muss nun der Arbeitgeber beweisen, dass die Nichteinstellung nicht mit dem Merkmal Geschlecht zusammenhing. Dies wird ihm bei Nichteinstellung einer Bestqualifizierten schwerlich gelingen.

**Achtung:**

Die Beweiserleichterung des § 22 AGG findet keine Anwendung bei § 17 Abs. 2 AGG. Im BetrVG sind keine Beweiserleichterungen vorgesehen. Da § 17 Abs. 2 AGG auf die Tatbestandsmerkmale des § 23 Abs. 3 BetrVG verweist, muss dieser Grundsatz auch hier gelten. Dies widerspricht auch nicht den europäischen Vorgaben, denn nach der Richtlinie konnte der nationale Gesetzgeber davon absehen, eine Regelung zur Beweislastverteilung zu treffen, wenn die Ermittlung des Sachverhalts bei den Gerichten liegt, d. h. ein Amtsermittlungsgrundsatz besteht.<sup>141</sup> Zudem hat der Gesetzgeber keine dem § 16 Abs. 3 AGG entsprechende Regelung getroffen. Dies kann dazu führen, dass dem Arbeitnehmer nur in seinem individualrechtlichen Verfahren der Beweis aufgrund von § 22 AGG gelingt, nicht aber im Verfahren des Betriebsrats nach § 17 Abs. 2 AGG.<sup>142</sup>

<sup>141</sup> NZA 2007, 670, Präambel Art. 32 RL 2000/78/EG.

<sup>142</sup> a.A. z. B. Bellin in Erman BGB, § 17 AGG (wohl m.M.).



## IV. Fazit und Ausblick

**Neuerungen beim AGG** Das AGG enthält einige Neuerungen, insbesondere durch die Ausweitung des bisherigen Diskriminierungsschutzes auf alle wesentlichen Merkmale und eine Erleichterung der Beweislast im gerichtlichen Verfahren.

Gleichzeitig sollte derjenige, der benachteiligt, dafür ordentlich in die Tasche greifen müssen. Soweit zumindest die Intention des Europäischen Gesetzgebers, der ausdrücklich abschreckende Sanktionen gefordert hatte.

Der deutsche Gesetzgeber sieht hier allerdings eine Einschränkung vor, nach der die Höhe der Entschädigungszahlungen **angemessen** sein soll.

**Angemessene Entschädigung** Was **angemessen** ist, wird faktisch durch die Gerichte bestimmt. Hier ist schon anzumerken, dass die deutschen Gerichte im Bereich des Schmerzensgeldes (also Entschädigung) regelmäßig keine Aufsehen erregenden Summen zusprechen, weil sie sich strikt an vorgegebene Schmerzensgeldtabellen zu halten versuchen. Hierzu gibt es erste Entscheidungen des BAG: So ist beispielsweise die Entschädigung einer älteren Arbeitnehmerin, der wegen altersbedingten Personalüberhangs 1.000,00 € zugesprochen werden, als erwartungsgemäß gering anzusehen.<sup>143</sup> Bei altersdiskriminierenden Stellenanzeigen soll nach der Rechtsprechung nur eine Entschädigungspflicht von einem Monatsgehalt bestehen.<sup>144</sup>

Weiterhin ist damit zu rechnen, dass gerade die Betroffenen, die mehrfachdiskriminiert und daher einen Anspruch auf eine besonders hohe Entschädigung haben sollten, diese nicht bekommen werden.

**Benachteiligung von Geringqualifizierten** Diejenigen, die am häufigsten diskriminiert werden, sind auch meist die mit den schlechtesten Jobs und der schlechtesten Bezahlung, z. B. Migranten in einfachen Jobs und Frauen in Teilzeitjobs. Die Entschädigungen bei Nichteinstellungen des Schlechterqualifizierten (vgl. § 15 Abs. 2 S. 2 AGG: maximal drei Monatsgehälter) fallen allerdings in der Regel so gering aus, dass davon neben den Anwaltskosten (soweit keine Prozesskostenhilfe in Anspruch genommen werden kann) nicht mehr viel übrig bleibt.<sup>145</sup> Dies führt dann zur weiteren Ungleichbehandlung insoweit, als dass Geringverdiener und Teilzeitbeschäftigte für die

<sup>143</sup> BAG v. 22. 1. 2009 – 8 AZR 906/07, NZA 2009, 945.

<sup>144</sup> BAG v. 19. 8. 2010, NZA 2010, 1412.

<sup>145</sup> Vgl. zu dieser Problematik auch Busch, AiB 2006, 331.



erfolgte Demütigung geringer entschädigt werden als Arbeitnehmer, die mehr verdienen, obwohl die erlittene Demütigung nicht an der Höhe des Einkommens hängt.

Bewirbt sich also eine Farbige auf einen 400-Euro-Job und wird sie im Rahmen des Einstellungsgesprächs übel als »Nigger« beschimpft und nachher als Drittqualifizierte nicht eingestellt, so beläuft sich die zu erwartende Entschädigung auf 1.200,00 Euro. Hiervon muss sie, sofern sie sich anwaltlich vertreten lässt, die angefallenen Rechtsanwaltskosten in Höhe von ca. 300,00 Euro zahlen.

Die Frage ist, welcher Arbeitgeber sich von derart »hohen« Strafzahlungen wirklich abschrecken lässt. Eine erhoffte zügige Nachbesserung dieser Entschädigungsregelung auf Veranlassung der EU ist bisher nicht erfolgt.

Derzeit ist festzustellen, dass seit dem Inkrafttreten des AGG vor nunmehr zehn Jahren viele wichtige Fragen mittlerweile geklärt sind, aber das AGG auch weiterhin neue Fragestellungen aufwerfen wird. Das AGG wird somit auch künftig auf eine Konkretisierung durch höchstrichterliche Rechtsprechung angewiesen sein:

- War zum Zeitpunkt der letzten Auflage noch unbeantwortet, ob ein Arbeitnehmer bei einer wegen einer Diskriminierung unwirksamen Kündigung neben dem Bestandsschutz auch noch Schadensersatz und Entschädigung nach § 15 Abs. 1, Abs. 2 AGG verlangen kann<sup>146</sup>, ist diese Frage mittlerweile beantwortet.<sup>147</sup> Darüber hinaus hat sich die Rechtsprechung im Bereich der Kündigung durch die Entscheidungen zur Bedeutung des § 2 Abs. 4 AGG enorm weiterentwickelt.<sup>148</sup>
- Die Frage nach einem Auskunftsanspruch gemäß § 22 AGG wurde indes entschieden, wonach grds. kein Auskunftsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber besteht. Da von diesem Grundsatz aber Ausnahmen gemacht werden könne, wird die Frage nach einem Auskunftsanspruch auch zukünftig Klagegegenstand sein.<sup>149</sup>
- Die unter II. 1.2.1 aufgeworfene Problematik der Vereinbarkeit von tarifvertraglichen Entgeltregelungen im öffentlichen Dienst mit dem Verbot der Altersdiskriminierung wurde zwar ebenfalls zwischenzeitlich geklärt.<sup>150</sup> Die bestätigte Diskriminierung wird dennoch für einen Übergangszeitraum weiter bestehen.

146 BAG v. 6. 11. 2008 – 2 AZR 523/07, BAGE 128, 238; BAG v. 22. 10. 2009 – 8 AZR 642/08, DB 2010, 507.

147 BAG v. 12. 12. 2013 – 8 AZR 838/12, NJW 2014, 2061.

148 Vgl. Kapitel II 1.4.1.

149 Vgl. Kapitel III 2.2.

150 BAG v. 20. 5. 2010 – 6 AZR 319/09 und 6 AZR 148/09, NZA 2010, 768, EuGH v. 8. 9. 2011 C-297/10 und C-298/10, NZA 2011, 1100.



Gleichzeitig hat diese Entscheidung Klärungsbedarf hinsichtlich des Verhältnisses von AGG, Tarifautonomie und Kollektivverhandlungsrecht geschaffen. Sicherlich ist hier in der Zukunft mit weiteren Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zu rechnen.

- In diesem Zusammenhang noch immer unbeantwortet geblieben ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen nach Art. 267 AEUV das Revisionsgericht ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH stellen kann. Im Ausgangsfall ging es um die Klärung, ob § 14 Abs. 3 TzBfG europarechtswidrig ist. Eine aufgrund eines Tarifvertrages befristete beschäftigte 59-jährige Flugbegleiterin hielt die Befristung, die nach der Vorschrift ohne Sachgrund rechtmäßig war, für unwirksam. Das BAG ersuchte den EuGH um Vorabentscheidung.<sup>151</sup> Der EuGH<sup>152</sup> beantwortet die Frage des BAG zur Europarechtswidrigkeit der Vorschrift bzw. der Unanwendbarkeit der Vorschrift damit, dass das vorlegende Gericht die innerstaatliche Regelung nach Möglichkeit so auszulegen habe, dass sie mit § 5 Nr.1 der europäischen Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge im Einklang stehe. Dies zeigt, dass ein Vorabentscheidungsersuchen nicht notwendigerweise zur Klärung der Fragen der innerstaatlichen Gerichte beiträgt.

In diesem Jahr wird sich das BAG - auch wenn insgesamt die mit Inkrafttreten des AGG von einigen Seiten verlautbarte Klagewelle nicht eingetreten ist und möglicherweise auch künftig nicht eintreten wird - wieder mit einigen spannenden Fragen des AGG beschäftigen müssen. Voraussichtlicher Schwerpunkt der Urteile werden dabei Rechtfertigungsgründe rund um berufliche Anforderungen sein, z. B. im Zusammenhang mit der Mindestgröße von Polizistinnen. Des Weiteren abzuwarten ist z. B. die Entwicklung um einige hier bereits aufgeworfene Themenkreise wie Testing- Verfahren und anonyme Bewerbungen. Darüber hinaus wird der Entscheidung des EuGH hinsichtlich des Rechtsmissbrauchs des AGG bzgl. Bewerbungsverfahren entgegen gesehen, die die Fragestellungen um Bewerbungsklagen vorerst abschließen wird. Dies verdeutlicht jedoch gleichzeitig, dass das AGG einige Vorteile und Verbesserungen mit sich bringt, die immer feiner herausgearbeitet werden, es gleichzeitig aber auch des Schutzes vor rechtsmissbräuchlicher Inanspruchnahme bedarf.<sup>153</sup>

<sup>151</sup> BAG v. 16. 10. 2008 – 7 AZR 253/07, BAGE 128, 134.

<sup>152</sup> EuGH v. 10. 3. 2011 – C-109/09, NZA 2011, 397.

<sup>153</sup> Vgl. Anhang 1.5



# Anhang

## 1. AGG zur Vertiefung

Im AGG wird das bewährte Benachteiligungsverbot wegen des Geschlechts aus § 611 a BGB im Wesentlichen übernommen und auf alle Diskriminierungsmerkmale ausgeweitet.

Zentraler Grundsatz und damit Leitnorm des AGG ist das Benachteiligungsverbot in § 7 Abs. 1 AGG. Demnach dürfen Beschäftigte nicht wegen eines in § 1 AGG genannten Merkmals benachteiligt werden.

### **§ 7 Abs. 1 AGG: Benachteiligungsverbot**

(1) Beschäftigte dürfen nicht wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt werden; dies gilt auch, wenn die Person, die die Benachteiligung begeht, das Vorliegen eines in § 1 genannten Grundes nur annimmt.

### **§ 1 AGG Ziel des Gesetzes**

Ziel des Gesetzes ist es, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.

### 1.1 Ziele

Ziel des AGG in § 1 ist es, Benachteiligungen<sup>154</sup> aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.

<sup>154</sup> Das AGG spricht von Benachteiligungen anstelle von Diskriminierungen, um deutlich zu machen, dass nicht jede unterschiedliche Behandlung, die mit der Zufügung eines Nachteils verbunden ist, diskriminierenden Charakter hat. Unter Diskriminierung wird nämlich schon im Allgemeinen Sprachgebrauch nur die rechtswidrige, sozial verwerfliche Ungleichbehandlung verstanden. Es gibt indes- sen aber auch Fälle der zulässigen unterschiedlichen Behandlung, wie die Rechtfertigungsgründe der §§ 5, 8, 9, 10, 20 AGG zeigen.



Somit soll das AGG sowohl **repressiv** in Bezug auf die Beseitigung bereits bestehender Benachteiligungen als auch **präventiv** in Bezug auf die Verhinderung zukünftiger Benachteiligungen wirken.

Ausreichend ist, dass der Benachteiligende das Vorliegen eines Merkmals nur **annimmt**, vgl. § 7 Abs. 1, zweiter Halbsatz. Damit bleibt es dem Benachteiligten erspart, offen zu legen, ob er tatsächlich Merkmalsträger ist.

### Beispiel:

1. Einem vermeintlich Homosexuellen wird gekündigt, weil eine derartige sexuelle Identität von der überwiegenden Anzahl der Kunden eines Kaufhauses nicht akzeptiert würde und der Arbeitgeber daher Umsatzeinbußen befürchtet. Tatsächlich ist aber der Verkäufer gar nicht schwul.
2. Ein vermeintlich Schwerbehinderter wird nicht eingestellt, weil der Arbeitgeber eine Zusammenarbeit mit dem Integrationsamt ablehnt. Tatsächlich ist der abgelehnte Bewerber jedoch nur zu 20 % behindert.

Verhältnis zu anderen Vorschriften, s. o. l. 2.5.

## 1.2 Die verpönten Merkmale

Die in § 1 benannten Merkmale bezeichnet man auch als verpönte Merkmale. Nachfolgend soll anhand erster Beispiele aus der Rechtsprechung dargestellt werden, wann das jeweilige Merkmal vorliegt.

- **Rasse:** Der Gesetzgeber verwendet den Begriff Rasse, ohne damit anzuerkennen, dass es verschiedene menschliche Rassen gibt und ohne eine Definition von Rasse zu geben.<sup>155</sup>

Entscheidend kommt es auf die subjektiven Vorstellungen des Diskriminierenden, also seine rassistischen Motive, an. Im Zweifel ist der Schutzbereich weit ausulegen, so dass jedes Merkmal, das im Allgemeinen mit einer bestimmten Rasse in Verbindung gebracht wird oder werden kann, hierzu zählt.<sup>156</sup>

<sup>155</sup> Die Verwendung des Begriffs »Rasse« in der Antirassismusrichtlinie bedeutet keinesfalls eine Akzeptanz solcher Vorstellungen. Zur Klarstellung verwendet das AGG ebenso wie die ihr zugrunde liegende Richtlinie 2000/43/EG die Formulierung aus Gründen der Rasse anstelle wegen seiner Rasse. Damit soll deutlich werden, dass nicht das Gesetz das Vorhandensein verschiedener Rassen voraussetzt, sondern dass derjenige, der sich rassistisch verhält, eben dies annimmt.

<sup>156</sup> Durch den Schutz der Rasse/Ethnie werden nicht die bestehenden Vorschriften zur Staatsangehörigkeit betroffen, z. B. Einreisebestimmungen, Drittländerregelung. Diese Feinunterscheidung dürfte



**Beispiele:**

schwarze Hautfarbe, asiatische Augenformen.

- **Ethnische Herkunft:** Der Gesetzgeber enthält keine Begriffsdefinition vor, legt aber fest, dass dieses Merkmal weit auszulegen ist; auch hier kommt es entscheidend auf die subjektive Vorstellung des Diskriminierenden vom Merkmal ethnische Herkunft an. Allgemein werden unter ethnischer Herkunft bestimmte Gesichtspunkte verstanden, die mit der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung, dem nationalen Ursprung und dem Volkstum zu tun haben.<sup>157</sup>

Der Begriff Ethnie ist nicht gleichzusetzen mit Nationalität, so dass eine Diskriminierung beispielsweise von Türken keine ethnische Diskriminierung darstellt, wenn die Staatsangehörigkeit im Vordergrund steht. Andererseits ist darauf zu achten, dass nicht vordergründig auf Staatsangehörigkeit oder Nationalität abgestellt wird, in Wirklichkeit aber die ethnische Zugehörigkeit gemeint ist.

**Beispiele für ethnische Minderheiten:**

Friesen, Sorben, Sinti, Roma.

- Eine Benachteiligung wegen Ethnie liegt laut Rechtsprechung nicht vor bei einer abgelehnten Bewerberin aus der ehemaligen DDR, deren Bewerbungsunterlagen mit dem Vermerk »Ossi« zurückgesendet wurden, da der Begriff zwar einem bestimmten Territorium zugeordnet werden kann, aber eine eigene Ethnie bei der 250-jährigen gemeinsamen Geschichte der BRD und der DDR bei gerade einmal 40 Jahren unterschiedlicher Entwicklung nicht angenommen werden kann.<sup>158</sup>
- Auch die Kündigung eines spanischstämmigen Arbeitnehmers, der in der Produktionskontrolle eines Automobilzulieferers arbeitete und weder deutsch schreiben noch lesen konnte und somit nicht die nach DIN-ISO 9001 geforderten Vorgaben durchführen konnte, stellt keine Diskriminierung wegen der Ethnie dar, da in diesem Fall eine sachliche Rechtfertigung in der Erfüllung der DIN-Norm zu sehen ist.<sup>159</sup>

---

aber im Verhältnis Arbeitgeber-Arbeitnehmer stets zu vernachlässigen sein.

157 Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form der Rassendiskriminierung (CERD) v. 7. 3. 1966, BGBl. II 1969, 961.

158 ArbG Stuttgart v. 15. 4. 2010, NZA-RR 2010, 344.

159 BAG v. 28. 1. 2010 – 2 AZR 764/08, NZA 2010, 625.



- Kein Indiz für eine Benachteiligung von Arbeitnehmern nichtdeutscher Herkunft<sup>160</sup> in einem Betrieb liegt vor, wenn zwar in diesem Betrieb keine Arbeitnehmer nichtdeutscher Herkunft beschäftigt werden, jedoch im gesamten Unternehmen Arbeitnehmer aus 13 Nationen.<sup>161</sup>
  - Verlangt ein Arbeitgeber in einer Stellenanzeige als Voraussetzung »Deutsch als Muttersprache« stellt dies eine unmittelbare Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft dar. Bewerber, die Deutsch nicht als Muttersprache, aber fließend sprechen, werden ohne sachlichen Grund ausgeschlossen.<sup>162</sup>
- **Geschlecht:** Dieses Merkmal betrifft die Unterscheidung von Männern und Frauen.<sup>163</sup> Die Vergangenheit hat gezeigt, dass das Geschlecht bei allen sonstigen Diskriminierungsmerkmalen verstärkend hinzu kommt: Geringere Chancen auf dem Arbeitsmarkt und die höchsten Risiken benachteiligt zu werden, haben Frauen mit Migrationshintergrund, Frauen mit Behinderung und ältere Frauen. Frauen sind also besonders häufig Opfer mehrfacher Diskriminierung.

### Exkurs: Unisex-Tarife für Versicherungsverträge

Rentenversicherungsverträge für Frauen sind aufgrund längerer Lebenserwartung teurer als für Männer. Der EuGH sieht darin eine unzulässige Diskriminierung (EuGH v. 1. 3. 2011 – C-236/09). Alle zukünftigen Versicherungsverträge welche ab dem 21. 12. 2012 abgeschlossen werden, dürfen ausschließlich nur noch einheitliche Tarife für Männer und Frauen enthalten (Unisex-Tarife). Eine Differenzierung der Beiträge oder der Leistungen nach dem Geschlecht ist dann nicht mehr zulässig.

Ob Verträge, die bis zum 21. 12. 2012 abgeschlossen wurden, zum 21. 12. 2012 angepasst werden müssen oder über den 21. 12. 2012 hinaus zu den alten Konditionen abgewickelt werden können, hat der EuGH nicht entschieden.

160 Die hierzu ergangene Entscheidung lässt sich auf die verpönten Merkmale insgesamt übertragen, d. h. es besteht kein Indiz für eine Diskriminierung, wenn eine Gruppe in der Belegschaft eines Betriebes unterrepräsentiert ist, nicht jedoch im Unternehmen insgesamt.

161 BAG v. 21. 6. 2012 – 8 AZR 364/11, NZA 2012, 1345.

162 LAG Frankfurt, Urteil v. 15. 6. 2015 – 16 Sa 1619/14. Der Fall ist momentan beim BAG anhängig (Az.: 8 AZR 402/15).

163 Die Gleichstellung von Männern und Frauen stellt entsprechend dem EU-Recht und der Rechtsprechung des EuGH ein grundlegendes Prinzip dar. Demnach ist es Aufgabe und Ziel der Gemeinschaft, die Gleichstellung von Frauen und Männern zu erreichen. Zudem wird eine positive Verpflichtung begründet, sie bei allen Tätigkeiten der Gemeinschaft zu fördern. Jede Art der Diskriminierung, insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand, ist untersagt.



- **Religion und Weltanschauung:** Der Begriff **Religion** meint alle Vereinigungen, die sich mit der umfassenden Deutung der menschlichen Existenz im Diesseits und Jenseits beschäftigen.<sup>164</sup>
  - Keine Diskriminierung aufgrund der Religion besteht, wenn eine der Caritas angehörende Kinderbetreuungsstätte einem Sozialarbeiter aufgrund des Austritts aus der katholischen Kirche außerordentlich kündigt.<sup>165</sup>
  - Während früher keine Benachteiligung bei der Abmahnung einer Sozialpädagogin an einer Schule, die entgegen dem Verbot des § 57 Abs.4 SchulG NRW hinsichtlich religiöser Bekundungen zunächst ein Kopftuch und später eine Baskenmütze trägt, angenommen wurde<sup>166</sup>, hat das Bundesverfassungsgericht mittlerweile in einem vielbeachteten Beschluss entschieden, dass ein pauschales Kopftuchverbot für Lehrerinnen gegen die Religionsfreiheit verstößt und eine solche Regelung nichtig ist. Ein Kopftuchverbot an öffentlichen Schulen ist nur dann gerechtfertigt, wenn von dem Tragen des Kopftuchs eine hinreichend konkrete Gefahr für den Schulfrieden oder der staatlichen Neutralität ausgeht.<sup>167</sup>
  - Problematisch dürfte wieder die Einordnung von Sekten, z. B. Scientology, sein. Diesbezüglich wird es ratsam sein, sich mit der Rechtsprechung sowohl des EuGH als auch der deutschen Gerichte vertraut zu machen, sofern im Betrieb eine derartige Fragestellung auftritt.

Der Begriff **Weltanschauung** bezieht sich auf diesseitige Problemstellungen und Phänomene, meint allerdings umfassende Fragen der Lebensgestaltung und des Lebensinhalts. Problematisch dürften hier die Abgrenzungen zu allgemeinen Überzeugungen sein, die keine Weltanschauungen darstellen.

- Eine Diskriminierung wegen der Weltanschauung ist nicht gegeben bei der Ablehnung der Einstellung einer Bewerberin, die früher beim Ministerium für Staatssicherheit gearbeitet hatte. Die Ablehnung erfolgte nicht wegen ihrer Weltanschauung des Marxismus-Leninismus, sondern weil der Betriebsfrieden durch die Einstellung nachhaltig gestört würde, da sich die Chefsekretärin weigerte, mit der Bewerberin zusammenzuarbeiten.<sup>168</sup>

- **Behinderung** entspricht der bisherigen Begriffsdefinition aus dem Sozialgesetzbuch IX und betrifft Menschen, deren körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs

<sup>164</sup> Vgl. Link, ZevKR, 50, 403 ff. zum kirchlichen Arbeitsrecht.

<sup>165</sup> BAG v. 25. 4. 2013 – 2 AZR 579/12, NZA 2013, 1131.

<sup>166</sup> BAG v. 20. 8. 2009 – 2 AZR 499/08, AP GG Art. 4 Nr. 6.

<sup>167</sup> BVerfG, Beschluss v. 27. 1. 2015 – 1 BvR471/10, 1 BvR1181/10.

<sup>168</sup> ArbG Berlin v. 30. 7. 2009 – 33 Ca 5772/09, NZA-RR 2010, 70.



Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweicht und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft beeinträchtigt.<sup>169</sup>

- Ein in den Vorruhestand getretener Flugsicherungsingenieur wurde durch einen Unfall zu 100 % schwerbehindert. In dem einschlägigen Tarifvertrag war bestimmt, dass das Vorruhestandsgeld mit Beginn der Altersrente erlischt. Der Arbeitgeber wollte, dass der Schwerbehinderte eine vorgezogene Altersrente bei der BfA beantragte, die jedoch geringer als das Vorruhestandsgeld war. Die tarifliche Regelung stellte eine mittelbare Benachteiligung dar, da die Absicherung von Versorgungslücken behinderter und schwerbehinderter Menschen, die mit dem Vorruhestandsgeld erreicht werden soll, verhindert wird.<sup>170</sup>
- Eine symptomlose HIV-Infektion stellt eine Behinderung i. S. d. AGG dar. Dies gilt solange, wie das gegenwärtig auf eine solche Infektion zurückzuführende soziale Vermeidungsverhalten sowie die darauf beruhenden Stigmatisierungen anhalten.<sup>171</sup>
- Eine Bewerbungsablehnung aufgrund von Übergewicht ist keine Diskriminierung wegen einer Behinderung. Dies gilt zumindest solange keine spürbare Einschränkung für die berufliche und/oder gesellschaftliche Teilhabe besteht.<sup>172</sup>

Die Verletzung von Verfahrens- und Förderpflichten zu Gunsten schwerbehinderter Menschen aus dem SGB IX kann grundsätzlich die Vermutungswirkung des § 22 AGG herbeiführen.<sup>173</sup> Die Vermutung einer Benachteiligung ist danach z. B. gerechtfertigt, wenn ein Arbeitgeber gegen § 81 Abs. 1 S. 1 SGB IX verstößt, indem er nicht überprüft, ob freie Arbeitsplätze auch mit schwerbehinderten Arbeitnehmern besetzt werden können<sup>174</sup> Eine Indizwirkung wegen eines Verstoßes gegen die Unterrichtungspflicht gemäß § 81 Abs. 1 S. 9 SGB IX tritt nur ein, wenn zusätz-

169 Einer Person, der von ihrem Arbeitgeber ausschließlich wegen Krankheit gekündigt worden ist, kann sich nicht auf Diskriminierung wegen Behinderung im Sinne der EU-RiLi 2000/78/EG berufen, vgl. Urteil des EuGH v. 11. 07. 2006 – C-13/05. Der Begriff »Behinderung« i. S. d. Richtlinie 2000/78 umfasst aber eine Krankheit, wenn diese Krankheit eine Einschränkung mit sich bringt, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist, die in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren den Betroffenen an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, hindern können, und wenn diese Einschränkung von langer Dauer ist. Insoweit ist der Begriff »Behinderung« so zu verstehen, dass er eine Beeinträchtigung der Ausübung einer beruflichen Tätigkeit erfasst, nicht aber die Unmöglichkeit, eine solche Tätigkeit auszuüben, vgl. Urteil des EuGH v. 11. 4. 2013 – C-335/11 u. C-337/11.

170 BAG v. 16. 12. 2008 – 9 AZR 985/07, BAGE 129, 72.

171 BAG v. 19. 12. 2013 – 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372.

172 AG Darmstadt Urteil v. 12. 6. 2014 – 6 Ca 22/13.

173 BAG v. 26. 9. 2013 – 8 AZR 650/12, NJW 2014, 1612.

174 BAG v. 17. 8. 2010 – 9 AZR 839/08, NZA 2011, 153.



lich vorgetragen wird, dass die Beschäftigungsquote nach § 71 Abs. 1 SGB IX nicht erfüllt wurde.<sup>175</sup>

Die Indizwirkung nach § 22 AGG für das Vorliegen einer Benachteiligung wegen einer Behinderung setzt voraus, dass dem Arbeitgeber die Behinderung bekannt ist. Soweit der Arbeitgeber nachweislich über keine Kenntnis verfügt oder eine körperliche Behinderung offensichtlich, z. B. durch fehlende Gliedmaße, bekannt wird, muss der Arbeitnehmer den Arbeitgeber über seine Schwerbehinderteneigenschaft informieren. Die Information über die Schwerbehinderung hat regelmäßig bereits im Bewerbungsschreiben, zumindest aber im Lebenslauf an hervorgehobener Stelle deutlich zu erfolgen.<sup>176</sup> Ein behinderter Bewerber, der seine Behinderung im Bewerbungsschreiben nicht angibt, entscheidet demnach selbst, dass seine Behinderung im Bewerbungsverfahren keine Berücksichtigung findet. Die Behinderung muss in jedem Bewerbungsverfahren erneut mitgeteilt werden, da der Status als Beschäftigter i. S. d. § 6 Abs. 1 S. 2 AGG nur durch die jeweilige Bewerbung im Einzelfall erworben wird und es dem Arbeitgeber darüber hinaus datenschutzrechtlich untersagt ist, personenbezogene Daten erfolgloser Bewerber zu speichern, weiterzuverwenden oder zu verbreiten.<sup>177</sup>

#### Achtung:

Behindert ist nicht gleichzusetzen mit **schwerbehindert** (mindestens 50 % GdB) oder gleichgestellt (mindestens 30 % GdB, aber weniger als 50 %) im Sinne des § 2 Abs. 2 / 3 SGB IX. Auf den Grad der Behinderung oder den Grad der Erwerbsminderung kommt es vorliegend nicht an; es ist allein im Sinne der Definition auf den untypischen, längerfristigen Funktionsausfall und der damit einhergehenden Beeinträchtigung am Leben in der Gesellschaft abzustellen.

- **Alter** meint das Lebensalter und betrifft damit sowohl Jung als auch Alt.<sup>178</sup> Der Schutz soll gegen ungerechtfertigte unterschiedliche Behandlungen, die an das konkrete Lebensalter anknüpfen, dienen. Das besondere am Merkmal Alter besteht darin, dass jeder jede Altersphase und die damit einhergehenden jeweilig typischen Gefahren der Diskriminierung durchlebt.

175 BAG v. 21.2.2013 – 8 AZR 180/12, NZA 2013, 840.

176 BAG v. 26.9.2013 – 8 AZR 650/12, NJW 2014, 1612; BAG v. 18.9.2014 – 8 AZR 759/13, ZTR 2015, 216.

177 BAG v. 18.9.2014 – 8 AZR 759/13, ZTR 2015, 216.

178 Das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters stellt ein wesentliches Element zur Erreichung der Ziele der beschäftigungspolitischen Leitlinien und zur Förderung der Vielfalt im Bereich Beschäftigung dar. EU-RiLi 2000/78/EG, Nr. 25 der Erwägungen.



- Tarifliche Altersgrenzen (s.l.) können grundsätzlich eine Altersdiskriminierung darstellen.
- Regelungen von Altersgrenzen für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen in Betriebsvereinbarungen sind rechtmäßig, wenn die Altersgrenze eine Entlassung zu dem Zeitpunkt vorsieht, zu dem der Arbeitnehmer rentenberechtigt ist.<sup>179</sup>
- Der Ausschluss von Arbeitnehmern über 55 Jahren beim Abschluss von Aufhebungsverträgen bei Personalabbau, deren Arbeitsplatz aber erhalten bleibt, stellt keine Altersdiskriminierung dar, da bereits keine »weniger günstige Behandlung« nach § 3 Abs. 1 AGG vorliegt.<sup>180</sup>
- Die Höhe von Sozialplanabfindungen soll sich nach den erwarteten Arbeitsmarktchancen bemessen. Insofern liegt keine Altersdiskriminierung vor, wenn ein Arbeitnehmer, der kurz vor der Rente steht, weniger Abfindungszahlungen erhält, als jemand aus einer mittleren Altersgruppe. Diese Möglichkeit wird von § 10 S. 3 Nr. 6 2. Alt. AGG auch eingeräumt.<sup>181</sup>

#### Achtung:

Das Augenmerk wird hier vor allem auf Menschen unter 25 und über 55 Jahren zu richten sein, da diese rein statistisch überdurchschnittlich häufig in atypischen Beschäftigungsverhältnissen arbeiten. In einem Berufszweig kann die **höhere Belastbarkeit** jüngerer Beschäftigter im Vordergrund stehen, in anderen Berufszweigen die **höhere Lebens- und Berufserfahrung** im fortgeschrittenen Alter.

- **Sexuelle Identität** entspricht der Wortwahl der Richtlinie zur Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf und erfasst homosexuelle Männer und Frauen ebenso wie bisexuelle Menschen.

Sexuelle Identität erfasst nach dem nationalen Gesetzgeber auch die Transsexualität. In unionsrechtskonformer Auslegung unterfällt die Transsexualität dem Merkmal »Geschlecht«. Welches Merkmal konkret vorliegt, kann i. d. R. offen gelassen werden, da jedenfalls ein verpöntes Merkmal betroffen ist.<sup>182</sup>

<sup>179</sup> BAG v. 5. 3. 2013 – 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916; die Entscheidung entspricht der gefestigten EuGH-Rechtsprechung zu zulässigen Altershöchstgrenzen, vgl. EuGH 12.10.2010 – C- 45/09, NZA 2010, 1167.

<sup>180</sup> BAG v. 25. 2. 2010 – 6 AZR 911/08, NZA 2010, 561.

<sup>181</sup> BAG v. 23. 3. 2010 – 1 AZR 832/08, NZA 2010, 1353.

<sup>182</sup> BAG v. 17. 12. 2015 – 8 AZR 421/14; EuGH v. 30. 4. 1996 – Rs C-13/94 – NZA 1996, 659.



### Beispiel: Gleichgeschlechtliche Paare

Der überlebende Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft kann grundsätzlich ebenso Anspruch auf eine betriebliche Hinterbliebenenrente haben wie ein Ehegatte.<sup>183</sup>

### Achtung:

Einen Schutz gegen Benachteiligung wegen **anderer Gründe** regelt das Gesetz nicht, also z. B. Staatsangehörigkeit sowie die im Artikel 3 Abs. 3 Grundgesetz genannten Merkmale Abstammung, Sprache, Heimat und Herkunft oder die im § 75 BetrVG zusätzlich geregelten Merkmale politische, gewerkschaftliche Betätigung oder Einstellung.

## 1.3 Sachlicher Anwendungsbereich

Benachteiligungen wegen der verpönten Merkmale sind in arbeitsrechtlicher Hinsicht unzulässig in Bezug auf:

- **Zugang zur Arbeit**, einschließlich Auswahlkriterien, Einstellungsbedingungen, Aufstieg;
- **Arbeitsbedingungen** im laufenden Beschäftigungsverhältnis, einschließlich Entgelt, Entlassungsbedingungen;
- **Zugang zur Berufsbildung**, einschließlich Ausbildung, Weiterbildung, Umschulung, praktische Berufserfahrung;
- Mitgliedschaft/Mitwirkung in **berufsständischer Vereinigung** (z. B. Gewerkschaft, Arbeitgeberverband etc.) und Inanspruchnahme derer Leistungen.

Der sachliche Anwendungsbereich umfasst **alle Phasen des Arbeitsverhältnisses** von der Stellenausschreibung über die Einstellung, Beförderung, Versetzung bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Darüber hinaus erfasst der Anwendungsbereich jede andere **betrieblich veranlasste Situation**, wie z. B. im Rahmen von Betriebsfeiern, Betriebssport, Geschäftsreisen und -essen.

Darüber hinaus gilt das AGG in Bezug auf den **Sozialschutz**, einschließlich soziale Sicherheit und Gesundheitsdienste; **soziale Vergünstigungen**; **Bildung**; Zugang und Versorgung mit **Wirtschaftsgütern und Dienstleistungen**, einschließlich Wohnraum.

<sup>183</sup> BAG v. 14. 1. 2009 – 3 AZR 20/07, BAGE 129,105; BAG v. 15. 9. 2009 – 3 AZR 294/09, NZA 2010, 216; BAG v. 18. 3. 2010 – 6 AZR 434/07, AP GG Art. 3 Nr. 321.



**Ausnahmen:** Das AGG gilt gemäß § 2 Abs. 2, 4 nicht für

- **Kündigungen**

Hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 2 Abs. 2, Abs. 4 AGG wird auf die umfangreichen Ausführungen zu II 1.4.1 verwiesen.

- Leistungen nach dem **Sozialgesetzbuch**

Hier gelten die Spezialregelungen des neu geschaffenen § 33 c SGB I (Benachteiligungsverbot bei Inanspruchnahme sozialer Rechte) und § 19 a SGB IV (Benachteiligungsverbot bei Zugang zu Berufsberatung, Bildung, Weiterbildung, Umschulung, praktische Berufserfahrung sowie die Vorschriften des Betriebsrentengesetzes).

- Betriebliche Altersvorsorge

Zwischenzeitlich durch das BAG entschieden ist die früher ungeklärte Frage, ob für das Betriebsrentengesetz das AGG gelten sollte. Laut BAG ist das AGG nunmehr ausdrücklich auch in der betrieblichen Altersversorgung anzuwenden.<sup>184</sup>

## 1.4 Arten der Diskriminierung

Die verschiedenen Arten der Diskriminierung sind als Begriffsbestimmungen in § 3 AGG geregelt. Demnach ist zu unterscheiden zwischen unmittelbarer und mittelbarer Benachteiligung, Belästigung, sexueller Belästigung sowie der Anweisung zur Benachteiligung.

### 1.4.1 Unmittelbare Benachteiligung

Eine unmittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

Eine vergleichbare Situation liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn eine Bewerberin auf eine Position, die ein Hochschulstudium verlangt, bei einer evangelischen Einrichtung abgelehnt wird, nachdem diese es abgelehnt hatte, der evangelischen Kirche beizutreten. Eine Diskriminierung wegen der Religion scheidet aus, da bei der Bewerberin bereits mangels Hochschulabschluss keine »vergleichbare Situation« vorlag.<sup>185</sup>

<sup>184</sup> BAG v. 11.12.2007 – 3 AZR 249/06, BAGE 125, S.133; BAG 20.4.2010 – 3 AZR 509/08, EzA BetrAVG § 1 Hinterbliebenenversorgung Nr. 14 Rn. 62; BAG v. 30.11.2010 – 3 AZR 754/08, BB 2011,756.

<sup>185</sup> BAG v. 19.8.2010 – 8 AZR 466/09, NZA 2011, 203.



Die Benachteiligung muss gerade **wegen** des Merkmals Rasse, Ethnie etc. erfolgt sein, d. h. es muss ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der schlechten Behandlung und dem verpönten Merkmal bestehen.

**Achtung:**

Eine Benachteiligung liegt demnach nicht vor, wenn überhaupt kein Zusammenhang zwischen der vermeintlich benachteiligenden Handlung und der Willensrichtung des Benachteiligenden besteht.

So kann eine Handlung nicht diskriminierend an ein verpöntes Merkmal anknüpfen, wenn dieses dem Arbeitgeber gar nicht bekannt war. Die Kündigung einer schwangeren Arbeitnehmerin ist z. B. nicht wegen der Benachteiligung des Geschlechts unwirksam<sup>186</sup>, wenn der Arbeitgeber bei der Kündigung keine Kenntnis von der Schwangerschaft hatte.<sup>187</sup>

Des Weiteren wird – und das ist neu im Vergleich zur Vorgängerregelung des § 611 a BGB – zur Feststellung der Benachteiligung auf eine **reale oder fiktive Vergleichsperson** abgestellt. Dies wird aus dem Wortlaut **erfährt, erfahren hat** oder **erfahren würde** deutlich. Es kommt also nicht darauf an, ob die Vergleichsperson noch existiert oder jemals existiert hat. Wenn aber eine aktuelle Vergleichsperson vorhanden ist, so ist die ungünstigere Behandlung nur im Vergleich zu dieser Person festzustellen. Wenn sie fehlt, kann auf frühere Vergleichspersonen zurückgegriffen werden, anhand derer dann die hypothetische Betrachtung anzustellen ist.<sup>188</sup>

**Achtung:**

Die Konjunktiv-Form »würde« erweitert den Schutzbereich. So kann sich ein Benachteiligter auch auf eine Vergleichsperson berufen, die zwischenzeitlich anderswo beschäftigt ist und mit der ein unmittelbarer Vergleich ansonsten gar nicht mehr möglich wäre.

Die Benachteiligung kann auch in einem Unterlassen liegen, es muss also kein aktives Handeln/Tun vorliegen. Dies setzt allerdings voraus, dass durch das Unterlassen eine tatsächliche Benachteiligung erfolgt oder zumindest die ausreichend konkrete Gefahr besteht, dass eine solche Benachteiligung unmittelbar bevor-

<sup>186</sup> Die Unwirksamkeit der Kündigung folgt hier aber unabhängig vom AGG aus § 9 MSchG.

<sup>187</sup> BAG v. 17.10.2013 – 8 AZR 742/12, NZA 2014, 303; Dies gilt nach dem BAG auch dann, wenn der Arbeitgeber nach Zugang der Kündigung von der Schwangerschaft erfährt und an der Kündigung festhält.

<sup>188</sup> Driller/Krieger/Arnold, in: NZA 2006, 887.



steht. Des Weiteren ist zu beachten, dass eine Benachteiligung durch Unterlassen nur dann relevant wird, wenn eine rechtliche Verpflichtung des Arbeitgebers zum Handeln bestanden hat.<sup>189</sup> Verstöße gegen Pflichten nach § 12 AGG können hingegen nicht zu einer Benachteiligung führen, da ansonsten dem Arbeitgeber sämtliche Verstöße Dritter zugerechnet werden würden.

#### Beispiele für unmittelbare Benachteiligungen:

- Muslimin mit Kopftuch wird deswegen vom Kundenkontakt ausgeschlossen: Benachteiligung wegen der Religion bzw. Ethnie.
- Ein Programmierer wird aufgrund seiner Lähmung schlechter entlohnt als ein nicht behinderter Kollege: Benachteiligung wegen einer Behinderung.
- Bewerberinnen bei einer Fluggesellschaft erhalten ohne weitere Prüfung eine Absage, wenn sie älter als 40 Jahre alt sind: Benachteiligung wegen des Alters.
- Ein Arbeitgeber vermerkt auf dem Lebenslauf einer Frau »ein Kind 7 Jahre alt«: mögliche unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts.<sup>190</sup>

Eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts liegt in Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 auch im Fall einer ungünstigeren Behandlung einer Frau wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft vor. Nach dem BAG ist unter »Mutterschaft« nur der besondere Schutz der Frau im Zusammenhang mit einer kurz bevorstehenden oder gerade erfolgten Entbindung zu verstehen.<sup>191</sup> Auch eine Kündigung wegen einer beabsichtigten In-vitro-Fertilisation ist eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts und damit unwirksam, da die Maßnahmen zur Vorbereitung und Durchführung einer In-vitro-Fertilisation ausschließlich Frauen betreffen.<sup>192</sup>

#### Achtung:

Die Schlechterstellung von Frauen im Zusammenhang mit ihrer Schwangerschaft oder Mutterschaft stellt schon nach ständiger Rechtsprechung des EuGH eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar.<sup>193</sup>

189 LAG Köln v. 21. 1. 2009 – 3 SA 1369/08, BeckRS 2009, 58395.

190 BAG v. 18. 9. 2014 – 8 AZR 753/13, BB 2015, 506.

191 BAG v. 18. 9. 2014 – 8 AZR 753/13, BB 2015, 506.

192 BAG v. 26. 3. 2015 – 2 AZR 237/14, NJW 2015, 1899.

193 Vgl. RiLi 89/391/EWG. Der EuGH hat den Schutz der Rechte der Frauen im Bereich der Beschäftigung anerkannt, insbesondere den Anspruch auf Rückkehr an den früheren Arbeitsplatz oder einen



### 1.4.2 Mittelbare Benachteiligung

Eine mittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 genannten Grundes 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.

- a) Voraussetzung sind also zunächst **scheinbar neutrale Vorschriften**, die geeignet sind, wegen eines verpönten Merkmals zu benachteiligen.

Vorschriften sind z.B. in Betriebsvereinbarungen aller Art und Tarifverträgen zu finden, aber auch die Weisungen des Arbeitgebers fallen hierunter. Kriterien werden z.B. in Auswahlrichtlinien und Beurteilungsgrundsätzen aufgestellt. Verfahren können z.B. die Sozialauswahl bei Kündigungen betreffen.

Dies sind nur einige wenige Beispiele. Zu beachten ist jedoch, dass der Gesetzgeber das gesamte Spektrum des arbeitsrelevanten Verhaltens abdecken wollte.

Ob die Benachteiligung tatsächlich eingetreten sein muss, ist allerdings umstritten.

Zum Teil wird angenommen, dass es sowohl bei der unmittelbaren, als auch bei der mittelbaren Benachteiligung ansonsten an einer ungünstigeren Behandlung fehlt. Eingetreten ist sie danach, wenn sie im Nachhinein i. d. R. nicht mehr rückgängig gemacht werden kann.<sup>194</sup> Dem soll auch nicht der Wortlaut «erfährt, erfahren hat, erfahren würde» entgegenstehen, da sich dieser nur auf die Vergleichsperson beziehen soll und nicht auf den Benachteiligten selbst.<sup>195</sup> Nach anderer Ansicht kommt es wie im Fall der unmittelbaren Benachteiligung nicht auf den tatsächlichen Erfolg der Benachteiligung an, sondern allein darauf, dass die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Maßnahmen dazu grundsätzlich **geeignet** sind. Der Gesetzgeber spricht auch insoweit lediglich von einem »benachteiligen können«.<sup>196</sup>

---

gleichwertigen Arbeitsplatz; EuGH v. 26. 2. 2008, NZA 2008, 345.

<sup>194</sup> BAG v. 18. 3. 2010, NZA 2010, 1129, 1131.

<sup>195</sup> Thüsing Diskriminierungsschutz, Rn. 237, 238.

<sup>196</sup> BT-Drs 16/1780, 32; Annuß, in: BB 2006, 1629, 1631; Wisskirchen, in: DB 2006, 1491.



Diesbezüglich sollte zur Sicherheit stets auf eine tatsächlich eingetretene Benachteiligung abgestellt werden, da insbesondere die Rechtsprechung diese für erforderlich hält.

- b) Für die Feststellung mittelbarer Benachteiligungen muss ein Vergleich durchgeführt werden: »**gegenüber anderen Personen benachteiligen**«.

Da in diesen Fällen überwiegend gruppenangehörige Personen betroffen sind, ist dabei die Gruppe derjenigen, die durch die Verwendung des überprüften Kriteriums belastet wird, mit der Gruppe derer, die durch dessen Anwendung begünstigt bzw. nicht belastet wird, zu vergleichen. Die Gruppenzugehörigkeit bildet hier die maßgebliche Ursache der Benachteiligung.<sup>197</sup> Dabei ist darauf zu achten, dass die Gruppen ausreichend groß sind, damit nicht Zufälligkeiten und konjunkturelle Schwankungen die Statistik verfälschen.<sup>198</sup>

Hierfür sind die statistischen Verfahren hilfreich<sup>199</sup> wie sie auch schon im Rahmen des § 611a BGB eine besondere Rolle spielten; sie sind jedoch keine Voraussetzung, sondern dienen vielmehr als Indiz. Dies hat auch die Rechtsprechung mittlerweile bestätigt.<sup>200</sup> **Ausreichend ist der hypothetische Vergleich.** Eine mittelbare Diskriminierung kann auch durch nicht arbeitgeberbezogene Statistiken belegt werden. Sie muss aber für den konkreten Einzelfall aussagekräftig sein. Beispielsweise kann eine Statistik über **Beschäftigte** nicht als Indiz für eine mittelbare Benachteiligung von Bewerbern herangezogen werden.<sup>201</sup>

Im Rahmen des § 611a BGB betrafen mittelbare Benachteiligungen solche Merkmale, die von Männern und Frauen deutlich häufig unterschiedlich erfüllt werden.

In diesem Falle wurde wegen der typischerweise überwiegend Personen des einen Geschlechts treffenden nachteiligen Wirkungen vermutet, dass gerade die Geschlechtszugehörigkeit maßgebliche Ursache der Vermutung war.<sup>202</sup>

Diese gefestigte EuGH-Rechtsprechung hat entsprechend auch auf die anderen Merkmale des AGG Anwendung gefunden. Sind also von den Folgen einer Maßnahme des Arbeitgebers typischerweise überwiegend Migranten oder Frauen, nur

197 Schlachter, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 3 AGG Rn. 5.

198 Schlachter in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 611a Rn. 15 a.F.

199 Statistische Daten erhält man vom Statistischen Bundesamt oder aus Fachzeitschriften.

200 BAG v. 18. 8. 2009, NZA 2010, 222; BAG v. 22. 7. 2010 – 8 AZR 1012/08, NZA 2011, 93.

201 BAG v. 18. 9. 2014 – 8 AZR 753/13, BB 2015, 506.

202 Schlachter in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 611a Rn.14 a.F. m.w.N.



Ältere oder jüngere oder fast nur Behinderte betroffen, spricht viel für eine mittelbare Benachteiligung.

### Beispiele für mittelbare Benachteiligungen:

- Geglättetes Haar als Erfordernis für Beschäftigung im Hotel benachteiligt mittelbar Farbige: Benachteiligung aus Gründen der **Rasse**.
- Benachteiligungen von Teilzeitbeschäftigten z. B. in Form von verringertem Weihnachtsgeld in Tarifverträgen, wirken sich stets mittelbar diskriminierend auf Frauen aus, weil diese, statistisch gesehen, den überwiegenden Anteil der Teilzeitbeschäftigten ausmachen: Benachteiligung wegen des Geschlechts.
- Die Voraussetzung einer ununterbrochenen Beschäftigung für eine Beförderung stellt eine mittelbare Diskriminierung von Frauen dar: Benachteiligung wegen des **Geschlechts**.
- Sozialplan, der hinsichtlich der Höhe der Abfindungen die Elternzeit nicht als Zeit der Betriebszugehörigkeit anerkennt, benachteiligt mittelbar ebenfalls Frauen: Benachteiligung wegen des **Geschlechts**.
- Uneingeschränkte körperliche Belastbarkeit benachteiligt mittelbar Behinderte: Benachteiligung wegen einer **Behinderung**.
- Anknüpfen an die Betriebszugehörigkeit als Benachteiligung wegen des **Alters**.<sup>203</sup>
- Ausschreibung einer Stellenanzeige nur in bestimmten Medien, z. B. ausschließlich im Internet oder ausschließlich in Frauenzeitschriften.
- Illustration einer Stellenanzeige nur mit Personen eines Geschlechts oder einer Rasse.

c) Eine mittelbare Benachteiligung liegt nicht vor, wenn

die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.<sup>204</sup>

Mit dieser alles und nichts sagenden Definition wird dem Betriebsrat in der täglichen Arbeit nicht gerade weitergeholfen. Wann ist ein Ziel sachlich gerechtfertigt, wann sind die Mittel angemessen und erforderlich? Der Betriebsrat sollte

<sup>203</sup> BAG v. 26. 5. 2009, NZA 2009, 849, 852.

<sup>204</sup> Zwischenzeitlich hat die Rechtsprechung objektive Gründe anerkannt, die der Rechtfertigung dienen sollen: EuGH v. 9. 9. 2003, NZA 2003, 1137; BAG v. 28. 1. 2010 – 2 AZR 764/08, NZA 2010, 625; BAG v. 20. 4. 2010, BeckRS 2010, 71783.



zumindest versuchen, die **offensichtlich unsachlichen** Ziele offen herauszufiltern; ebenso wie die Mittel, die **offensichtlich unangemessen** sind, weil sie zur Erreichung des Ziels nicht geeignet sind oder nicht erforderlich sind, weil es z. B. mildere Mittel zur Erreichung desselben Zwecks gibt.

#### Achtung:

Ist ein mittelbar diskriminierendes Verhalten durch die genannten Gründe gerechtfertigt, bedarf es keiner weiteren Prüfung der Rechtfertigungsgründe nach den §§ 5, 8, 10 AGG.

#### Beispiel:

Liegt ein sachlicher Grund für die mittelbare Benachteiligung von älteren Menschen durch Altersklauseln in Tarifverträgen vor und ist diese Benachteiligung auch verhältnismäßig im Sinne des § 3 Abs. 2 AGG, so ist nicht mehr zu prüfen, ob diese Benachteiligung zusätzlich gemäß § 10 AGG zulässig ist.

### 1.4.3 Belästigung

Eine Belästigung ist eine Benachteiligung, wenn unerwünschte Verhaltensweisen, die mit einem in § 1 genannten Grund in Zusammenhang stehen, bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld (sog. feindliches Umfeld) geschaffen wird.

**Unerwünschte Verhaltensweisen** werden nicht dadurch ausgeschlossen, dass der/die Belästigte kein erkennbar ablehnendes Verhalten zeigt, da viele aus Scham oder Angst abwehrende Äußerungen unterlassen. Keinesfalls darf ein derartiges Verhalten eines Belästigten als Anerkenntnis gewertet werden, dass ihm die Belästigung nichts ausmacht. Vielmehr ist darauf abzustellen, dass der Handelnde aus der Sicht eines objektiven Beobachters davon ausgehen muss, dass sein Verhalten unter gegebenen Umständen von dem Betroffenen nicht akzeptiert wird.<sup>205</sup>

205 Schlachter in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 3 AGG Rn. 12.



Aus dem Wort **bezwecken** wird deutlich, dass es auch hier nicht darauf ankommt, ob die Belästigung tatsächlich eingetreten ist; allein entscheidend ist die Willensrichtung desjenigen, der einen anderen wegen eines Merkmals belästigen möchte.

Die Schaffung eines **feindlichen Umfelds** setzt in der Regel ein kontinuierliches Handeln voraus; jedoch muss der Arbeitgeber auch schon bei der ersten Belästigung eingreifen, um kein feindliches Umfeld entstehen zu lassen. So entschied z. B. das BAG, dass ausländerfeindliche Beschriftungen auf zwei von fünf Herrentoiletten nicht charakteristisch oder typisch für das Arbeitsverhältnis sind. Die Beschriftungen betreffen nur einen sehr begrenzten Bereich des Umfelds und kennzeichnen diesen nicht, so dass der Arbeitgeber schon bei einmaligen Verhalten eingreifen muss.<sup>206</sup> Daher stellt auch nicht jeder geringfügige Eingriff eine Belästigung dar; hier kommt es auf die Sicht eines objektiven Dritten an. Hierbei müssen die Würdeverletzung der Person und das «feindliche Umfeld» kumulativ vorliegen, um eine Belästigung darzustellen.<sup>207</sup>

### Beispiele:

Erzählen von behindertenfeindlichen Witzen im Arbeitsumfeld, Einstellen von ausländerfeindlichen Inhalten im Firmen-Intranet, auch Belästigung, die wegen eines Merkmals mit Zielrichtung erfolgt, den Betroffenen aus dem Betrieb »wegzuekeln« in Form von **Mobbing** oder sog. **Bossing** (vom engl. Boss, Herabsetzung durch Vorgesetzten).

Zu beachten ist hier neben den möglichen Entschädigungsansprüchen nach diesem Gesetz, dass Schmerzensgeldansprüche wegen schwerer Verletzung des Persönlichkeitsrechts (z. B. bei Mobbing) bestehen<sup>208</sup> und eine strafrechtliche Relevanz von stark belästigendem Verhalten in Betracht kommt (als Nötigung § 240 StGB, vgl. insoweit auch die neuerliche strafrechtliche Relevanz von Stalking als besonders starker Ausprägung einer Belästigung).

### Achtung:

Eine Belästigung kann niemals gerechtfertigt sein. Rechtfertigungsgründe oder Ausnahmen sind daher gesetzlich nicht vorgesehen.

<sup>206</sup> BAG v. 24.9.2009 – 8 AZR 705/08, NZA 2010, 387.

<sup>207</sup> BAG v. 24.9.2009 – 8 AZR 705/08, NZA 2010, 387.

<sup>208</sup> BAG v. 11.12.2014 – 8 AZR 838/13 – NZA 2015, 808.



#### 1.4.4 Sexuelle Belästigung

Der Schutz vor sexuellen Belästigungen war bereits weitestgehend im Beschäftigungsschutzgesetz geregelt. Jedoch verlangt das AGG hier kein vorsätzliches Verhalten mehr.<sup>209</sup>

Eine sexuelle Belästigung ist eine Benachteiligung in Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4, 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 (sog. feindliches Umfeld) geschaffen wird.

Im Vergleich zur »normalen« Belästigung werden an eine sexuelle Belästigung geringere Anforderungen gestellt: bei der sexuellen Belästigung stellt das feindliche Umfeld lediglich eine Ausprägung der Würdeverletzung dar (»insbesondere«), während bei der Belästigung sowohl Würdeverletzung als auch feindliches Umfeld (»und«) vorhanden sein müssen.

Ein **einmaliges Handeln** kann hier ohne weiteres ausreichen.

Zu beachten ist hier ebenfalls der strafrechtlich relevante Charakter einer sexuellen Belästigung, vgl. wie oben die vom Gesetzgeber vorgesehene Strafbarkeit von Stalking.

#### **Achtung:**

Eine sexuelle Belästigung kann niemals gerechtfertigt sein.

<sup>209</sup> Schlachter in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 3 AGG Rn. 14.



**Beispiel:**

Aufhängen eines »Playboy«-Kalenders im Gemeinschaftsbüro, anzügliche Witze oder Aufforderungen, Hinterherpfeifen, körperliche Annäherungen, Versenden anzüglicher Mails oder entsprechende Anrufe.

### 1.4.5 Anweisung

Die Anweisung zur Benachteiligung einer Person aus einem in § 1 genannten Grund gilt als Benachteiligung, insbesondere dann, wenn jemand eine Person zu einem Verhalten bestimmt, das einen Beschäftigten oder eine Beschäftigte wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt oder benachteiligen kann.

Die Anweisung zur Benachteiligung umfasst alle Benachteiligungstatbestände des § 3 AGG und muss sich auf eine Benachteiligung aus einem der in § 1 AGG aufgeführten Gründe beziehen.

Erforderlich ist, dass die Weisung vorsätzlich erfolgte. Dies bedeutet aber nicht, dass sich der Anweisende oder der Angewiesene darüber bewusst sein muss, dass die Handlung verbotswidrig ist, so dass alle Benachteiligungen erfasst werden, ohne dass ein Verschulden notwendig ist.<sup>210</sup>

Es kommt hierbei nicht darauf an, dass der Angewiesene die Benachteiligung tatsächlich ausführt. Auch kommt es nicht darauf an, ob die Benachteiligung durch die Anweisung überhaupt bewirkt werden kann oder ob die Anweisung untauglich ist, die Benachteiligung hervorzurufen.

Es kommt allein darauf an, dass die verlautbarte Anweisung **objektiv benachteiligend** wirken könnte.

**Beispiele:**

Abteilungsleiter wird von seinem Vorgesetzten aufgetragen, grundsätzlich nur Mitarbeiter mit Migrationshintergrund mit dem Kehren des Hofes zu beauftragen. Diese Anweisung wird vom Abteilungsleiter jedoch ignoriert. Oder die Anweisung vom Vorstand an den Küchenchef, nur Schweinefleisch zu kochen, ohne zu wissen, dass ein Drittel der Beschäftigten Muslime sind.

210 BT-Drs 16/1780, 33.



**Achtung:**

Die Entschädigungsregelungen nach dem AGG betreffen nur die Entschädigungspflicht des Arbeitgebers und i. d. R. nicht Schadensersatzansprüche gegenüber dem Angewiesenen. Diesem gegenüber muss man sich nach allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen schadlos halten (Voraussetzung dann immer: Verschulden).

## 1.5 Persönlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich ist in § 6 geregelt.

**Geschützt** werden gemäß § 6 AGG **Beschäftigte**. Das sind:

- Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer
- Auszubildende
- Arbeitnehmerähnliche Personen, z. B. Heimarbeiterinnen und Heimarbeiter
- Bewerberinnen und Bewerber
- Ehemalige Beschäftigte nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses
- **Ausnahmsweise:** Selbstständige und Organmitglieder (Geschäftsführer und Vorstände) bei Zugang und Aufstieg.

Im Zusammenhang mit dem persönlichen Anwendungsbereich des AGG auf Bewerberinnen und Bewerber hat das BAG einen Vorlagebeschluss an den EuGH gerichtet<sup>211</sup>: Nach Auffassung des Senats, sei eine bloß formale Bewerbung, um den Status eines »Bewerbers« i.S.d. AGG zu erhalten ohne eine tatsächliche Einstellung aber Entschädigungsansprüche anzustreben, eine nicht ernstliche und daher unbeachtliche Willenserklärung. Der persönliche Anwendungsbereich des AGG sei in diesem Fall nicht eröffnet. Nicht geklärt sei, ob aber die europäischen Richtlinien die Erfassung dieses Falles vorsehen und damit den Anwendungsbereich doch eröffnen. An diese Frage knüpft eine weitere, nämlich ob eine solche Bewerbungsintention dann nach Unionsrecht als Rechtsmissbrauch bewertet werden könne. Die Entscheidung des EuGH bleibt abzuwarten. Mit der zu erwartenden Entscheidung des EuGH werden die Rechtsfragen zu Bewerberklagen vorerst abschließend geklärt sein.

Ergänzend anzumerken ist, dass die Eigenschaft als Bewerber unabhängig davon besteht, ob der Bewerber für die zu besetzende Stelle objektiv geeignet ist.<sup>212</sup> Ein krasses Missverhältnis zwischen Anforderungsprofil und persönlicher Qualifikati-

<sup>211</sup> Vorlagebeschluss BAG 18.6.2015 – 8 AZR 848/13; EuGH C-423/15.

<sup>212</sup> BAG v. 18. 3. 2010 – 8 AZR 77/09, NZA 2010, 872.



on kann jedoch Zweifel an der Ernsthaftigkeit der Bewerbung begründen.<sup>213</sup> Der Status als »Beschäftigter« i.S.d. § 6 Abs. 1 S. 2 AGG wird immer nur je Bewerbung im Einzelfall erworben.<sup>214</sup>

Eine Initiativbewerbung eröffnet nicht den Status als Bewerber i.S.d. AGG, denn es fehlt an der Arbeitgebereigenschaft. Arbeitgeber ist derjenige, der um Bewerbungen für ein von ihm angestrebtes Beschäftigungsverhältnis bittet.<sup>215</sup>

**Verpflichtet** werden **Arbeitgeber**. Das sind:

- Natürliche Personen, z. B. Einzelunternehmer.
- Juristische Personen, z. B. GmbH, GmbH & Co. KG, AG, KG, OHG etc.
- Rechtsfähige Personengesellschaften, z. B. GbR.
- Arbeitnehmerüberlassungs-Firmen, z. B. Zeitarbeitsfirmen, sowie Entleiher, die Leiharbeitnehmer im Betrieb einsetzen
- Auftraggeber, Zwischenmeister bei Heimarbeiterinnen und Heimarbeitern.

#### **Achtung:**

Das AGG enthält **keine Kleinbetriebsklausel** zugunsten des Arbeitgebers, so dass jeder Arbeitgeber unabhängig von der Größe seines Betriebes und der Anzahl der beschäftigten Mitarbeiter verpflichtet wird.

## 1.6 Die Ausnahmen

Der Europäische Gesetzgeber sieht zur effektiven Umsetzung der Richtlinien vor, dass eine unterschiedliche Behandlung nur unter **sehr begrenzten Bedingungen** gerechtfertigt sein kann.

#### **Praxishinweis:**

Daher sind die Rechtfertigungsgründe grundsätzlich **eng** auszulegen, das heißt im Zweifel ist eher davon auszugehen, dass eine Benachteiligung **nicht** gerechtfertigt ist.

**Im Rahmen der Belästigung und sexuellen Belästigung kommt eine Rechtfertigung grundsätzlich nicht in Betracht.**

<sup>213</sup> BAG v. 19.8.2010 – 8 AZR 466/09, NZA 2011, 203.

<sup>214</sup> BAG v. 18.9.2014 – 8 AZR 759/13, ZTR 2015, 216.

<sup>215</sup> BAG v. 19.8.2010 – 8 AZR 466/09, NZA 2011, 203.



Im Einzelnen werden folgende Rechtfertigungsgründe im Bereich des Arbeitsrechts<sup>216</sup> geregelt:

### 1.6.1 Berufliche Anforderung, § 8 AGG

Eine unterschiedliche Behandlung wegen eines Merkmals ist zulässig, wenn dieser Grund 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.

Die Norm hat die Regelung des § 611 a Abs.1 S.2 BGB aufgenommen. Eine Benachteiligung wegen des Geschlechts war danach zulässig, wenn das Geschlecht **unverzichtbare Voraussetzung** für die Tätigkeit war. Diesen Begriff hat der Gesetzgeber leider nicht übernommen und stellt stattdessen auf die wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung ab.

Insofern ist die Ausnahmeregelung so unbestimmt gefasst, dass sie in der Praxis für den Betriebsrat kaum handhabbar ist.<sup>217</sup> Ähnlich wie oben beim Begriff der mittelbaren Benachteiligung stellt sich auch hier wieder die Frage, was im konkreten Fall eine »wesentliche und entscheidende« berufliche Anforderung ist und wann der Zweck »rechtmäßig« und die Anforderung »angemessen« ist.

Das BAG hat diesbezüglich nunmehr entschieden, dass trotz des von § 611 a Abs.1 S.2 BGB abweichenden Wortlautes die Auslegung so erfolgen soll, dass auf eine **Unverzichtbarkeit** des Merkmals abgestellt werden soll. Demnach ist das Merkmal wesentlich und entscheidend, wenn die Tätigkeit ohne das Merkmal gar nicht oder nicht ordnungsgemäß durchgeführt werden kann. Wichtig ist, dass das Merkmal ein zentraler Bestandteil für die auszuübende Tätigkeit ist. Hierbei ist eine funktionale Betrachtung aus objektiver Sicht vorzunehmen.<sup>218</sup>

Die genannten Kriterien sind daher objektiv zu bestimmen, d. h. vom Vorliegen einer wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung kann nur gespro-

<sup>216</sup> Im zivilrechtlichen Warenverkehr sind die Rechtfertigungsgründe zur Ungleichbehandlung in § 19 AGG geregelt.

<sup>217</sup> »Regelungen für die Praxis überhaupt nicht handhabbar...Wie soll man hier noch subsumieren?« Bauer u. a., »Das AGG – Alter Wein in neuen Schläuchen?«, NZA 2006, 774 bzw. »Gesetzgebung auf IKEA-Niveau« (775).

<sup>218</sup> BAG v. 28. 5. 2009 – 8 AZR 536/08, NZA 2009, 1016, 1019; BAG v. 18. 3. 2010 – 8 AZR 77/09, NZA 2010, 872.



chen werden, sofern auch ein unbeteiligter (objektiver) Dritter diese voraussetzen würde.

### Praxistipp:

Hier kann dem Betriebsrat wieder nur empfohlen werden, zu versuchen, die **offensichtlich** unwesentlichen und nicht entscheidenden beruflichen Anforderungen herauszufiltern; ebenso den **offensichtlich** unrechtmäßigen Zweck und die **offensichtlich** unangemessene Anforderung, die unverhältnismäßig sind.

### Beispiele zu Rechtfertigungen:

#### Wegen Rasse/Ethnische Herkunft:

- Nicht ausreichend ist die Aussage, die Kundschaft möge keine arabischen oder farbigen Geschäftspartner.<sup>219</sup> Kundenwünsche sog. «customer preferences» oder eine bestimmte Marktausrichtung können die o.g. Unverzichtbarkeit nur dann begründen, wenn ein besonderes öffentliches oder sozialpolitisches Interesse an der optimalen Erfüllung der Aufgabe besteht, die das Gleichbehandlungsinteresse überlagert. So z. B. junge Verkäuferinnen in einem «Girlie-Laden» oder türkische Abstammung und Sprache bei ausschließlich türkischem Kundenstamm.
- Keine Ausnahme für Kleinbetriebe, die ein persönliches Vertrauen der Kunden in Anspruch nehmen.<sup>220</sup>
- Keine Ausnahme zur Wahrung des Betriebsfriedens, z. B. bei Anfeindungen zwischen Türken und Griechen.

#### Wegen der Benachteiligung des Geschlechts:

- Anforderung eines bestimmten Geschlechts an Sänger/in, Schauspieler/in, männl./weibl. Fotomodell, bestimmte Ethnie bei ausländischen Restaurants zur Wahrung der **Authentizität**.
- Einstellung von Frauen in Damenoberbekleidungs- und Bademodengeschäften.
- Nichteinstellung eines männlichen Pädagogen in einem Mädcheninternat<sup>221</sup>
- Tätigkeiten in Ländern außerhalb der EU, in denen aufgrund gesetzlicher Vorschriften und religiöser Überzeugung oder kultureller Besonderheit nur ein Geschlecht akzeptiert wird.

<sup>219</sup> Schiek, AuR 2003, 44, 48.

<sup>220</sup> Schiek, AuR 2003, 44, 48.

<sup>221</sup> BAG v. 28.5.2009 – 8 AZR 536/08, NZA 2009, 1016, 1019; BAG v. 18.3.2010 – 8 AZR 77/09, NZA 2010, 872.



- Die Tätigkeit in einem Frauenhaus, soweit das Betreuungskonzept des Trägers ihre Ausübung auch stets nur durch Frauen erfordert.
- Die Einstellung nur weiblicher Stewardessen ist **nicht gerechtfertigt**.
- Die grundsätzliche Ausnahme von Frauen bei Stellenangeboten, die mit schwerer körperlicher Arbeit verbunden sind.<sup>222</sup>

#### **Wegen einer Behinderung:**

Hier ist zu beachten, dass der Arbeitgeber gemäß § 81 Abs. 4 SGB IX verpflichtet ist, bei der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen **angemessene Vorkehrungen** zu treffen, z. B. Seh- und Hörhilfen, Hebe- und Drehvorrichtungen, Rampen für Rollstuhlfahrer und Signalanlagen. Diese Regelung aus dem SGB, die zunächst nur für Schwerbehinderte gilt, wird im Rahmen des AGG jedoch nicht auf alle Behinderten ausgeweitet.<sup>223</sup>

Grenze der Schaffung entsprechender Vorkehrungen ist jedoch die **unverhältnismäßige Belastung** des Arbeitgebers. Nicht unverhältnismäßig ist die Belastung, wenn sie durch geltende Maßnahmen im Rahmen der Behindertenpolitik des Mitgliedstaates ausreichend kompensiert wird. Dies ist bei § 81 Abs.4 SGB IX nicht der Fall, weil die Norm nicht die Begründung des Arbeitsverhältnisses erfasst, sondern nur im bestehenden Arbeitsverhältnis eingreift.<sup>224</sup> Eine unverhältnismäßige Belastung ist dann anzunehmen, wenn z. B. die wirtschaftliche Lage des Unternehmens die erforderliche Maßnahme nicht zulässt, andere Arbeitsplätze durch sie gefährdet werden oder die Maßnahme zu unzumutbaren Belastungen anderer Arbeitnehmer des Unternehmens führt. Auch unverhältnismäßige Kosten im Sinne einer Kosten-Nutzen-Relation oder unter Berücksichtigung der Ausgleichsabgabe könnten eine Grenze darstellen. Dies allerdings nur unter den sehr engen Voraussetzungen der EuGH-Rechtsprechung.<sup>225</sup>

- Die Kündigung eines symptomlosen HIV-Infizierten, der bei einem Arzneimittelhersteller arbeitet, ist nicht durch die berufliche Anforderung »Fehlen einer HIV-Infektion« gerechtfertigt. Der Arbeitgeber muss zunächst prüfen, ob/welche Maßnahmen es gibt, um den HIV-Infizierten weiter zu beschäftigen und Ansteckungsgefahren zu vermeiden.<sup>226</sup>

222 Ob Bewerber die Voraussetzungen eines Arbeitsplatzes erfüllen können, ist individuell festzustellen und darf nicht wegen der Geschlechtszugehörigkeit vermutet werden, vgl. LAG Köln v. 8.11.2000 – 3 Sa 974/00, NZA-RR 2001, 232.

223 BAG v. 27.10.2011 – 8 AZR 580/09.

224 Wisskirchen, in: DB 2006, 1491, 1492.

225 EuGH v. 8.11.1990 – Rs. C-177/88 – Dekker, NZA 1991, 171 zur Einstellung von Schwangeren.

226 BAG v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372.



## 1.6.2 Religion und Weltanschauung, § 9 AGG

Eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder Weltanschauung ist zulässig, wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung unter Beachtung des Selbstverständnisses und des Selbstbestimmungsrechts oder nach Art ihrer Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt. Darüber hinaus kann von den Beschäftigten ein loyales und aufrichtiges Verhalten im Sinne des jeweiligen Selbstverständnisses gefordert werden.

### Beispiele:

- Anforderungen einer bestimmten Religion in kirchlichen Kindergärten und Schulen.<sup>227</sup> Problematisch dürfte dieses Merkmal sein, wenn lediglich eine einfache Tätigkeit ohne Außenwirkung ausgeübt wird, z. B. Reinigungskraft, Küchenhilfe, Kantinenchef etc., da bei nicht verkündungsnahen Tätigkeiten wohl kein konkreter Bezug zur Tätigkeit angenommen werden kann.<sup>228</sup>
- Die Diskussion um Scientology wird zu neuen Ehren kommen. Nach Rechtsprechung des BAG<sup>229</sup> ist Scientology keine Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft. Diese Ansicht könnte sich im Rahmen des AGG zugunsten von Scientology verändern, auch wenn dies bislang noch nicht erfolgt ist.
- Politische Tendenzunternehmen wie z. B. Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände, Presseunternehmen dürfen im Rahmen des AGG in Zukunft nicht mehr verlangen, dass sich die Beschäftigten mit der politischen Ausrichtung des Unternehmens identifizieren.
- Homosexualität kann auch nicht als »illoyales oder unaufrichtiges Verhalten« untersagt werden, da hier eine Benachteiligung des Betroffenen nicht wegen der Religion, sondern wegen der sexuellen Identität erfolgen würde.

## 1.6.3 Alter, § 10 AGG

Ungeachtet des § 8 ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters auch zulässig, wenn sie **objektiv und angemessen** und durch ein **legitimes**

227 EuGH v. 8. 11. 1990 – Rs. C-177/88 – Dekker, NZA 1991, 171 zur Einstellung von Schwangeren.

228 Vgl. Busch, AiB 2006, 467 (469) m.w.N.; ArbG Hamburg v. 4. 12. 2007, BeckRS 2008, 52272.

229 BAG v. 22. 3. 1995 – 5 AZB 21/94, NZA 95, 823 ff.



**Ziel** gerechtfertigt ist. Die Mittel zur Erreichung des Ziels müssen **angemessen und erforderlich** sein.

Die Legitimität des Ziels ist unter Berücksichtigung der fachlich-beruflichen Zusammenhänge aus Sicht des Arbeitgebers oder der Tarifvertragsparteien zu beurteilen. Damit können auch Ziele erfasst werden, die über die Situation eines einzelnen Unternehmens hinausgehen und von allgemeinem Interesse sind, etwa Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt oder berufliche Bildung.<sup>230</sup>

Zur Definition der Begriffe »erforderlich« und »angemessen« wird auf oben verwiesen, V. 1.4.2. Es darf also im Rahmen der Erforderlichkeit kein mildereres, aber gleich wirksames Mittel zur Erreichung des legitimen Ziels zur Verfügung stehen. Hinsichtlich der Angemessenheit muss eine Abwägung der beiderseitigen Interessen vorgenommen werden.

#### Beispiel:

Tarifverträge, die einen höheren Urlaubsanspruch für Arbeitnehmer ab 55 Jahren vorsehen, benachteiligen dadurch objektiv alle jüngeren Arbeitnehmer. Das legitime Ziel wird aber hier darin liegen, den natürlichen Leistungsabfall der älteren Arbeitnehmer durch eine erweiterte Möglichkeit der Regeneration auszugleichen und so eine erhöhte Leistungsfähigkeit und -bereitschaft zu ermöglichen<sup>231</sup>. Weiterhin ist zu prüfen, ob die Mittel angemessen und erforderlich sind. Erforderlich ist ein Mittel, wenn es kein mildereres Mittel gibt, mit dem der Zweck ebenso gut erreicht werden kann. Ein solches ist hier nicht ersichtlich. Die alles entscheidende Frage wird dann aber sein, ob der höhere Urlaubsanspruch auch angemessen, d. h. verhältnismäßig ist. Hier sind die Belange der verschiedenen Gruppen zueinander ins Verhältnis zu setzen und abzuwägen.

Eine in einem Tarifvertrag vereinbarte Altersgrenze ist laut Rechtsprechung des EuGH angemessen, da sie nicht nur auf das Alter abstellt, sondern auch berücksichtigt, dass den Betroffenen am Ende ihrer beruflichen Laufbahn ein finanzieller Ausgleich in Gestalt einer Altersrente zugute kommt, deren Höhe nicht als unangemessen betrachtet werden kann.<sup>232</sup>

Im Übrigen sollte sich der Betriebsrat auf die gesetzlich genannten **sechs Regelbeispiele** stützen.

<sup>230</sup> BT-Drs. 16/1780, S. 37.

<sup>231</sup> BAG v. 21. 10. 2014 – 9 AZR 956/12- NZA 2015, 297.

<sup>232</sup> EuGH v. 16. 10. 2007, NZA 2007, 1219, 1223.



Hier ist darauf zu achten, dass der Gesetzgeber die bisher bestehenden Privilegien für bestimmte Gruppen gerade nicht verkürzen wollte, sondern das insofern schon bestehende deutsche Recht beibehalten wollte.

1. **Eingliederungsvereinbarungen:** die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung und zur beruflichen Bildung sowie besondere Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Bedingungen für Entlohnung und Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses, um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren Beschäftigten und Personen mit Fürsorgepflichtigen zu fördern oder ihren Schutz sicherzustellen.
2. **Mindestalter und -berufserfahrung:** die Festlegung von Mindestanforderungen an das Alter, die Berufserfahrung oder das Dienstalter für den Zugang zur Beschäftigung oder für bestimmte mit der Beschäftigung verbundene Vorteile.
3. **Höchstalter:** die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung aufgrund der spezifischen Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes oder aufgrund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand.
4. **Betriebliche Systeme der sozialen Sicherung:** die Festsetzung von Altersgrenzen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherung als Voraussetzung für die Mitgliedschaft oder den Bezug von Altersrente oder von Leistungen bei Invalidität einschließlich der Festsetzung unterschiedlicher Altersgrenzen im Rahmen dieser Systeme für Beschäftigte oder Gruppen von Beschäftigten und die Verwendung von Alterskriterien im Rahmen dieser Systeme für versicherungsmathematische Berechnungen.
5. **Altersgrenzenklausel:** Zulässig ist eine Vereinbarung, die die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses zu einem Zeitpunkt vorsieht, zu dem der oder die Beschäftigte eine Rente wegen Alters beantragen kann.<sup>233</sup>
6. **Sozialpläne:** Zulässig sind Differenzierungen von Leistungen, 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 haben, die wirtschaftlich abgesichert sind, weil sie, ggf. nach dem Bezug von Arbeitslosengeld, rentenberechtigt sind.<sup>234</sup>

<sup>233</sup> Das BAG hat entsprechende Regelungen in den Verträgen als zulässige Befristungen erachtet, da die Arbeitnehmer bei Erreichen dieser Altersgrenze aufgrund ihres Rentenanspruchs wirtschaftlich abgesichert sind, BAG v. 27.7.2005 – 7 AZR 443/04, AuA 2006, 171f.; BAG v. 17.6.2009 – 7 AZR 112/08, AP TzBfG § 14 Nr. 64.

<sup>234</sup> Vgl. BAG v. 9.12.2014- 1 AZR 102/13- NZA 2015, 365 u.v. 31.7.1996, EzA § 112 BetrVG 1972, Nr. 86; vgl. Willemsen, Schweibert, NJW 2006, 2583 (2587), die es als problematisch ansehen, zukünftig



### 1.6.4 Positive Maßnahmen, § 5 AGG

#### § 5 AGG: Positive Maßnahmen

Ungeachtet der in den §§ 8 bis 10 sowie in § 20 benannten Gründe ist eine unterschiedliche Behandlung auch zulässig, wenn durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile wegen eines in § 1 genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden sollen.

Zulässig sind gezielte Maßnahmen zur Förderung bisher benachteiligter Gruppen, z. B. Mindestquoten für ausländische Auszubildende, Förderpläne für Frauen in Führungspositionen<sup>235</sup> oder Hilfeleistungsangebote für Behinderte. Derartige positive Maßnahmen sind auch als sog. Nachteilsausgleiche oder »affirmative action« bekannt.

Die Maßnahmen müssen nach **objektivem Maßstab** geeignet und angemessen sein und bedürfen im konkreten Fall der Abwägung mit Rechtspositionen der von ihnen negativ Betroffenen. Hier hält der EuGH jedoch fest, dass die Förderung einer Gruppe als Ausnahme des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Betroffenen eng auszulegen ist. So ist z. B. die bevorzugte Einstellung und Beförderung von Frauen im öffentlichen Dienst bei gleicher Eignung und Leistung angemessen, wenn Frauen bislang unterrepräsentiert sind.<sup>236</sup>

Das schließt nach der Rechtsprechung des EuGH einen **absoluten Vorrang** der zu fördernden Gruppe allerdings aus.<sup>237</sup>

### 1.6.5 Mehrfachdiskriminierung, § 4 AGG

#### § 4 AGG: Unterschiedliche Behandlung wegen mehrerer Gründe

Erfolgt eine unterschiedliche Behandlung wegen mehrerer der in § 10 genannten Gründe, so kann diese unterschiedliche Behandlung nach den §§ 8

---

weiterhin und undifferenziert mit so genannten Divisorformeln zur Bemessung der Abfindung zu operieren, weil sich hier jedes einzelne Jahr der Betriebszugehörigkeit und des Lebensalters abfindungserhöhend auswirkt, ohne dass diese im Ergebnis doppelte Privilegierung des Alters auf die in Nr. 8 erwähnten Chancen auf dem Arbeitsmarkt auch nur im Ansatz zu rechtfertigen wäre. Die Autoren empfehlen daher die stark pauschalierende Divisorformel zu meiden; BAG v. 23. 3. 2010 – 1 AZR 832/08, DB 2010, 1353.

<sup>235</sup> EuGH v. 11. 11. 1997, NZA 1997, 1337.

<sup>236</sup> BT-Drs 16/1780, EuGH v. 17. 10. 1995 – Rs. C 450/93, BeckRS 2004, 77327.

<sup>237</sup> EuGH v. 17. 10. 1995 – Rs. C 450/93, BeckRS 2004, 77327; Kalanke, NZA 1995, 1095.



bis 10 nur gerechtfertigt werden, wenn sich die Rechtfertigung auf alle diese Gründe erstreckt, derentwegen die unterschiedliche Behandlung erfolgt.

Damit wird klargestellt, dass jede Ungleichbehandlung für sich auf ihre Rechtfertigung hin zu prüfen ist. Damit wird der Umstand berücksichtigt, dass bestimmte Personengruppen typischerweise der Gefahr der mehrfachen Benachteiligung ausgesetzt sind.

Typischerweise sind Frauen am häufigsten von Mehrfachdiskriminierungen betroffen, da das Geschlecht bei vielen Benachteiligungen verstärkend hinzutritt.

Am häufigsten betroffen von Mehrfachdiskriminierungen sind demnach:

- Frauen mit Migrationshintergrund
- Behinderte Frauen
- Ältere Frauen

Hier ist also in jedem Einzelfall festzustellen, ob eine Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts **und** eines weiteren oder mehrerer weiterer Merkmale gerechtfertigt sind.

Da es nicht auf die Benachteiligungsabsicht ankommt, reicht es hier stets aus, wenn die Benachteiligung **objektiv** auf mehreren Gründen beruht. Liegt die Rechtfertigung auch nur wegen eines Merkmals nicht vor, so ist die gesamte Maßnahme unzulässig nach dem AGG.

## 1.7 Unabdingbarkeit des AGG

Weder durch den individuellen Arbeitsvertrag noch durch kollektivrechtliche Vereinbarungen darf von den Vorschriften des AGG zu Ungunsten des Beschäftigten abgewichen werden, § 31 AGG. Die Vorschriften des AGG sind also **zwingend**.

Dies gilt laut ausdrücklichem Willen des Gesetzgebers auch für die Fristen zur Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs in § 15 Abs. 4 AGG.<sup>238</sup>

Vgl. im Übrigen II. 2. b) cc (d).

<sup>238</sup> BT-Drs. 16/1780, S. 53.



## 2. Musterbetriebsvereinbarung zum AGG

Die Bedingungen des Arbeitsverhältnisses können in einer freiwilligen Betriebsvereinbarung geregelt werden. Inhalt dieser Betriebsvereinbarung wären die Bestimmungen, die ansonsten im individuellen Arbeitsvertrag zu regeln wären.

Vorliegend wird am **Beispiel der sexuellen Belästigung** die Grundstruktur einer Betriebsvereinbarung aufgezeigt, die aber ohne weiteres auf die anderen Merkmale, z. B. Benachteiligungen wegen der im AGG genannten Gründe, ausgeweitet werden kann.

Betriebsvereinbarung

Zwischen .....

– nachfolgenden Arbeitgeber genannt –

und

dem Betriebsrat der .....

– nachfolgend Betriebsrat genannt–

wird folgende Betriebsvereinbarung zum Schutz gegen sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz vereinbart.

### Präambel

Arbeitgeber und Betriebsrat stimmen darin überein, dass sexuelle Belästigung und Übergriffe am Arbeitsplatz eine erhebliche Beeinträchtigung der/des Betroffenen, ihres/seines Persönlichkeitsrechts und Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung darstellen. Hiermit soll eine Vereinbarung getroffen werden, durch die die Würde von Frauen und Männern gewahrt bleibt und durch die ein Entstehen eines feindlichen Klimas verhindert werden soll.

### § 1 Unzulässigkeit

Sexuelle Belästigung im Betrieb ist unzulässig, insbesondere im Verhältnis der Betriebsangehörigen untereinander und im Verhältnis Beschäftigte/r – Vorgesetzte/r.

Sie stellt eine grobe Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten dar.



## § 2 Begriffsbestimmung

(1) Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz ist jedes unerwünschte, sexuell bestimmte Verhalten, wozu auch

- unerwünschte sexuelle Handlungen oder Aufforderungen zu diesen
- sexuell bestimmte körperliche Berührungen
- Bemerkungen sexuellen Inhalts
- 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, d. h. feindliches Umfeld geschaffen wird.

(2) Sexuelle Belästigung liegt auch vor, wenn das belästigende Verhalten nicht ausdrücklich abgelehnt wird.

## § 3 Pflichten des Arbeitgebers

(1) Der Arbeitgeber unternimmt besondere Anstrengungen zum Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz. Der Betriebsrat wird ihn hierbei unterstützen.

(2) Als besondere Maßnahmen wird er die Arbeitsumgebung so umgestalten, dass die sexuelle Belästigung erst gar nicht möglich wird, oder zumindest erheblich erschwert wird.

Hierzu soll er insbesondere

- ausreichend breite Verkehrswege schaffen
- die Arbeitsplätze in der Weise umgestalten, dass die Beschäftigten nicht von hinten überrascht werden können
- Sichtschutz im Intimbereich schaffen
- frei schwebende Treppen so umgestalten, dass eine Sichtbelästigung ausgeschlossen ist
- Boden- und Deckenspiegel beseitigen
- (weitere Beispiele einfügen bzw. ersetzen).

Der Arbeitgeber wird allen Vorwürfen sexueller Belästigung nachgehen und Personen, deren Verhalten beanstandet worden ist, auf ein Fehlverhalten hinweisen.



## § 4 Beschwerderecht

(1) Die betroffenen Beschäftigten haben das Recht, sich bei der zuständigen Stelle des Betriebs zu beschweren, wenn sie sich im Zusammenhang mit ihrem Beschäftigungsverhältnis vom Arbeitgeber, von Vorgesetzten, anderen Beschäftigten oder Dritten sexuell belästigt fühlen. Das Recht zur Beschwerde nach anderen Vorschriften bleibt hiervon unberührt.

(2) Zuständige Beschwerdestellen sind:

(Arbeitnehmerseite)

(Arbeitgeberseite)

Die Kosten der Beschwerdestelle trägt der Arbeitgeber.

(3) Keinesfalls darf der Arbeitgeber die/den Betroffenen wegen der Inanspruchnahme ihres/seines Beschwerderechts benachteiligen.

## § 5 Behandlung von Beschwerden

(1) Die Beschwerde ist umgehend zu prüfen und das Ergebnis der oder dem beschwerdeführenden Beschäftigten kurzfristig mitzuteilen.

(2) Hierbei muss die Vertraulichkeit unbedingt gewahrt werden. Alle Beteiligten – außer der/die Betroffene – sind zur Verschwiegenheit verpflichtet.

(3) Gegenüberstellungen werden nur mit ausdrücklicher Zustimmung der/des Betroffenen durchgeführt.

## § 6 Übergangsmaßnahmen

(1) Wird eine Beschwerde wegen sexueller Belästigung erhoben, so vereinbaren Arbeitgeber und Betriebsrat Übergangsmaßnahmen, die der sofortigen Abhilfe der belästigenden Situation dienen sollen.

(2) Kommt eine Einigung über die zu treffende Maßnahme zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat nicht zustande, entscheidet die Einigungsstelle (Detailregelungen sinnvoll über Besetzung, Vorsitz etc.).

## § 7 Sanktionen

(1) Ist eine Beschwerde berechtigt, so verpflichtet sich der Arbeitgeber dazu, die geeigneten und erforderlichen Maßnahmen zur Abhilfe zu treffen.



(2) Geeignete und erforderliche Maßnahmen sind insbesondere:

- persönliches Vier-Augen-Gespräch mit dem Schädiger,
- Ermahnung,
- Verweis oder Verwarnung,
- Versetzung,
- fristgerechte Kündigung,
- fristlose Kündigung,
- Strafanzeige.

(3) Die Rechte des Betriebsrats bleiben hiervon unberührt.

### **§ 8 Leistungsverweigerungsrecht**

(1) Ergreift der Arbeitgeber keine oder offensichtlich ungeeignete Maßnahmen zur Unterbindung einer Belästigung oder sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz, so sind die betroffenen Beschäftigten berechtigt, ihre Tätigkeit ohne Verlust des Arbeitsentgelts einzustellen, soweit dies zu ihrem Schutz erforderlich ist. § 273 BGB bleibt unberührt.

(2) Die Rechte des Betriebsrats bleiben hiervon unberührt.

### **§ 9 Entschädigung und Schadensersatz**

(1) Bei einem Verstoß gegen das Verbot der sexuellen Belästigung ist der Arbeitgeber verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Dies gilt nicht, wenn er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

(2) Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der oder die Beschäftigte eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen.

### **§ 10 In-Kraft-Treten**

Diese Betriebsvereinbarung tritt ab dem xx.xx.xxxx in Kraft und läuft auf unbestimmte Zeit. Sie kann von beiden Seiten mit einer Frist von sechs Monaten zum Halbjahresende gekündigt werden und endet nach Ablauf der Kündigungsfrist ohne Nachwirkung.

Ort, Datum

.....

.....

Unterschrift Arbeitgeber

Unterschrift Betriebsrat





## Stichwortverzeichnis

Abfindungsregelungen	48	Bewerbungsverfahren	27
Akkord	33	– Einstellungsentscheidung	31
Altersgrenzenklausel	42, 45, 105	– Einstellungsgespräche	31
Altersvorsorge, betriebliche	88	– Personalfragebogen	27
Anwendungsbereich		Bildungswesen	37
– persönlicher	18	Bossing	95
– sachlicher	19	Bußgeld	59
Arbeitgeber	48		
Arbeitsbedingungen	36	Direktionsrecht	37, 40
Arbeitsurlaubnis	28	Diskriminierungsmerkmale	80
Aufenthaltserlaubnis	28	Diversity	55
Aushang	53	Dritte, firmenfremde	51
Ausschlussfrist	64	Durchsetzbarkeit der Rechte	12
Außergerichtliche Möglichkeiten	71		
Authentizität	101	Eingruppierung	33
		Einigungsstelle	45, 110
Barrierefreiheit	38	Einstellung	24
Beendigung des Arbeits-		Einstellungsentscheidung	31
verhältnisses	42	Einstellungsgespräche	31
Beförderung	65	E-Learning	38
Benachteiligungen	13	Entschädigung	59
– Ausnahmen	17	EuGH	44
Benachteiligungsformen	15		
Benachteiligungsverbot	22	Familienstand	29
Berufsständische Vereinigung	19, 87	Familienzuschlag	35
Beschwerdestelle	53	Fördergespräche	42
Bestqualifizierte/r	61, 75	Fragerecht	28
Betriebrat		Frist	64
– Mitbestimmung	31		
Betriebsfeier	87	Geburtsdatum	27
Betriebsrat	20, 21	Gegenbeweis	74
– Aufgaben	37	Gehörlose	42
– Beteiligungsrechte	21, 48		
– Mitbestimmung	21, 24, 27, 31, 33, 36, 39, 42, 46	Herkunft	
Betriebsrente	88	– örtliche	21
Beweislast	14, 72	– regionale	21
Beweislasterleichterung	19	– sonstige	21
		– soziale	21



Indizien	72	– Schadensersatz	59
Intranet	53	Rechtfertigungsgründe	17
		Richtlinien, europäische	13
Kinderwunsch	28		
Klagerecht des Betriebsrats	67	Schadensersatz	59
– außergerichtliche Möglichkeiten	71	Schmerzensgeld	76
– gerichtliche Durchsetzbarkeit	71	Schulung	51
Kopftuch	36, 42, 83, 90	Schutzgesetze	22
Kündigung	42	Schwangerschaft	28, 90
		Schwerbehinderung	29
Lebenspartnerschaft	29, 30, 35, 36, 87	Sonderzahlungen	34
Lichtbild	25, 27	Sozialauswahl	74, 91
		Soziale Verantwortung	55
Maßregelungsverbot	54	Sozialleistungen	35
Mehrfachdiskriminierung	76, 106	Statistik	92
Merkmale	15	Stellenausschreibung	24
Mindestanforderungen	14, 105		
Mobbing	95	Teilzeitbeschäftigte	38, 42, 47, 76, 93
Musterbetriebsvereinbarung	108		
		Umfeld, feindliches	94
Organisationspflichten	48	Umgruppierung	33
		Umsetzung europäischer	
Personalabbau	46	Richtlinien	13
Personalentwicklung	39	Unternehmenskodex	51
Personalfragebogen	27		
Personalplanung	37	Vergütung	33
		Verhaltensweise, unerwünschte	94
Rechte der Beschäftigten		Versetzung	39
– Beschwerde	57		
– Durchsetzung	66	Weisungsrecht	37, 60, 75
– Entschädigung	59, 61	Weiterbildung	19, 38, 87f.
– Leistungsverweigerung	58		



## Wichtiger Hinweis

Unsere Broschüre ersetzt nicht die für die Arbeit der Betriebsräte unverzichtbaren Kommentare zum Betriebsverfassungsgesetz und zu anderen Gesetzen. Wir empfehlen folgende Kommentare zum BetrVG:

Kommentar für die Praxis – Däubler / Kittner / Klebe / Wedde  
Handkommentar – Fitting / Schmidt / Trebinger / Linsenmaier  
Basiskommentar – Klebe / Ratayczak / Heilmann / Spoo

Kolleginnen und Kollegen, die sich tiefer in die Materie einarbeiten wollen, finden deshalb auch Hinweise auf weiterführende Literatur.

Bitte beachtet auch die vom Funktionsbereich Betriebs- und Branchenpolitik herausgegebenen Rechtsprechungshinweise zum BetrVG, die für Funktionäre und Mitglieder der IG Metall über das Extranet → Praxis → Recht → Aktuelle Urteile abgerufen werden können.

