

Leisten, Christine

Book

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz: Leitfaden für Betriebsräte

edition der Hans-Böckler-Stiftung, No. 192

Provided in Cooperation with:

The Hans Böckler Foundation

Suggested Citation: Leisten, Christine (2007) : Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz: Leitfaden für Betriebsräte, edition der Hans-Böckler-Stiftung, No. 192, ISBN 3-86593-072-7, Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/116436>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

Das Allgemeine Gleichbehandlungs- gesetz – Leitfaden für Betriebsräte

edition der
Hans **Böckler**
Stiftung ■■■

Fakten für eine faire Arbeitswelt.

Christine Leisten

**Das Allgemeine
Gleichbehandlungs-
gesetz – Leitfaden
für Betriebsräte**

edition der Hans-Böckler-Stiftung 192

Christine Leisten ist niedergelassene Rechtsanwältin in Köln und arbeitet schwerpunktmäßig in den Bereichen Arbeits- und Sozialrecht sowie Verwaltungsrecht. Zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz bietet sie auch Seminare für Betriebsräte an. Von der Autorin ist bereits die Broschüre »Der gemeinsame Betrieb mehrerer Unternehmen« als Band 10 der Reihe »Die novellierte Betriebsverfassung« erschienen.

© Copyright 2007 by Hans-Böckler-Stiftung
Hans-Böckler-Straße 39, 40476 Düsseldorf
Buchgestaltung: Horst F. Neumann Kommunikationsdesign, Wuppertal
Produktion: Setzkasten GmbH, Düsseldorf
Printed in Germany 2007
ISBN: 978-3-86593-072-9
Bestellnummer: 13192

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere die des öffentlichen Vortrages,
der Rundfunksendung, der Fernsehausstrahlung,
der fotomechanischen Wiedergabe, auch einzelner Teile.

INHALTSVERZEICHNIS

I. EINFÜHRUNG	7
1. Warum benötigt Deutschland ein weiteres Gesetz?	8
2. In Kurzform: Was ist das AGG und wer ist davon betroffen?	10
a. Die verpönten Merkmale	10
b. Die Benachteiligungsformen	11
c. Die Ausnahmen	11
d. Anwendungsbereich	12
e. Besonderheiten	13
■ Beweislasterleichterung	13
■ Betriebsräte	13
■ Verhältnis altes Recht – Neues Recht	14
II. AUSWIRKUNGEN DES AGG AUF BETEILIGUNGSRECHTE DES BETRIEBSRATES	15
1. »Bisherige« Beteiligungsrechte des Betriebsrats (BetrVG)	15
a. Beginn des Arbeitsverhältnisses/Einstellung	17
aa. Stellenausschreibung	18
bb. Bewerbungsverfahren	20
(a) Personalfragebogen	20
(b) Einstellungsgespräche	22
cc. Einstellungsentscheidung	22
b. Durchführung des Arbeitsverhältnisses	23
aa. Vergütung, einschließlich Eingruppierung und Umgruppierung	23
bb. Arbeitsbedingungen	25
cc. Bildungswesen	26
c. Personalentwicklung	28
aa. Versetzung	28
bb. Beförderung	30
d. Beendigung des Arbeitsverhältnisses	31
aa. Kündigung	31
bb. Andere Beendigungsformen	35
cc. Personalabbau	36

2. »Neue« Beteiligungsrechte aus dem AGG	38
a. Pflichten des Arbeitgebers	38
aa. Organisationspflichten	38
bb. Information (Schulung)	41
cc. Beschwerdestelle schaffen	42
dd. Maßregelungsverbot	43
ee. Kooperation und Soziale Verantwortung	44
b. Rechte der Beschäftigten	45
aa. Beschwerde	45
bb. Leistungsverweigerung	46
cc. Entschädigung und Schadensersatz	47
(a) Schadensersatz	48
(b) Entschädigung	49
(c) Ausnahme	50
(d) Frist	50
III. DURCHSETZUNG DER RECHTE	53
1. Durch Beschäftigten selbst	53
2. Durch Betriebsrat/Gewerkschaft	53
a. Außergerichtliche Möglichkeiten	55
b. Gerichtliche Durchsetzbarkeit	56
IV. FAZIT/AUSBLICK	59
V. ANHANG I: AGG ZUR VERTIEFUNG	61
1. Ziele	61
2. Die verpönten Merkmale	62
3. Sachlicher Anwendungsbereich	65
4. Arten der Diskriminierung	67
a. Unmittelbare Benachteiligung	67
b. Mittelbare Benachteiligung	68
c. Belästigung	71
d. Sexuelle Belästigung	72
e. Anweisung	73
5. Persönlicher Anwendungsbereich	74
6. Die Ausnahmen	74
a. Berufliche Anforderung, § 8 AGG	75

b. Religion und Weltanschauung, § 9 AGG	77
c. Alter, § 10 AGG	78
d. Positive Maßnahmen, § 5 AGG	80
e. Mehrfachdiskriminierung, § 4 AGG	81
7. Die Rechte	82
a. Beschwerde	82
b. Leistungsverweigerung	82
c. Schadensersatz und Entschädigung	82
d. Maßregelungsverbot	82
e. Prozessuale Besonderheiten	82
aa. Beweislast	82
bb. Rechte der Betriebsräte	82
cc. Unabdingbarkeit des AGG	82
VI. ANHANG II: MUSTERVEREINBARUNG ZUM AGG	83
VII. WEITERFÜHRENDE LITERATUR	87
SELBSTDARSTELLUNG DER HANS-BÖCKLER-STIFTUNG	95

I. EINFÜHRUNG

Auf Grundlage von vier europäischen Gleichbehandlungsrichtlinien trat am 18.08.2006 das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) in Kraft, das zuvor als Antidiskriminierungsgesetz für kontroverse gesellschaftspolitische Diskussionen gesorgt hatte.

So wählte die FAZ am 16.12.2004 eine »Kulturrevolution«, während das Hamburger Abendblatt vom 06.11.2006 sinnierte: »Die EU-Regel wird in Deutschland sehr eng ausgelegt und erlaubt nur noch bewährte Ausgrenzungen, wie Kinder-teller oder Frauenparkplätze.«

Dabei sind Diskriminierungsverbote dem deutschen Arbeitsrecht nicht fremd, vgl. Fußnote 8.

Aber was ist wirklich dran am neuen AGG? Handelt es sich dabei um eine Art neue Geheimwaffe der Arbeitnehmer? Kann sich neuerdings jeder Arbeitnehmer irgendwie auf Benachteiligung berufen, um dann eine Entschädigung zu verlangen, die bis zur Rente reicht? Bedeutet das AGG für die Arbeitgeber den vielbeschworenen Standortnachteil sowie einen erneuten Wachstumshemmer?

Die Wahrheit liegt wohl wie üblich irgendwo dazwischen.

Sicherlich bringt das AGG- schon mal vorweggenommen- einige Verbesserungen für den Arbeitnehmer mit sich, aber die Klagewelle und die Verarmung der Arbeitgeber wegen immenser Entschädigungsforderungen der »AGG-Hopper« wird wohl ausbleiben.¹

Gleichzeitig ist schon die erste allgemein als richtungweisend betitelte Klage bei dem Arbeitsgericht in Frankfurt/Main anhängig gemacht und zwischenzeitlich entschieden worden Aktenzeichen: 6 Ca 7405/06).

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 Arbeitsgericht Frankfurt hat die Klage mit Urteil vom 14.03.2007 abgewiesen; die Piloten haben angekündigt, hiergegen Berufung einzulegen. 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, näm-

1 Vgl. insoweit Prof. Heide Pfarr in Böcklerimpuls 2/2005, S.3 über den Mythos Klageflut.

lich zum Schutz von Leib und Leben der Besatzung, der Passagiere und der Menschen in den überflogenen Gebieten« geboten seien.

Die vorliegende Broschüre befasst sich mit dem AGG unter dem besonderen Aspekt der betrieblichen Mitwirkungsrechte.

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

Ein besonderes Augenmerk wird auch auf die Durchsetzbarkeit der Rechte geworfen, denn was nützen die schönsten Ansprüche, wenn man diese in der Praxis nicht oder nur unzureichend umsetzen kann.

Zum Schluss wird die Grundstruktur einer Musterbetriebsvereinbarung zum AGG angeboten, die auf die jeweiligen Bedürfnisse des eigenen Betriebs angepasst werden kann.

1. WARUM BENÖTIGT DEUTSCHLAND EIN WEITERES GESETZ?

Mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) kommt der deutsche Gesetzgeber seiner Verpflichtung zur Umsetzung europäischer Richtlinien nach.²

Neben den individuellen Schutzwirkungen zugunsten der von Diskriminierung Betroffenen wird 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.³ Zur wirksamen und dauerhaften Überwindung von Benachteiligungen bedürfte es einer nachhaltigen Änderung der Einstellung und insbesondere des Verhaltens jedes Einzelnen.⁴

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

Am stärksten ausgeprägt war der Schutz vor Diskriminierungen wegen des Geschlechts (§ 611a ff BGB) und bei Benachteiligungen wegen einer Behin-

2 Antirassismusrichtlinie 200/43/EG, Rahmenrichtlinie Beschäftigung 2000/78/EG, Genderrichtlinie 2002/73/EG und Gleichbehandlungsrichtlinie außerhalb der Arbeitswelt 2004/113/EG.

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

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

derung (§ 81 SGB IX), denn dort war nicht nur das Diskriminierungsverbot geregelt, sondern auch eine Entschädigung in Geld vorgesehen. Allerdings betraf das Benachteiligungsverbot wegen des Geschlechts nur den Bereich der *Begründung* des Arbeitsverhältnisses, so dass eine Benachteiligung im weiteren Verlauf des Arbeitsverhältnisses wegen des Geschlechts (z.B. Benachteiligungen bei Versetzung oder bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses) im Rahmen des allgemeinen Gleichbehandlungsgebots nach Art. 3 Grundgesetz (GG) zwar verboten, aber nicht sanktioniert war. 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.

Nur unzureichenden Schutz bietet das geltende Recht bei **Belästigungen** am Arbeitsplatz, denn bisher gibt 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.

In Deutschland fällt auf, dass der vorhandene Rechtsschutz in der Praxis von den Betroffenen **wenig genutzt** wurde, was häufig zu der Annahme führte, dass läge an den fehlenden Diskriminierungen.⁵ 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.

Ein großes, praktisches Problem war 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/frau 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/die andere den Tatbestand der Benachteiligung erfüllen wollte.

5 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.

Dies wird dem/der 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 zukünftig zumindest eine Beweiserleichterung auf der zweiten Stufe vor, dazu mehr unten III 2. b.

Achtung: Die Richtlinien regeln lediglich die **Mindestanforderungen** an das, was die Mitgliedstaaten in ihren Gesetzen umsetzen sollen.⁶ Den Mitgliedstaaten steht es also frei, günstigere Vorschriften einzuführen bzw. ein bestehendes günstigeres Schutzniveau darf nicht durch die Einführung des AGG abgesenkt werden.

2. IN KURZFORM: WAS IST DAS AGG UND WER IST DAVON BETROFFEN?

Das Gesetz normiert in § 7 AGG das zentrale Benachteiligungsverbot hinsichtlich sechs »verpönte« Merkmale für den arbeits- und zivilrechtlichen Bereich.

Vorliegend 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.

a. Die verpönten Merkmale

Es darf nicht benachteiligt werden wegen

- Rasse > z.B: schwarz/weiß
- Ethnische Herkunft > z.B. Sinti/Roma
- Geschlecht > Stichwort: Mann/Frau
- Religion & Weltanschauung
- Behinderung
- Alter > Stichwort: Alt und Jung
- Sexuelle Identität > Stichwort: Homo-/ Bi-/ Transsexuelle

6 EU-RiLi 2000/43/EG, Nr. 25 der Erwägungen.

b. 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.

■ mittelbare Benachteiligung

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

Beispiel: Eine Weiterbildungsveranstaltung findet im 2.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. Belästigung wegen Rasse/Ethnie.

■ Sexuelle Belästigung

Ein unerwünscht sexuelles Verhalten bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt 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) Varieté stattfinden zu lassen. Anweisung zur Sexuellen Belästigung und evtl. Benachteiligung wegen Geschlecht/sexueller Identität/evtl. Rasse/Ethnie und Religion.

c. Die Ausnahmen

Nicht jede Benachteiligung stellt eine Diskriminierung dar.

Nur solche Benachteiligungen, die nicht durch die nachfolgenden Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt sind, sind nach dem AGG relevant.

Benachteiligungen können gerechtfertigt sein wegen

■ **wesentlicher beruflicher Anforderungen, § 8 AGG**

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

■ **religiösen oder weltanschaulichen Gründen, § 9 AGG**

Beispiel: Von Leitenden Angestellten der Caritas kann verlangt werden, dass sie der katholischen Kirche angehören und sich nach außen dazu bekennen (Loyalität). Er kann sich also nicht erfolgreich darauf berufen, wegen der Religion benachteiligt zu sein.

■ **des Alters, § 10 AGG**

Beispiel: Höchstalter 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. Eine 60-jährige Bewerberin auf eine qualifizierte Position kann sich 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 andere deutsche Auszubildende benachteiligt werden können.

d. Anwendungsbereich

■ **Persönlicher Anwendungsbereich**

Berechtigt wird das AGG für **Beschäftigte**, also Arbeitnehmer⁷, wozu auch das Vor- und Nachbeschäftigungsstadium zählt (Bewerber und ausgeschiedene Arbeitnehmer) sowie Auszubildende und Heimarbeiter.

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

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

■ **Sachlicher Anwendungsbereich**

Benachteiligungsverbote bestehen für folgende 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.

e. Besonderheiten

■ **Beweislasterleichterung**

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 Schlechterbehandlung vorliegt und
- b) Tatsachen vortragen, die den Schluss zulassen, dass die Schlechterbehandlung auf Grund eines verpönten Merkmals erfolgt ist.

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.

■ **Betriebsräte**

Das AGG bringt für den Betriebsrat keine neuen völlig neuen prozessualen Rechte. Alles bleibt wie bisher in § 23 III BetrVG geregelt, der nunmehr auch Anwendung auf das AGG finden soll. Neue Rechte erhalten hingegen die Verbände, die im gerichtlichen Verfahren als Beistände auftreten dürfen.

■ Verhältnis altes Recht – Neues Recht

Neben den Bestimmungen zum BetrVG gibt es im deutschen Arbeitsrecht eine Vielzahl von Regelungen zum Schutz vor Diskriminierungen.⁸ Diese werden überwiegend⁹ 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 aufgesetzt. Die Vorschriften sind also immer parallel zu lesen.

- 8 Schwerbehinderung: § 554a BGB, SGB IX, BGG, § 4 TzBfG, Art. 3 III 2 GG. Rasse/ethnische Herkunft: § 4 TzBfG, § 81e VAG, Art. 3 III GG. Geschlecht: § 611a ff BGB, § 4 TzBfG, § 21 VAG, Art. 3 III GG. Religion/Weltanschauung: § 4 TzBfG, Art. 3 III GG. Alter: VVG, ATZG, § 4 TzBfG. Sexuelle Identität: Transsexuellengesetz, § 4 TzBfG.
- 9 Ausnahmen: §§ 611a, 611 612 Abs. 3 BGB sowie das Beschäftigtenschutzgesetz.

II. AUSWIRKUNGEN DES AGG AUF BETEILIGUNGSRECHTE DES BETRIEBSRATES

Im Hauptteil dieser Abhandlung soll es nun um die Frage gehen, inwiefern das AGG auf die bestehenden Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates einwirkt.

Dazu ist es zunächst erforderlich, sich die bisherigen Allgemeinen Aufgaben des Betriebsrates vor Augen zu führen.

1. »Bisherige« **Beteiligungsrechte des Betriebsrats (BetrVG)**

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

§ 75 BetrVG – Grundsätze der 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, und dass jede unterschiedliche Behandlung von Personen wegen ihrer Abstammung, Religion, Nationalität, Herkunft, politischen oder gewerkschaftlichen Betätigung oder Einstellung oder wegen ihres Geschlechts oder sexueller Identität unterbleibt.

Durch das AGG erfährt § 75 eine Erweiterung um die Merkmale

- **Alter, Rasse, ethnische Herkunft, Weltanschauung, Behinderung, sonstige Herkunft**

Der Begriff Herkunft wird in Abgrenzung zur ethnischen Herkunft durch *sonstige Herkunft* ersetzt.

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 Entschädigung) sanktioniert.

Auf Grund des neuen Verständnisses des Alters – *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.

§ 80 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 Gesetzen zählen nun neben den allgemeinen Schutzgesetzen zugunsten der Arbeitnehmer (vgl. Fußnote 8) insbesondere auch das AGG.

Achtung: Jedes Handeln des Betriebsrates hat sich im Grunde immer daran zu orientieren, dass die Grundsätze der Behandlung 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 AGG – Benachteiligungsverbot

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.

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

Neben diesen erwähnten Grundsätzen gelten für die einzelnen Tatbestände der betriebsratsrelevanten Mitbestimmung die besonderen, im Folgenden aufgeführten Bestimmungen.

Aufgeführt werden die praxisrelevanten Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates, sortiert nach a. Beginn des Arbeitsverhältnisses inklusive den wichtigen Bereichen Stellenausschreibung und Bewerbungsverfahren, b. Durchführung des Arbeitsverhältnisses mit dem Schwerpunkt Vergütung sowie Bildungswesen, c. Personalentwicklung mit den Themen Versetzung und Beförderung und d. Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit den Schwerpunkten Kündigung und Personalabbau.

a. Beginn des Arbeitsverhältnisses/Einstellung

■ Allgemeine Mitbestimmung des Betriebsrats im Bereich Beginn des Arbeitsverhältnisses/ Einstellung¹⁰

- Der Betriebsrat ist im 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 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.
- Richtlinien über die personelle Auswahl z.B. bei Einstellungen, sog. Auswahlrichtlinien, bedürfen der **Zustimmung** des Betriebsrates, 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.

10 Diese allgemeinen Mitbestimmungsregelungen sind neben den weiter aufgeführten besonderen Mitbestimmungsrechten zu beachten.

aa. Stellenausschreibung

■ **Besondere Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Stellenausschreibung**¹¹

- Der Betriebsrat kann **verlangen**, dass Arbeitsplätze, die besetzt werden sollen, vor ihrer Besetzung intern auszuschreiben sind, § 93 BetrVG.
- Der Betriebsrat kann darüber hinaus im Rahmen des § 99 BetrVG (persönliche 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 des § 75, 80 Nr. 1 BetrVG darüber zu **wachen**, dass der Arbeitgeber mit unzulässigen Stellenausschreibungen nicht gegen Gesetze, Betriebsvereinbarungen, Tarifverträge verstößt und den Arbeitgeber ggf. darauf hinzuweisen.

Gemäß § 11 AGG dürfen Arbeitsplätze nicht diskriminierend ausgeschrieben werden.

- Dies gilt sowohl für interne als auch externe Stellenausschreibungen.
- Erfasst werden sämtliche Bereiche, also neben Neueinstellungen auch Stellenausschreibungen für berufliche Weiterbildungen und Beförderungen.

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 Bild und keine Angaben zu Alter (Geburtsdatum), Religion und Behinderungen verlangt werden, weil damit Diskriminierungspotenzial geschaffen wird, zu diesen Merkmalen weiter ausgeführt unter II 1. a. bb. (a).

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:

- **Einseitige Angaben:** Aus der Vergangenheit ist bekannt und gilt auch weiterhin, dass es einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot darstellt, wenn Stellenangebote nur ein Geschlecht ansprechen, z.B. Sekretärin gesucht.
- **Doppeldeutige Angaben** wie »Erfahrener, alter Hase gesucht« »Junge dynamische Führungskraft« »Muttersprachler« »Mindestkörpergröße« »akzentfreies

¹¹ Zu den allgemeinen Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats im Rahmen der Einstellung: II 1.a.

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 zugeordnet. Die jeweils andere Gruppe könnte sich durch derartige Beschreibungen 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 diese sich erfahrungsgemäß in diesem Medium nicht so flüssig bewegen wie Jüngere, Ausnahme in bestimmten Branchen (Computer/Informatik etc).
- **Beispiele:**
 1. Für einen kaufmännischen Beruf dürfte die 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.

Zulässig sind:

- weiterhin benachteiligende Beschreibungen, die im Rahmen des AGG zulässig sind (§§ 8-10 AGG, Einzelheiten dort V 6 a-c.), also z.B. die Festlegung 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 6.d.

bb. Bewerbungsverfahren

(a) Personalfragebogen

■ Besondere Mitbestimmung des Betriebsrats¹²

- Bei Personalfragebögen kann der Betriebsrat gemäß § 94 Abs. 1 BetrVG seine **Zustimmung** erteilen bzw. muss sie verweigern, wenn ein Verstoß gegen § 75 BetrVG, § 7 AGG vorliegt oder unmittelbar droht.

Zukünftig dürfte es problematisch sein, im Personalfragebogen das **Alter** zu erfragen. Damit geht nämlich die unmittelbare Gefahr der Benachteiligung wegen des Lebensalters einher.¹³

Darüber hinaus dürfte auch die Anforderung von **Lichtbildern** der Bewerber der Vergangenheit angehören. Lichtbilder geben nicht nur Auskunft über 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.¹⁴

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 Bundesarbeitsgerichts (BAG) zugebilligt wurde. Daran wird sich durch die Einführung des AGG nichts ändern, insbesondere da die Einführung des AGG keinesfalls zu einer Absenkung des bereits bestehenden Schutzniveaus führen darf.¹⁵ *Aber:* Frage nach Aufenthaltserlaubnis/Arbeiterlaubnis als rechtliche Voraussetzung zur Eingehung eines Arbeitsverhältnisses weiterhin erlaubt.
- Eine Fragerecht im Themenbereich **Geschlecht** betraf vor allem die Schwangerschaft und Kinderwunsch und war grundsätzlich unzulässig, selbst wenn die Arbeitnehmerin die in Aussicht genommene Tätigkeit überhaupt nicht ausüben konnte.¹⁶ Daran ändert sich auch durch das AGG nichts, denn dies entspricht

12 Zu den allgemeinen Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats im Rahmen der Einstellung: II 1.a.

13 Dies wird allerdings auch in Zukunft nichts daran ändern, dass sich das Lebensalter auch aus Zeugnissen und dem Lebenslauf entnehmen oder zumindest errahnen lässt.

14 Trotzdem wird das Aussehen des Bewerbers auch in Zukunft noch in die Entscheidung über die Besetzung der Stelle mit einfließen, da der Arbeitgeber spätestens beim Vorstellungsgespräch die Möglichkeit hat, sich ein »Bild« von dem Bewerber zu machen.

15 EU-RiLi 2000/43/EG, Art. 6 Abs. 2.

16 BAG Urteil vom 06.02.2003, 2 AZR 621/01 = AP Nr. 21 zu § 611a BGB.

ausdrücklich der Rechtsprechung des EuGH. Die Frage nach dem Familienstand (Ehe) ist zulässig.¹⁷

- Nach **Religionszugehörigkeit/Weltanschauung** durfte schon bisher grundsätzlich nicht gefragt werden, derartige Fragen waren also unzulässig. Eine Ausnahme galt für konfessionelle Krankenhäuser und religionsgebundene Verlage. Hieran wird sich durch die Einführung des AGG wohl nichts ändern.
- Ein uneingeschränktes Fragerecht nach dem Vorliegen einer **Schwerbehinderung** (nicht Behinderung!) wurde dem Arbeitgeber bisher 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 auszuübende Tätigkeit nicht von Bedeutung war. Diese Rechtsprechung wird wohl in Zukunft nicht aufrechterhalten werden können, so dass Fragen nach einer Behinderung und auch Schwerbehinderung außer in eng begrenzten Ausnahmefällen unzulässig werden dürften.¹⁸
- Ein Fragerecht nach dem **Alter** war bisher nach einhelliger Ansicht grundsätzlich zulässig. Diese deutsche Rechtsprechung wird durch Einführung des AGG nicht mehr aufrechterhalten werden können, sondern zumindest durch § 10 AGG nach den dort zulässigen Rechtfertigungen für die Ungleichbehandlung wegen Alters eingeschränkt werden.
- Ein Fragerecht nach der **sexuellen Identität**, also z.B. Homosexualität war bisher grundsätzlich unzulässig, daran wird sich auch durch das AGG nichts ändern. Auch ist es nicht erlaubt von hinten herum über die Frage nach persönlichen Lebensverhältnissen, die Rückschlüsse darauf zulassen, zu stellen (z.B. Heiratswunsch, kinderlieb). Die Frage nach einer **Lebenspartnerschaft** ist i.d.R. unzulässig.¹⁹

17 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.

18 Schon mit Einführung des Benachteiligungsverbots Schwerbehinderter gemäß § 81 SGB IX bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses war streitig, ob man an dieser Rechtsprechung des BAG noch festhalten könne. Berücksichtigt man die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zu schwangeren Bewerberinnen, bei denen der Frage keine Bedeutung zugemessen wurde, ob sie ihre Tätigkeit überhaupt wegen der Schwangerschaft aufnehmen könne, ist ein solches Fragerecht in Zukunft wohl nicht mehr aufrecht zu erhalten. Es ist davon auszugehen, dass die Rechtsprechung des EuGH zu den Schwangeren entsprechende Anwendung auf Schwerbehinderte finden wird.

19 Vgl. Fußnote 17.

- Ein Fragerecht nach **Partei/Gewerkschaftszugehörigkeit** ist zwar grundsätzlich unzulässig, gehört aber nicht zu den Merkmalen des AGG und ist daher auch nicht entschädigungspflichtig nach diesem Gesetz.

Hinweis: Hier wird der Betriebsrat gefordert sein, darauf hin zu wirken, dass derartige Kriterien aus den Fragebögen entfernt werden.

Zulässig sind weiterhin Fragen, mit einer zulässigen unterschiedlichen Behandlung wegen beruflicher Anforderungen, der Religion/Weltanschauung oder des Alters einhergehen (§§ 8-10 AGG, Einzelheiten dort V 6 a-c.), also z.B. die Frage nach dem Alter, wenn das Rentenalter bereits absehbar ist und die Frage nach bestimmten Merkmalen z.B. Ethnie bei einem thailändischem Spezialitätenrestaurant aus Authentizitätsgründen.

(b) Einstellungsgespräche

■ **Besondere Mitbestimmung des Betriebsrats**²⁰

- Mitbestimmung durch Betriebsrat über § 94 II BetrVG, sofern allgemeine Beurteilungsgrundsätze im Betrieb zur Bewerberauswahl aufgestellt wurden.

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.

Zum zulässigen/unzulässigen Fragerecht bei Einstellung: s.o. bei Personalfragebögen, II. 1. a.bb.(a).

cc. Einstellungsentscheidung

■ **Besondere Mitbestimmung des Betriebsrats**²¹

- Mitbestimmung durch Betriebsrat über § 94 II BetrVG, sofern allgemeine Beurteilungsgrundsätze im Betrieb zur Bewerberauswahl (und somit zur Einstellungsentscheidung führen) aufgestellt wurden.

20 Zu den allgemeinen Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats im Rahmen der Einstellung: II 1.a.

21 Wie vor.

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. a. bb. (b).

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

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

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

Zulässig ist weiterhin, die- oder denjenigen einzustellen, die/der die besten Voraussetzungen aus Zeugnisnoten, Auslandserfahrung, Sprachkenntnissen und sog. Soft Skills wie Teamfähigkeit, 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. ein Interessenverband der türkischen Arbeitnehmer stellt bevorzugt türkische Männer ein. 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.

b. Durchführung des Arbeitsverhältnisses

aa. Vergütung, einschließlich Eingruppierung und Umgruppierung

■ **Besondere Mitbestimmung des Betriebsrats**²²

- 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

22 Zu den allgemeinen Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats im Rahmen der Einstellung: II 1.

und die **Zustimmung** des Betriebsrats zur Maßnahme einzuholen, vgl. § 99 Abs. 1 BetrVG.

- Der Betriebsrat hat im Rahmen der Eingruppierung/Umgruppierung und Ver-
setzung die **Zustimmung** zu verweigern, wenn eine Einstellung als sog. perso-
nelle Einzelmaßnahme gegen ein Gesetz (z.B. AGG) oder Tarifvertrag/Betriebs-
vereinbarung, dass z.B. das AGG umsetzt, verstößt, § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG.
- Richtlinien über die personelle Auswahl z.B. bei Umgruppierung, sog. Aus-
wahlrichtlinien, bedürfen der **Zustimmung** des Betriebsrats, vgl. § 95
Abs. 1 BetrVG.
- Der Betriebsrat hat gemäß § 87 I Nr. 10 BetrVG bei Fragen der betrieblichen
Lohngestaltung, insbesondere der Aufstellung neuer Entlohnungsgrundsätze
und der Einführung, Anwendung und Änderung von neuen Entlohnungsmetho-
den **mitzubestimmen**.
- **Gleiches gilt** gemäß § 87 I Nr. 10 BetrVG für die Festsetzung von Akkord- und
Prämiensätzen und vergleichbarer leistungsbezogener Entgelte einschließlich
der Geldfaktoren.
- Der Betriebsrat muss seine **Zustimmung** erteilen für die Aufstellung allgemei-
ner Beurteilungsgrundsätze, die zu einer vergütungsrelevanten Einstufung füh-
ren, § 94 Abs. 2 BetrVG.

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

Unzulässig ist

- Unterschiedliche Vergütung wegen des **Alters**, z.B. ungleiche Entlohnung bei
gleicher Ausbildung/Tätigkeit/Leistung *allein* wegen unterschiedlichen Alters
oder eines anderen Merkmals. Aber: zulässige unterschiedliche Behandlung z.B.
unterschiedliche Vergütung bei mehrjährigem, einschlägigem Erfahrungsvor-
sprung im Unternehmen im Vergleich zum Neueinsteiger.
- Entgeltsystem, das ein höheres Grundgehalt allein wegen der Bereitschaft zu
Überstunden oder wegen einer höheren örtlichen und zeitlichen Flexibilität vor-
sieht. Dadurch werden Frauen mittelbar benachteiligt (Benachteiligung wegen
des **Geschlechts**), da die vorgenannten Eigenschaften eher Männern (ohne Kin-
dererziehung) zugeschrieben werden. Unzulässig ist es auch, Sonderzulagen
von ununterbrochener Betriebszugehörigkeit/Anzahl der Arbeitsstunden abhän-
gig zu machen, womit Frauen als Mütter und Teilzeitbeschäftigte überdurch-
schnittlich häufig betroffen sind.

- Unterschiedliche Behandlung wegen sexueller Identität, wenn ein **Familienzuschlag** nur für verheiratete heterosexuelle Paare gezahlt werden soll²³. Dies gilt auch für den Fall, dass gleichgeschlechtliche Partner keine **Versorgungsansprüche** aus der betrieblichen Altersversorgung erwerben. Aber: zulässig sind Sozialleistungen, die an den Bestand einer **Ehe** anknüpfen, da sie dem rechtmäßigen (verfassungsgemäßen) Ziel der Förderung und Unterstützung von Familien und solchen Partnerschaften, die eine Familie werden können, dienen. **Zulässig** sind weiterhin benachteiligende Vergütungen, die im Rahmen des AGG zulässig sind (§§ 8-10 AGG, Einzelheiten dort V 6. a-c.), also z.B. die schlechtere Entlohnung eines älteren Arbeitnehmers bei gleicher Leistung/Qualifikation, wenn hierdurch z.B. nach langer Arbeitslosigkeit eine berufliche Wiedereingliederung ermöglicht wird.

Exkurs: Gleicher Lohn für gleiche Arbeit?

Bisher stellte dieser Grundsatz keine allgemeingültige Anspruchsgrundlage dar. Durch das AGG wird dieser Grundsatz aber gesetzlich in § 8 Abs. 2 AGG verankert. Somit besteht das Prinzip »Gleicher Lohn für gleiche 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.

bb. Arbeitsbedingungen

■ 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 Pausen sowie der Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage und hinsichtlich der vorübergehenden Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit.
- **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.

23 Vgl. VG Koblenz vom 14.09.2004 – 6 K 631/04.

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

Unzulässig

- Muslimin mit Kopftuch wird vom Kundenkontakt ausgeschlossen, weil 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**.

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 V 6. a-c.).
- 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.
- **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 6. d.

cc. Bildungswesen

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

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

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

Unzulässig ist

- Teilnahme an Umschulung setzt hervorragende Deutschkenntnisse voraus > Benachteiligung wegen **Ethnischer Herkunft**.
- Bei Umschulungsmaßnahmen 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 > Benachteiligung wegen des **Geschlechts** bzw. der **sexuellen Identität** (Familie).
- Weiterbildung unter Zuhilfenahme von Rollenspiel, 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 id.R. ältere Beschäftigte > Benachteiligung wegen des **Alters**.

Zulässig

- Ist ein unterschiedliches Bildungswesen, die mit einer zulässigen unterschiedlichen Behandlung wegen beruflicher Anforderungen, der Religion/Weltanschauung oder des Alters einhergehen (§§ 8-10 AGG, Einzelheiten dort V 6. a-c.).

- Bildungsmaßnahmen dürfen auf die fachlichen und persönlichen Qualifikationen des Beschäftigten abstellen.
- Bildungsmaßnahmen brauchen nur im Rahmen der tatsächlich vorhandenen Kapazitäten angeboten zu werden.

c. Personalentwicklung

■ Allgemeine Mitbestimmung des Betriebsrats bei Personalentwicklung²⁴

- Der Betriebsrat hat ein **Informationsrecht** und ein **Vorschlagsrecht** bzgl. der Personalplanung, § 92 Abs. 1 und 2 BetrVG.
- Darüber hinaus verfügt der Betriebsrat über ein **Beratungsrecht** hinsichtlich bestimmter Maßnahmen, §§ 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.

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 mit einzubeziehen ist.

aa. Versetzung

■ Besondere Mitbestimmung des Betriebsrats bei Versetzung²⁵

- 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

24 Daneben sind die jeweils gesondert aufgeführten besonderen Mitbestimmungsrechte im Bereich Versetzung, Beförderung zu beachten.

25 Zu den allgemeinen Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats im Rahmen der Versetzung: II 1.c.

ein Gesetz (z.B. AGG) oder Tarifvertrag/Betriebsvereinbarung, dass z.B. das AGG umsetzt, verstößt, § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG.

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

§ 95 Absatz 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 hingegen nach der Eigenart ihres Arbeitsverhältnisses **üblicherweise** nicht ständig an einem bestimmten Arbeitsplatz beschäftigt, so gilt die Bestimmung des jeweiligen Arbeitsplatzes nicht als Versetzung.

Hinweise:

- 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 1 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 Ausländerin auf einen schlechteren Arbeitsplatz, weil deutsch nicht als Muttersprache beherrscht wird, was aber für die konkrete Tätigkeit auch nicht erforderlich war > Benachteiligung wegen **Rasse/Ethnischer Herkunft**.
- Versetzung einer Arbeitnehmerin auf einen schlechteren Arbeitsplatz, weil diese wegen Kinderbetreuung keine Überstunden leisten kann > Benachteiligung wegen des **Geschlechts und sexueller Identität** (Familie).
- Versetzung eines sehbehinderten Menschen an einen Arbeitsplatz mit technischen Hindernissen > Benachteiligung wegen einer **Behinderung**.

- Versetzung eines älteren Arbeitnehmers an einen Arbeitsplatz, der ständigen Umgang mit technischen Neuerungen erfordert > Benachteiligung wegen des **Alters**.

Zulässig

- sind Versetzungen, die mit einer zulässigen unterschiedlichen Behandlung wegen beruflicher Anforderungen, der Religion/Weltanschauung oder des Alters einhergehen (§§ 8-10 AGG, Einzelheiten dort V 6. a-c).
- 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 auf Grund 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 6. d.

bb. Beförderung

Hier kann zunächst auf die Ausführungen zu den allgemeinen Mitbestimmungsrechten des Betriebsrates oben II 1. c. verwiesen werden.

Unzulässige Beförderungen nach Merkmalen:

- bevorzugte Beförderung von Männern auf Grund größerer Präsenz und damit Wahrnehmung > Benachteiligung wegen des **Geschlechts**.
- Teilzeitkräfte werden nur eingeschränkt befördert > Benachteiligung wegen des **Geschlechts**, weil Teilzeitkräfte überwiegend Frauen sind.
- 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 6. a-c.).
- 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 auf Grund 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 6. d.

d. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Ein Arbeitsverhältnis kann auf verschiedene Arten beendet werden: durch einseitige Erklärungen des Arbeitgebers, z.B. Kündigungen, aber auch durch Aufhebungsverträge oder automatisch z.B. bei befristeten Arbeitsverträgen oder sog. Altersgrenzenklauseln oder im Rahmen einer Betriebsänderung (Personalabbau).

aa. Kündigung

■ **Mitbestimmung des Betriebsrats**

- 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 z.B. widersprechen, wenn dies vertraglich z.B. in einer Betriebsvereinbarung, vereinbart wurde, vgl. § 102 Abs. 6 BetrVG, oder diese einer Auswahlrichtlinie widerspricht oder soziale Gesichtspunkte nicht (ausreichend) berücksichtigt wurden.

Hinweis: Nach vorliegend vertretener Ansicht findet das AGG volle Anwendung auch auf Kündigungen. Die insofern entgegenstehende Regelung des

§ 2 Abs. 4 AGG wird als europarechtswidrig abgelehnt und darf keine Anwendung finden. Näheres dazu, V 3.

Unzulässige Benachteiligungen nach Merkmalen²⁶

- Ein Mensch mit geistiger Behinderung erhält eine gleich lange Einarbeitungszeit wie ein Mensch ohne Behinderung. Der geistig Behinderte wird entlassen, weil er die Einarbeitungsphase überschritten hat > Benachteiligung wegen einer **Behinderung**.
- Die Überschreitung des 65. Lebensjahres rechtfertigt für sich allein keine Kündigung > Benachteiligung wegen des **Alters**.²⁷
- Einem älteren Arbeitnehmer wird gekündigt, weil dieser nicht den gleichen Akkordsatz erbringt wie ein junger Mensch > Benachteiligung wegen des **Alters**.
- Sozialauswahl im Rahmen des KSchG, bei der ältere Arbeitnehmer gegenüber jüngeren grundsätzlich bevorzugt werden > Benachteiligung wegen des **Alters**.²⁸

26 **Achtung:** es ist unbedingt darauf zu achten, dass der Arbeitgeber den Diskriminierungsschutz des AGG nicht durch vorgeschobene Begründungen umgeht. Dies könnte ihm leicht möglich sein, indem er sich für eine Umstrukturierung oder Änderung des Anforderungsprofils eine plausible Begründung ausdenkt, mit der Folge, dass dann die Kündigung des Arbeitnehmers ohne Überprüfung einer Diskriminierung möglich ist. Beispiel: Ein Arbeitgeber betreibt eine musikalische Bildungsstätte und beschließt ein neues Konzept, nach der die Bildungsstätte zukünftig von einer Person geleitet werden sollte, die ein abgeschlossenes musikpädagogisches Studium, Kenntnisse und Kontakte im Musikleben und der Zusatzqualifikation Kulturmanagement als abgeschlossenes Hochschulstudium und/oder Erfahrungen in der verantwortlichen Leitung einer Kultureinrichtung als Qualifikation aufweisen sollte. Der bisherige Leiter, der betriebsbedingt gekündigt wurde, erfüllte diese Qualifikationen nicht. Der Arbeitgeber konnte in diesem Fall die Umstrukturierung damit begründen, dass er den zeitgemäßen Anforderungen an eine derartige Einrichtung gerecht werden wollte. Damit führte die Neudefinition des Anforderungsprofils zum (selbst geschaffenen) Wegfall des Beschäftigungsbedarfs und damit zur gerechtfertigten, betriebsbedingten Kündigung. BAG-Urteil vom 07.07.2005, 2 AZR 399/04 = DB 2006, 341.

27 BAG-Urteil vom 28.09.1961, 2 AZR 428/60 = AP Nr. 1 zu KSchG Personenbedingte Kündigung, vgl. EU-RiLi 2000/78/EG.

28 Exkurs zum Verhältnis KSchG und Alter i.S.d. AGG

Bei betriebsbedingten Kündigungen nach dem KSchG, hat eine Sozialauswahl zu erfolgen, die neben den Kriterien Betriebszugehörigkeit, Unterhaltspflichten, Schwerbehinderung auch das Alter besonders mit berücksichtigt. Ein hohes Lebensalter wirkt dabei zugunsten des Arbeitnehmers.

Zwar regelt das AGG in § 10 Nr. 6, dass eine Berücksichtigung des Alters bei der Sozialauswahl unter einigen Voraussetzungen gerechtfertigt sei. Der Bundestag hat jedoch mit einem Antrag auf Gesetzesänderung vom 18.10.2006 (Verkündet am 12.12.2006) beschlossen, dass die Ziffern 6 und 7 AGG wegen eines redaktionellen Versehens zu streichen seien. Damit sind Sozialplanregelungen künftig nicht am AGG zu messen.

Möglicherweise könnte man die Berücksichtigung des Lebensalters im Rahmen einer Sozialauswahl als positive Maßnahme betrachten, durch die ein typischerweise gegebener Nachteil auf Grund des Alters ausgeglichen werden solle und die es in § 5 AGG erlaubt, unterschiedliche Behandlungen wegen dieses Merkmals vorzunehmen.

- Entlassung eines schwulen Mitarbeiters auf Grund einer HIV-Infektion > Benachteiligung wegen der **sexuellen Identität**.
- Nichteinbeziehung eines bekannt verpartnerten Lesbe im Rahmen der Unterhaltspflichten bei Sozialauswahl > Benachteiligung wegen der **sexuellen Identität**.

Zulässig

- sind Kündigungen, die mit einer zulässigen unterschiedlichen Behandlung wegen beruflicher Anforderungen oder des Alters einhergehen (§§ 8-10 AGG, Einzelheiten dort V 6. a-c.), insbesondere gemäß § 10 Nr. 5 eine Vereinbarung, die die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses zu einem Zeitpunkt vorsieht, zu dem der oder die Beschäftigte ein Rente wegen Alters beantragen kann, sog. Altersgrenzenklauseln.²⁹
- Der Arbeitgeber darf einem Homosexuellen wegen einer akuten AIDS-Erkrankung (NICHT: HIV-Infektion!) außerordentlich kündigen, wenn diese tatsächliche Auswirkungen auf die konkrete Tätigkeit hat > keine Benachteiligung wegen der sexuellen Identität oder Behinderung.
- Eine ordentliche personenbedingte Kündigung ist zulässig, wenn für einen ausländischen Arbeitnehmer eine Arbeitsgenehmigung erforderlich ist und diese aber nicht vorgelegt werden kann (z.B. wegen Verweigerung der Behörde, diese auszustellen oder Versagung der bisher vorliegenden Genehmigung) > keine Benachteiligung wegen der Rasse/ethnischen Herkunft.

Diese Argumentation ist in ihrer Pauschalität aber unzutreffend, da sie von der Prämisse ausgeht, dass der Benachteiligungsschutz wegen des Alters nur ältere Arbeitnehmer schützen soll. Dies widerspricht eindeutig der Zielrichtung des AGG (und der zugrunde liegenden Richtlinien), wonach der Benachteiligungsschutz wegen des Alters ausdrücklich in beide Richtungen wirken soll. Denn die Bevorzugung des älteren Arbeitnehmers wirkt unmittelbar als Benachteiligung des jüngeren Arbeitnehmers, der kein anderes Sozialauswahlkriterium erfüllt. Hier wird also abzuwarten sein, wie die Gerichte das Verhältnis von Sozialauswahl nach KSchG und AGG definieren. Der Intention des Europäischen Gesetzgebers folgend kann die Sozialauswahl des KSchG in ihrer bisherigen Ausprägung nicht mehr stattfinden.

Hinweis für die Praxis: Kündigungen, die gegen das AGG, z.B. wegen fehlerhafter Sozialauswahl durch Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer verstoßen, sind unwirksam wegen Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG.

Hierauf und auf seine Entschädigungspflicht sollte der Betriebsrat auf jeden Fall vor Ausspruch der Kündigung den Arbeitgeber hinweisen.

Nachtrag: Im Rahmen der Sozialauswahl werden zukünftig auch **Unterhaltspflichten** aus eingetragenen Lebenspartnerschaften nach dem LPartG Berücksichtigung finden müssen.

29 Die ebenfalls vormals als Rechtfertigung in Betracht kommenden Unkündbarkeitsregeln gemäß § 10 Nr. 7 sind durch Beschluss des ersten Änderungsgesetzes des Bundestages zum AGG vom 18.10.2006 (BT-Drs. 16/3007) aufgehoben.

- Eine Kündigung ist nach wie vor wegen mangelnder Eignung, die mit keinem Benachteiligungsmerkmal zusammenhängt, möglich.
- Eine Kündigung ist weiterhin auch wegen einer Erkrankung möglich, die zu häufigen Fehlzeiten geführt hat, wenn für die Zukunft weitere häufige Fehlzeiten zu erwarten sind und hierdurch der betriebliche Ablauf erheblich gestört wird > keine Benachteiligung wegen Behinderung.³⁰
- **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 6. d.

Praxishinweise für den Betriebsrat:

- Die Betriebsräte sollten ihr Augenmerk gerade auch auf den wichtigen Bereich der Kündigungen und der damit einhergehenden Diskriminierungsgefahren lenken. Sofern Kündigungen gegen das AGG verstoßen, sind die Betriebsräte gehalten, im Rahmen ihrer Mitbestimmungsrechte, z.B. Anhörung bei § 102 BetrVG oder Zustimmungsverweigerung bei Auswahlrichtlinien gemäß § 95 BetrVG, auf diesen Verstoß hinzuweisen und die Rechte der Arbeitnehmer wahrzunehmen, insbesondere die Arbeitnehmer auf Schadensersatz- und Entschädigungsmöglichkeiten gegenüber dem Arbeitgeber hinzuweisen.
- Kündigungen können nach dem KSchG wegen berechtigter Sozialauswahl (Achtung: problematisch ist das Kriterium Alter) wirksam sein, aber dennoch hinsichtlich der zusätzlichen Verwirklichung eines Diskriminierungsmerkmals nach dem AGG zu Entschädigungsansprüchen führen. Hier kann der Betriebsrat den Arbeitgeber zu einem Vergleich drängen, weil dieser sich regelmäßig nicht der der Höhe nach unbestimmten Haftung nach den Entschädigungsregelungen aus dem AGG unterwerfen möchte.
- Es ist immer auch die bisherige Rechtslage im Auge zu behalten und in jedem Einzelfall zu prüfen, ob es nicht für den Arbeitnehmer günstiger ist, sich (zunächst) auf diese zu stützen, um effektiver das angestrebte Ziel zu erreichen.

30 Kündigung wegen Krankheit stellt keine Diskriminierung wegen Behinderung im Sinne der Gleichbehandlungsrichtlinie dar: EuGH-Urteil vom 11.7.2006, NZA 06, 839.

Beispiel: Es kann im Einzelfall aus Sicht des Arbeitnehmers sinnvoller sein, sich auf eine Ungleichbehandlung nach BetrVG zu berufen und sich auf Grund dieser Ungleichbehandlung beim Betriebsrat gemäß § 85 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 Betriebsrates 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.

- Im Falle eines Prozesses, bei dem die Gegenseite sich auf die Unanwendbarkeit des AGG im Bereich einer Kündigung beruft und daher z.B. Entschädigungszahlungen verweigert, kann beantragt werden, dass das nationale Gericht die Sache gemäß § 234 EG zur **Vorabentscheidung** dem **EuGH** vorlegt. Der EuGH würde dann über die Anwendbarkeit des § 2 Abs. 4 AGG im deutschen Recht vorab entscheiden. Hierbei ist allerdings neben den prozessualen Besonderheiten³¹ zu beachten, dass derartige prozessuale Maßnahmen viel Zeit in Anspruch nehmen und damit das Verfahren erheblich verzögern würden. Daher sollte die Vorlage zum EuGH stets nur die ultima ratio darstellen. Vorab sollte versucht werden, das Gericht anhand der Motive (Erwägungen) zu den Europäischen Richtlinien zu überzeugen. Diese Motive finden sich im Amtsblatt vor dem jeweiligen Richtlinienentwurf.³²

bb. Andere Beendigungsformen

Arbeitsverhältnisse können außer durch einseitige Erklärung des Arbeitgebers (Kündigung) oder einer gemeinsamen Erklärung beider Seiten (Aufhebungsverträge) auch automatisch, z.B. durch Befristungen oder sog. **Altersgrenzenklausel** enden.

31 Das nationale Gericht muss dem Vorlageantrag nicht folgen, es hat insofern eine eigene Entscheidungskompetenz; darüber hinaus ist ein Vorlageantrag unzulässig, wenn der EuGH einen ähnlichen Antrag bereits beschieden hat.

32 http://eur-lex.europa.eu/RECH_menu.do

Bei Altersgrenzenklauseln findet das Arbeitsverhältnis mit Renteneintritt sein Ende. Derartige Klauseln sind bisher in Arbeitsverträgen üblich und zulässig.

Da der Gesetzgeber diesen Fall ebenfalls ausdrücklich in § 10 Nr. 5 AGG geregelt hat, wird sich die diesbezügliche Praxis der starren Altersgrenzen zunächst wohl nicht ändern.³³

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 nach dem Kündigungsschutz 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.

cc. Personalabbau

■ 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 Unternehmer 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.³⁴

- 33 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.
- 34 Zum Themenkreis Mitbestimmung des Betriebsrats bei Betriebsänderungen liegt von der Autorin eine weitere Broschüre 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;
- Grundlegende Änderung der Betriebsorganisation, des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen;
- Einführung neuer Arbeitsmethoden oder Fertigungsverfahren.

Die Betriebsräte sind dann gehalten, die Rechte der Beschäftigten im Rahmen der Interessenausgleiche oder Sozialpläne wahrzunehmen. 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.

Dabei wird besonderes Augenmerk auf den Personalabbau unter Berücksichtigung einer Sozialauswahl – unter Umständen unter Zuweisung von Punkten nach einem Punktekatalog- zu legen sein. Zusätzlich kann auf die Ausführungen zur Kündigung nach dem KSchG verwiesen werden, II 1. d. aa.

Unzulässig

- ist der generelle Vorrang des höheren Lebensalters im Rahmen einer Sozialauswahl (auch Punktetabelle), vgl. dazu ausführlich Fußnote 28.
- 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.

Zulässig

- Ist der Personalabbau, der mit einer zulässigen unterschiedlichen Behandlung wegen des Alters einhergeht (§ 10 AGG, Einzelheiten dort V 6. a-c.), insbeson-

dere § 10 Nr. 8, wonach Differenzierungen in Sozialplänen zulässig sind, 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.

2. »NEUE« BETEILIGUNGSRECHTE AUS DEM AGG

Im Folgenden soll festgestellt werden, inwiefern den Beschäftigten neue Rechte und dem Betriebsrates neue Beteiligungsrechte aus dem AGG erwachsen.

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

a. Pflichten des Arbeitgebers

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

aa. Organisationspflichten

Organisationsmaßnahmen sind in der Regel mitbestimmungspflichtig gemäß § 87 Abs1 Nr. 1 BetrVG.

(1) Ausschreibung

§ 11 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 schon geläufig sein, vgl. im Übrigen oben: Stellenausschreibung II 1. a. aa.

(2) Maßnahmen und Pflichten

§ 12 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.³⁵

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

Trotzdem haben die Größe des Betriebes und die rechtlichen Möglichkeiten des Arbeitgebers Berücksichtigung zu finden.³⁶

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

§ 12 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 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.

Die Sanktionen gegen Beschäftigte, wozu auch die Führungsebene gehört, werden exemplarisch aufgeführt. Hiernach sind insbesondere Abmahnungen, Umsetzungen, Versetzungen oder Kündigungen auszusprechen.

³⁵ Vgl. BT-Drs. 16/1780, S. 37.

³⁶ BR-Drs. 329/06, S. 28.

Achtung: Diese Aufzählung ist nicht abschließend. Als weitere Maßnahmen sind Ermahnung, ein gezieltes Training (Nachhilfe) oder sonstige organisatorische Maßnahmen denkbar.

Werden Benachteiligungen durch **Dritte**, z.B. Lieferanten, Kunden, Gäste oder Sonstige ausgeübt, ist der Arbeitgeber ebenso zu den geeigneten, erforderlichen und verhältnismäßigen Maßnahmen verpflichtet.

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

- 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 und Vertragsstrafen für den Fall von Benachteiligungen vorsieht.

bb. Information (Schulung)

§ 12 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 und nennt die berufliche Aus- und Fortbildungen nur beispielhaft.

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.

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.

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

Dies führt aber nur dazu, dass der Beschäftigte keinen materiellen Schadensersatz (§ 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 durchzu-

führen. Dies ergibt sich aus den Absätzen 3 und 4, auf die § 12 Abs. 2 S.2 AGG gerade nicht verweist.

Betriebsratsschulungen: Auch und 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 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 Betriebes für jedermann zugänglich ausgelegt werden. Es kommen aber auch **sonstige übliche Kommunikationsmittel** des Betriebes in Betracht, wie z.B. das Intranet.

Wichtig ist jedoch, dass jeder Beschäftigte und Arbeitgeber Kenntnis erlangen kann und dass er hierfür keinen besonderen Aufwand betreiben muss, z.B. Vorgesprache beim Chef, um an Schlüssel zu gelangen, mit dem er in den Schulungsraum eintreten kann, in dem das AGG ausliegt.

cc. Beschwerdestelle schaffen

§ 13 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.

Die **zuständige Stelle** bestimmt der Arbeitgeber.

Dies kann die Personalabteilung, ein Vorgesetzter, eine Gleichstellungsbeauftragte oder auch eine betriebliche Beschwerdestelle, z.B. der Betriebsrat sein.

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.

Hinweis: Bei dieser Festelegung sollte der Betriebsrat im Rahmen seiner Möglichkeiten darauf hinwirken, dass er selbst zur zuständigen Stelle erklärt wird.

Hierfür spricht, dass er auch schon für die Entgegennahme von Beschwerden nach § 84,85 BetrVG zuständig ist und insofern die organisatorischen und personellen Mittel zur Funktion als Beschwerdestelle nach dem AGG schon mitbringt.

dd. Maßregelungsverbot

§ 16 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 herangezogen werden, die diese Beschäftigten berührt. Absatz 1 Satz 2 gilt entsprechend.
- (3) § 22 gilt entsprechend.

Dieses Maßregelungsverbot, das schon aus § 612 a 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, Einzelheiten s.o. Beschwerde, Leistungsverweigerungsrecht II 2. b. aa./bb.

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

ee. Kooperation und Soziale Verantwortung

§ 17 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** hinzuarbeiten, 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, dass Unternehmen, die Diversity konsequent und umfassend verfolgen, zu den begehrtesten Arbeitgebern zählen.³⁷

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

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

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 Pro-

37 Vgl. Stuber, S. 194ff.

duktivität. Das bewusste Eintreten für eine benachteiligungsfreie Beschäftigungswelt ist damit auch eine Frage der wirtschaftlichen Vernunft.³⁸

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 (finanziellem) Nutzen sein kann. Argumenten wie höherer Produktivität und damit verbunden höheren Umsätzen durch ein besseres Arbeitsklima wird sich sicherlich kein Arbeitgeber verschließen wollen.

b. Rechte der Beschäftigten

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

aa. Beschwerde

§ 13 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 schaffen II 2 a. cc.

Die Beschwerde ist zu **prüfen** und der Beschäftigten 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.

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

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 sie abgelehnt, bedarf es einer Begründung.³⁹

Das Beschwerderecht beruht auf rein subjektiven Wahrnehmungen. Daher reicht es aus, dass der Beschäftigte sich **benachteiligt fühlt**.

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**.

bb. Leistungsverweigerung

§ 14 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 auf Grund von § 273 BGB geltend gemacht werden.

Nach dem Wortlaut soll ein Leistungsverweigerungsrecht nur **im Einzelfall** bestehen, wenn es (unbedingt) zum Schutz des Beschäftigten erforderlich ist. 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.

39 Buschmann in Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, § 84, Rn. 15 f.

Achtung: Wann keine oder offensichtlich ungeeignete Maßnahmen zur Unterbindung einer (sexuellen) Belästigung vorliegen, kann rechtssicher im Vorfeld einer gerichtlichen Auseinandersetzung nicht festgestellt werden. Der Beschäftigte, der die Leistung verweigert, trägt 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. b. aa.

cc. Entschädigung und Schadensersatz

Die EU-Mitgliedstaaten sollen wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen für den Fall vorsehen, dass gegen die aus den Richtlinien erwachsenden Vorschriften verstoßen wird.⁴⁰

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.⁴¹

§ 15 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.

40 EU-RiLi 2000/43/EG, Nr. 26 der Erwägungen.

41 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.

(a) Schadensersatz

Absatz 1 regelt den sog. **materiellen** Schadensersatz, d.h. die Wiedergutmachung eines Schadens in Geld.⁴²

Voraussetzungen sind:

- Verstoß gegen Benachteiligungsverbot
- unmittelbarer Zusammenhang zwischen Schaden und schädigendem Verhalten (»hierdurch«)
- Verschulden⁴³ des Arbeitgebers (»zu vertreten«) bedeutet vorsätzliches oder fahrlässiges Verhaltens, Beweislast für Verschulden liegt beim Arbeitgeber

Der Arbeitgeber haftet nicht nur für eigenes Verschulden, sondern auch für fremdes, nämlich das seiner 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.⁴⁴

- geldwerter, materieller Schaden, keine Haftungshöchstgrenze!

Daneben kommen weitere Ansprüche in Betracht.⁴⁵

Beispiel: Bewerben sich zwei Arbeitslose auf eine Stelle als Verkäufer und stellt sich heraus, dass der eine Verkäufer zwar objektiv besser geeignet ist und einzustellen gewesen wäre, aber homosexuell ist, was den Arbeitgeber 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

42 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.

43 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 Regelung könnte gegen das Verschlechterungsverbot des europäischen Gesetzgebers verstoßen.

44 Macht sich der Arbeitgeber also die Vorteile einer Arbeitsteilung zunutze und bedient sich zur Erfüllung seiner Personalführungspflicht der Hilfe anderer Personen, so muss er auch das Risiko tragen, für deren Fehler einzustehen, vgl. Grundmann in Münchener Kommentar, § 278, Rn. 3. Hiervon kann sich der Arbeitgeber auch nicht durch Schulungen seiner Führungskräfte befreien, vgl. Gaul, Aktuelles Arbeitsrecht, S. 5 (17).

45 § 331 Abs. 2 BGB aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen, § 280 BGB schuldhafter Pflichtverletzung, § 1004 BGB Unterlassungsansprüche wegen Persönlichkeitsverletzung sowie materielle Schadensersatzansprüche aus §§ 252, 823 BGB.

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, sofern er keine andere Anstellung mehr findet, einen Anspruch bis ins Rentenalter.

(b) Entschädigung

Dem Arbeitnehmer wird daneben auf Grund der Benachteiligung nach dem AGG aber regelmäßig auch ein Schaden entstehen, der nicht Vermögensschaden ist, 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 wird sich an der Schwere⁴⁶ der Benachteiligung orientieren.

Achtung: Der Anspruch auf Entschädigung besteht **verschuldensabhängig**, d.h. der Arbeitgeber kann sich nicht darauf berufen, von der Benachteiligung nichts gewußt zu haben oder sie nicht gewollt zu haben.⁴⁷

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.⁴⁸

46 Kriterien für die Bemessung werden insbesondere sein: Art, Häufigkeit, Intensität, Auswirkungen, Folgen, evtl. Mitverschulden. Werden mehrere Merkmale verletzt, wird die Entschädigung höher ausfallen müssen.

47 Der Gedanke der Verschuldensunabhängigkeit der Haftung beruht auf der Rechtsprechung des EuGH. Danach steht die Richtlinie 76/2007/EWG einer innerstaatlichen gesetzlichen Regelung entgegen, die für einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Diskriminierung die Voraussetzungen des Verschuldens aufstellt, vgl. EuGH Urteil vom 22.04.1997, C-180/95 = NZA 1997, 645.

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

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

Daraus folgt im Umkehrschluss, dass die Höhe der Entschädigung in allen anderen Fällen **unbeschränkt** ist.

Die Praxis wird zudem zeigen, ob die Beschränkung auf drei Monatsgehälter bei Nichteinstellung der Rechtsprechung des EuGH standhalten wird, da zumindest zweifelhaft sein könnte, ob damit der Anforderung nach abschreckenden Sanktionen ausreichend Rechnung getragen wird.

(c) Ausnahme

Bei der Anwendung kollektivrechtlicher Vereinbarungen ist der Arbeitgeber gemäß § 15 Abs. 3 nur dann zur Entschädigung verpflichtet, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig⁴⁹ handelt.

Praxishinweis: Hier sollte den Betriebsräten daran gelegen sein, Betriebsvereinbarungen, insbesondere auch Auswahlrichtlinien und Sozialpläne, auf Diskriminierungen hinzu überprüfen und nachzubessern.

(d) Frist

Schadensersatzansprüche, die wegen einer Benachteiligung nach AGG geltend gemacht werden sollen, unterliegen **Ausschlussfristen**.⁵⁰

Im Rahmen des AGG sind zwei Fristen zu beachten:

1. Die Frist zur Geltendmachung des Schadensersatz/Entschädigungsanspruchs gegenüber dem Arbeitgeber gemäß § 15 Abs. IV AGG beträgt **zwei Monate**.⁵¹

49 Grobe Fahrlässigkeit bedeutet die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt in besonders schwerem Maße.

50 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.

51 Hinsichtlich der Geltendmachung von Ansprüchen wegen Benachteiligung des Geschlechts stellt die 2-Monatsfrist eine unzulässige, und damit europarechtswidrige Verschlechterung im Vergleich zur vorherigen Rechtslage dar, vgl. § 611 a BGB: 3 Monate.

- Diese Frist darf nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers nicht verkürzt werden,⁵² wohl aber durch Tarifvertrag/Betriebsvereinbarung verlängert.
 - Die Geltendmachung muss **schriftlich** erfolgen.
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.

Hier ist zu beachten, dass der Arbeitgeber Fristbeginn beweisen muss, d.h. er muss den Zugang der Ablehnung gerichtsfest dokumentiert haben. Dies wird ihm mittels normalen Brief 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.

Praxistipp: Im Zweifel sollte daher auch bei einer Verfristung der Anspruch geltend gemacht werden, in der Hoffnung, dass die Gegenseite den Zugang nicht nachweisen kann.

52 BT-Drs. 16/1780, S. 53.

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 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.

Daher sollte der Beschäftigte auf die Möglichkeit der Erlangung einer Entschädigung/Schadensersatz hingewiesen werden und auch darauf, dass er diesen Anspruch selbst (bzw. über einen Rechtsanwalt) geltend machen muß. Hier ist zugleich auf den Lauf der Frist von nur 2 Monaten für die Geltendmachung des Anspruchs gegenüber dem Arbeitgeber hinzuweisen.

2. DURCH BETRIEBSRAT/GEWERKSCHAFT

Der Betriebsrat wird weiterhin nur tätig im Rahmen seiner Überwachungspflichten aus §§ 75, 80 Nr. 1 BetrVG bezüglich gesetzlicher Vorschriften, wozu auch das AGG zählt und 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.

§ 17 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 Betriebsrates* bezeichnet wurde.

Folgende Voraussetzungen gelten:

- Es müssen die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 S. 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.
- Es muss ein **grober Verstoß** des Arbeitgebers gegen die **Vorschriften aus dem AGG** vorliegen. Ein *grober* Verstoß dann vorliegt, wenn dieser objektiv erheblich und offensichtlich schwerwiegend ist.⁵³ Dies kann bereits bei einem einmaligen Verstoß der Fall sein oder es können sich wiederholte leichte Verstöße zu einem groben Verstoß summieren.⁵⁴
- Die **dort genannten Rechte** (§ 23 Abs. 3 BetrVG) kann der Betriebsrat geltend machen. Dazu bedarf es keiner Zustimmung des Betroffenen.⁵⁵ Diese bestehen darin, beim Arbeitsgericht einen Antrag auf Unterlassung, Duldung oder Vornahme einer Handlung zu stellen.
 - Dem Arbeitgeber kann aufgegeben werden, eine gegen das AGG verstößende Einstellungspraxis zu unterlassen, wonach bestimmte Merkmalsträger nicht eingestellt werden oder
 - die vom AGG ausdrücklich erlaubte Handlung der Ausübung des Beschwerderechts zu dulden oder

53 BAG vom 29.2.2000, AP Nr. 44 zu § 87 BetrVG.

54 BAG vom 14.11.1989 – 1 ARB 87/88, EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 85; BAG vom 16.07.1991 – 1 ARB 69/90, EzA § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 48.

55 Sogleich wird eine aufgedrängte Rechtsfürsorge vermutet von Klumpp, NZA 2006, 904 (905).

- vom AGG ausdrücklich vorgesehene Handlungen wie z.B. erforderliche Maßnahmen nach § 12 Abs. 2 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 Betriebsrates/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.

What' new?

Von dem viel diskutierten neuen Klagerecht des Betriebsrates 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 dieser verweist ohne sonstige Erweiterung auf die bereits bestehenden Rechte aus § 23 III BetrVG.

Insbesondere verfügt der Betriebsrat über **keine eigenen Klagerechte** zugunsten des Beschäftigten, z.B. zur Geltendmachung einer Entschädigung für einen Beschäftigten. Dies wird im Gesetz ausdrücklich geregelt.

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

a. Außergerichtliche Möglichkeiten

Grundsätzlich sollte den Betriebsräten immer daran gelegen sein, sich außergerichtlich zu einigen.⁵⁶ Zu bedenken ist nämlich, dass Gerichtsverfahren Unwägbar-

56 So auch Busch, AiB 2006, 400 (401).

keiten bergen (Erfolgsaussichten können vorher nicht sicher bestimmt werden) und sehr zeit- und kostenintensiv sind.

Vor allem das Zeitargument steht einer praxisorientierten Lösung meist im Wege, denn bis zur gerichtlichen Klärung einer Streifrage 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-Relation abgewogen werden und in Betracht gezogen werden, ob ein weiterer Versuch der gütlichen Einigung nicht doch Erfolg versprechender ist.

Praxishinweis: In manchen Fällen wird es opportun sein, den Arbeitnehmer, der sich bisher nicht über die Benachteiligung beim Betriebsrat beschwert hat, dahin gehend zu motivieren, dies zu tun. Dann kann der Betriebsrat über seinen Beschwerdeanspruch aus § 85 BetrVG dem Arbeitnehmer zur Seite stehen.

b. 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.

Das Klagerecht des Betriebsrates ergibt sich aus § 23 Abs. 3 BetrVG i.V.m. § 17 Abs. 2 AGG, hierzu oben ausführlich Durchsetzung der Rechte unter III.

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

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 allerdings in der Praxis – gerade im Verhältnis Unternehmer-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 Frauen grundsätzlich nicht einstellt, sich von Schwerbehinderten nichts als Schwierigkeiten mit dem Integrationsamt erwartet und Ausländer schneller kündigt als anderen Arbeitnehmern.

Diese Schwierigkeiten, die oftmals dazu führen würden, dass ein Beweis nicht möglich ist und damit der Anspruch nicht entsteht, hat der Gesetzgeber erkannt⁵⁷ 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 vorliegen.

Voraussetzung ist also: Die eine Partei muss Indizien beweisen.⁵⁸ 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).

Beispiel: Nichteinstellung, Schlechtergruppierung, Kündigung, Zuweisung niedriger Tätigkeiten etc.

Beweismittel sind die üblichen Mitteln der ZPO, also insbesondere Zeugenaussagen, Vorlegen von Urkunden, Aussagen des Betroffenen, Sachverständigen-gutachten, Inaugenscheinnahme durch Gericht.

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

Für das Gericht ausreichend ist eine *leicht überwiegende Wahrscheinlichkeit* der Diskriminierung.⁵⁹

Beispiele:

■ Stellenanzeige, die nur ein Geschlecht anspricht wurde schon vor Einführung des AGG als Indiz für eine Diskriminierung angesehen.

57 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.

58 Der Gesetzgeber wollte durch die Formulierung *Indizien beweisen* anstelle von *Tatsachen glaubhaft* 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.

59 BAG vom 15.02.2005 in NZA 2005, 870 (872).

- 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.
- 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.

Eine **Beweislastumkehr** bedeutet dies 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 trägt der Arbeitgeber dann die volle Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligungen vorgelegen hat.

Dies bedeutet:

aa. Der Arbeitgeber kann den Gegenbeweis antreten, dass eine Schlechterbehandlung nicht vorlag. Beispiel: Eine behauptete Versetzung liegt als solche gar nicht vor, weil der Arbeitgeber ordnungsgemäß von seinem arbeitsrechtlichen Weisungsrecht Gebrauch gemacht hat.

bb. Sofern ihm der Gegenbeweis zu aa. 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. 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/s Bestqualifizierten schwerlich gelingen.

IV. FAZIT/AUSBLICK

Das AGG enthält einige erfreuliche Erneuerung insbesondere durch die Ausweitung des bisherigen Diskriminierungsschutz auf alle wesentlichen Merkmale und eine Erleichterung der Beweislast im gerichtlichen Verfahren.

Gleichzeitig soll zukünftig 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.

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 werden, weil sie sich strikt an vorgegebene Schmerzensgeldtabellen zu halten versuchen werden.

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.

Diejenigen die am häufigsten diskriminiert werden, sind auch meist die mit den schlechtesten Jobs und der schlechtesten Bezahlung, z.B. Ausländer(innen) in einfachen Jobs, Teilzeitkräfte etc. Die Entschädigungen bei Nichteinstellungen des Schlechterqualifizierten (vgl. § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG: maximal drei Monatsgehälter) fallen allerdings in der Regel so gering aus, dass davon neben den Anwaltskosten nicht mehr viel übrig bleibt. Dies führt dazu, dass Geringverdiener und Teilzeitbeschäftigte für die erlittene Demütigung geringer entschädigt werden als andere.⁶⁰

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. Hier dürfte recht bald wieder die EU zum Zuge kommen und Nachbesserungen beim deutschen Gesetzgeber verlangen.

60 Vgl. zu dieser Problematik auch, Busch, AiB 2006, 331.

V. ANHANG I: 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 AGG. Demnach dürfen Beschäftigte nicht wegen eines in § 1 AGG genannten Merkmals benachteiligt werden.

§ 7 AGG Benachteiligungsverbot

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. ZIELE

Ziel des AGG in § 1 ist es, Benachteiligungen⁶¹ aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität verhindern oder beseitigen.

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

61 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 indessen aber auch Fälle der zulässigen unterschiedlichen Behandlung, wie die Rechtfertigungsgründe der §§ 5, 8, 9, 10, 20 AGG zeigen.

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

Beispiele:

1. Einem vermeintlich Homosexuellen wird gekündigt, weil eine derartige Ausrichtung von der überwiegenden Anzahl der Kunden eines Modegeschäftes nicht akzeptiert würde und der Arbeitgeber daher Umsatzeinbußen befürchtet. Tatsächlich ist aber der Verkäufer gar nicht schwul, die Verkäuferin gar nicht lesbisch.
 2. Ein vermeintlich Schwerbehinderter wird nicht eingestellt, weil der Arbeitgeber eine Zusammenarbeit mit dem Integrationsamt ablehnt. Tatsächlich ist der abgelehnte Bewerber jedoch nur zu 10% behindert.
- Verhältnis zu anderen Vorschriften, s.o. I. 2. e.

2. DIE VERPÖNTEN MERKMALE

Die in § 1 benannten Merkmale bezeichnet man auch als verpönte Merkmale. Nachfolgend soll 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.⁶² Bei der Rasse handelt es sich wohl um eine Menschengruppe, die auf Grundlage bestimmter, als unabänderlich und angeboren empfundener Merkmale von Außenstehenden als anders wahrgenommen wird.⁶³ Entscheidend kommt es auf die subjektiven Vorstellungen des Diskriminierenden, also seine rassistischen Motive, an. Im Zweifel ist der Schutzbereich weit auszulegen, so dass jedes Merkmal, das im Allgemeinen mit einer bestimmten Rasse in Verbindung gebracht wird oder werden kann, hierzu zählt.⁶⁴ Beispiele schwarze Hautfarbe, asiatische Augenformen, Haarkrausen.

62 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.

63 Vgl. Stork, ZEuS 2005, 1, 12 m.w.N.

64 Durch den Schutz der Rasse/Ethnie werden nicht die bestehenden Vorschriften zur Staatsangehörigkeit betroffen, z.B. Einreisebestimmungen, Drittländerregelung. Diese Feinunterscheidung dürfte aber im Verhältnis Arbeitgeber-Arbeitnehmer stets zu vernachlässigen sein.

- **Ethnische Herkunft** Der Gesetzgeber enthält eine 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.⁶⁵

- Der Begriff Ethnie ist nicht gleichzusetzen mit Nationalität, so dass 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.

- **Geschlecht** Dieses Merkmal betrifft die Unterscheidung von Männern und Frauen.⁶⁶ 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 Frauen in höherem Alter. Frauen sind also besonders häufig Opfer mehrfacher Diskriminierung.

- **Religion und Weltanschauung**

Der Begriff **Religion** meint alle Vereinigungen, die sich mit der umfassenden Deutung der menschlichen Existenz im Diesseits und Jenseits beschäftigen.⁶⁷ Problematisch dürfte auch hier 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.

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.

65 Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form der Rassendiskriminierung (CERD) vom 07.03.1966, BGBl. 1969 II, 961.

66 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.

67 Vgl. Link, ZevKR, 50, 403 ff. zum kirchlichen Arbeitsrecht.

- **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 Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweicht und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft beeinträchtigt.⁶⁸

Achtung: Behindert ist nicht gleichzusetzen mit *schwer behindert* (mindestens 50% Grad der Behinderung (GdB)) oder gleichgestellt (mindestens 30% GdB, aber weniger als 50%) im Sinne des § 2 Abs. 2 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.⁶⁹ 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.

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 Antirassismusrichtlinie und erfasst homosexuelle Männer und Frauen ebenso wie bisexuelle, transsexuelle oder zwischengeschlechtliche Menschen.

Beispiele: Gleichgeschlechtliche Paare, Transvestiten, Hermaphroditen.

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.

68 Urteil des EUGH vom 11.07.2006 C-13/05: Einer Person, der von ihrem Arbeitgeber ausschließlich wegen Krankheit gekündigt worden ist, kann sich nicht auf Diskriminierung wegen Behinderung im Sinne der EU-Richtlinie 2000/78/EG berufen.

69 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.

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 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.

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

■ **Kündigungen**

Für Kündigungen gelten ausschließlich⁷⁰ die Bestimmungen zum allgemeinen⁷¹ und besonderen⁷² Kündigungsschutz.

Die wortwörtliche Anwendung dieser Vorschrift hätte die Konsequenz, dass Kündigungen z.B. nach dem KSchG objektiv wirksam wären, obwohl sie gleichzeitig gegen das AGG verstoßen könnten. Da die Vorschrift *ausschließlich* gelten soll, könnte der betroffene Arbeitnehmer daneben keinen Schadenersatz oder Entschädigung nach dem AGG wegen Diskriminierung geltend machen. Ein wesentlicher Bereich der möglichen Diskriminierungen bliebe weiterhin ungesühnt, weil der

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

71 Sozialauswahl nach § 1 KSchG, § 626 BGB, aber auch §§ 138, 242 BGB.

72 Vorschriften zum Schutz von Schwangeren, Behinderten etc.

Arbeitnehmer kein wirksames Druckmittel (Entschädigungsforderung) zur Hand hätte.⁷³

Ein solches Ergebnis steht aber nicht im Einklang mit den zwingenden Vorgaben aus den Europäischen Richtlinien.⁷⁴

Die Richtlinien ergreifen ausdrücklich auch die Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses.⁷⁵

In der praktischen Anwendung bedeutet dies, dass die nicht genügend umgesetzte Norm **richtlinienkonform auszulegen**⁷⁶ ist. Wenn eine richtlinienkonforme Auslegung nicht möglich ist, darf jedoch die dem Gemeinschaftsrecht entgegenstehende Norm nicht angewendet werden.⁷⁷

Dies hat zur Folge, dass § 2 Abs. 4 AGG keine Anwendung finden darf und somit **nichtig** ist, da die Herausnahme der Kündigungen aus dem Schutzbereich des AGG dem Ansinnen des Europarechtsgesetzgebers widerspricht, einen umfassenden wirksamen Diskriminierungsschutz zu gewährleisten und die tatsächliche Umsetzung der Antidiskriminierung durch abschreckende und wirksame Sanktionen zu gewährleisten.

- Leistungen nach dem **Sozialgesetzbuch** und die **betriebliche Altersvorsorge**
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.

73 Zwar könnte er – wie bisher auch – sich wegen der Diskriminierungen auf die allgemeinen Vorschriften des BGB stützen (z.B. Verstoß gegen Treu und Glauben, § 242 BGB) und so auf eine Unwirksamkeit der Kündigung dringen. Wollte der Arbeitnehmer aber daneben Entschädigung verlangen, so wäre ihm dies nur unter den erschwerten Bedingungen des allgemeinen Rechts möglich (insbesondere Vollbeweis durch Arbeitnehmer für die Diskriminierung und die Kausalität zwischen Diskriminierung und Kündigung sowie Nachweis des geltend gemachten Schadens).

74 So auch, Perreng/Nollert-Borasio, AiB 2006, 459 (460) sowie Busch, AiB 2006, 467.

75 EzGH (11.07.2006), NZA 2006, 839 – Chacón Navas.

76 Der EuGH bejaht in ständiger Rechtsprechung eine sehr weitgehende Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung. Danach müssen die nationalen Gerichte »die Vorschriften wie möglich so auslegen, dass sie im Einklang mit den Zielen der Richtlinie angewandt werden können«, vgl. EuGH vom 05.10.2004, NZA, 2004, 1145 – Pfeiffer und EuGH vom 22.11.2005, NZA 2005, 1345 – Mangold-.

77 EuGH NJW 1971, 343 (Internationale Handelsgesellschaft).

Entsprechend dem oben Gesagten dürfte auch hier die Ausnahme der betrieblichen Altersvorsorge aus dem AGG europarechtliche Bedenken auslösen, insbesondere da die Richtlinien ihrem Wortlaut nach auch für die betriebliche Altersvorsorge gelten sollen und das BetrAVG selbst keine Antidiskriminierungsregeln enthält.

4. ARTEN DER DISKRIMINIERUNG

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

a. 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**.

Die Benachteiligung muss gerade wegen des Merkmals Rasse, Ethnie etc. erfolgt sein, d.h. es muss ein 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.

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.

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 bevorsteht

Beispiele für unmittelbare Benachteiligungen:

- Muslimin mit Kopftuch wird deswegen vom Kundenkontakt ausgeschlossen > Benachteiligung wegen der **Religion bzw. Ethnie**.
- Ein Programmierer wird auf Grund seiner Lähmung schlechter entlohnt als nicht behinderte Kollegen > Benachteiligung wegen einer **Behinderung**.
- Bewerberinnen bei einer Fluggesellschaft erhalten ohne weitere Prüfung eine Absage, wenn sie älter als 40 Jahre als sind > Benachteiligung wegen des **Alters**.
- Sonderurlaub wird für den Tag der Eheschließung, aber nicht für den Eintrag der Lebenspartnerschaft gewährt > Benachteiligung wegen der **sexuellen Identität**.

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.

Achtung: Die Schlechterstellung von Frauen im Zusammenhang mit ihrer Schwangerschaft oder Mutterschaft stellt schon nach ständiger Rechtsprechung des EuGH eine unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts dar.⁷⁸

b. 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.

78 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 gleichwertigen Arbeitsplatz

aa. 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.

Wie im Fall der unmittelbaren Benachteiligung kommt es auch hier 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«.

bb. Für die Feststellung mittelbarer Benachteiligungen muss ein Vergleich durchgeführt werden »**gegenüber anderen Personen benachteiligen**«.

Zu vergleichen 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. Dabei ist darauf zu achten, dass die Gruppen ausreichend groß sind, damit nicht Zufälligkeiten und konjunkturelle Schwankungen die Statistik verfälschen.⁷⁹

Hierfür werden die statistischen Verfahren⁸⁰ wie auch schon im Rahmen des § 611a BGB eine besondere Rolle spielen, sind jedoch keine Voraussetzung. Ausreichend ist der hypothetische Vergleich.

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.⁸¹ Diese gefestigte EuGH-Rechtsprechung wird entsprechend auch auf die anderen Merkmale des AGG Anwendung finden müssen. Sind also von den Folgen einer Maßnahme des Arbeitgebers typischerweise überwiegend Ausländer oder

79 Schlachter in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 611a Rn. 15.

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

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

Frauen, nur 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**.
- 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.

cc. 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.

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 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. Im Übrigen wird sich die Rechtsprechung mit der Auslegung der unbestimmten Begriffe befassen müssen und hier in Zukunft hoffentlich für Klarheit sorgen.

Beispiel: Der größere Gewinn an Erfahrung, der sich aus dem größeren Arbeitsvolumen vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer ergibt, kann grundsätzlich eine Ungleichbehandlung (überwiegend weiblicher) Teilzeitbeschäftigter rechtfertigen.⁸²

Achtung: Ist ein mittelbar diskriminierendes Verhalten erst einmal 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.

c. 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.

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 Umfeldes** 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. Daher stellt auch

82 BT-Drs. 15/4538, S. 32.

nicht jeder geringfügige Eingriff eine Belästigung dar; hier kommt es auf die Sicht eines objektiven Dritten an.

Beispiele: Erzählen behindertenfeindlicher Witze 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 die strafrechtliche Relevanz von stark belästigendem Verhalten (als Nötigung § 240 StGB, vgl. insoweit auch die geplante Strafbarkeit von Stalking als besonders starker Ausprägung einer Belästigung).

Achtung: Eine Belästigung kann niemals gerechtfertigt sein.

d. Sexuelle Belästigung

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 geplante Strafbarkeit von Stalking.

Achtung: Eine sexuelle Belästigung kann niemals gerechtfertigt sein.

Beispiel: Aufhängen eines »Playboy«-Kalenders im Gemeinschaftsbüro.

e. 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**.

Auch hier kommt es nicht darauf an, dass sich der Anweisende der benachteiligenden Wirkung seiner Anweisung bewusst ist; ebenso wenig wie es darauf ankommt, dass der Angewiesene die Benachteiligung tatsächlich ausführt. Auch kommt es nicht darauf an, ob die Benachteiligung durch die Anweisung Benachteiligung 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 die ausländischen Mitarbeiter 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 Moslems sind.

Achtung: Die Entschädigungsregelungen nach dem AGG betreffen nur die 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 immer: Verschulden).

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: Selbständige und Organmitglieder (GeschäftsführerInnen und Vorstände) bei Zugang und Aufstieg.

Verpflichtet werden Arbeitgeber. Das sind:

- Natürliche Personen, z.B. Einzelunternehmer.
- Juristische Personen, z.B. Kapitalgesellschaften wie GmbH, GmbH & Co. KG, AG, KG, OHG etc.
- Rechtsfähige Personengesellschaften, z.B. GbR.
- Arbeitnehmerüberlassungs-Firmen, z.B. Zeitarbeitsfirmen.
- 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.

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.

Im Einzelnen werden folgende Rechtfertigungsgründe im Bereich des Arbeitsrechts⁸³ geregelt:

a. 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.

Diese Ausnahmeregelung ist so unbestimmt gefasst, dass sie in der Praxis für den Betriebsrat kaum handhabbar sein dürfte.⁸⁴ 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.

Die genannten Kriterien sind in jedem Fall objektiv zu bestimmen, d.h. vom Vorliegen einer wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung kann nur gesprochen werden, sofern auch ein unbeteiligter (objektiver) Dritter diese voraussetzen würde.

83 Im Zivilrechtlichen Warenverkehr sind die Rechtfertigungsgründe zur Ungleichbehandlung in § 20 AGG geregelt.

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

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. Im Übrigen wird auf die Rechtsfortbildung durch die Gerichte zu warten sein.

Beispiele zu Rechtfertigungen wegen Rasse/Ethnische Herkunft:

- Nicht ausreichend ist die Aussage, die Kundschaft möge keine arabischen oder farbigen Geschäftspartner.⁸⁵ Kundenerwartung oder die der Geschäftspartner stellen grundsätzlich keine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung dar.
- Keine Ausnahme für Kleinbetrieb, die ein persönliches Vertrauen der Kunden in Anspruch nehmen⁸⁶;
- 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**;
- Hebamme weiblichen Geschlechts als unverzichtbare Voraussetzung;
- Einstellung von Frauen in Damenoberbekleidungs- und Bademodengeschäften;
- Tätigkeiten in Ländern außerhalb der EG, in denen auf Grund gesetzlicher Vorschriften und religiöser Überzeugung oder kultureller Besonderheit nur ein Geschlecht akzeptiert wird;
- die Tätigkeit in einem Frauenhaus, soweit das Betreuungskonzept des Trägers ihre Ausübung auch stets nur durch Frauen erfordert;
- Einstellung von Männern bei bestimmten Tätigkeiten der inneren und äußeren Sicherheit, insbesondere im Justizvollzugsdienst;
- Die Einstellung nur weiblicher Stewardessen ist nicht gerechtfertigt ebenso wenig;

85 Schiek, AuR 2003, 44, 48.

86 Schiek, AuR 2003, 44, 48.

- die grundsätzliche Ausnahme von Frauen bei Stellenangeboten, die mit schwerer körperlicher Arbeit verbunden sind.

wegen einer Behinderung:

Hier ist zu beachten, dass der Arbeitgeber gemäß § 81 Abs. 4 SGB IX verpflichtet ist, bei der Beschäftigung Behinderter **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, dürfte im Rahmen des AGG auf alle Behinderten ausgeweitet werden.

Grenze der Schaffung entsprechender Vorkehrungen ist jedoch die **unverhältnismäßige Belastung** des Arbeitgebers, wenn z.B. die wirtschaftliche Lage des Unternehmens die erforderliche Maßnahme nicht zulässt, andere Arbeitsplätze durch sie gefährdet werden oder 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.⁸⁷

b. 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. Problematisch dürfte dieses Merkmal sein, wenn lediglich eine einfache Tätigkeit ohne Außenwirkung ausgeübt wird, z.B. Reinigungskraft, Küchenhilfe, Kantinenchef etc.⁸⁸
- Die Diskussion um Scientology wird zu neuen Ehren kommen. Nach Rechtsprechung des BGH ist Scientology keine Religions- oder Weltanschauungsge-

87 EuGH vom 8.11.1990 – Rs. C-177/88 – Dekker, NZA 1991, 171 zur Einstellung von Schwangeren.
 88 Vgl. Busch, AiB 2006, 467 (469) m.w.N.

meinschaft. Diese Ansicht könnte sich im Rahmen des AGG zugunsten von Scientology verändern;

- Politische Tendenzunternehmen wie z.B. Gewerkschaften, Arbeitgeberverbänden, Presseunternehmen dürfen im Rahmen des AGG in Zukunft nicht mehr verlangen, dass sich die Beschäftigten mit der politischen Ausrichtung des Unternehmens identifizieren.

c. Alter, § 10 AGG

Ungeachtet des § 8 ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters auch zulässig, wenn sie **objektiv und angemessen** und durch ein **legitimes 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.⁸⁹

Zur Definition der Begriffe erforderlich und angemessen wird auf oben verwiesen, V 4. b. Erforderlich ist letztlich eine Abwägung der beiderseitigen Interessen.

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. Weiterhin ist zu prüfen, ob die Mittel angemessen und erforderlich sind. Erforderlich ist ein Mittel, wenn es kein milderes 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.

89 BT-Drs. 16/1780, S. 37.

Im Übrigen sollte sich der Betriebsrat auf die gesetzlich genannten **acht Regelbeispiele** stützen, für eine zulässige unterschiedliche Behandlung wegen des Alters normieren.

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 Fürsorgepflichten zu fördern oder ihren Schutz sicher zu stellen.
- **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;⁹⁰
- **3. Höchstalter:** die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung auf Grund der spezifischen Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes oder auf Grund 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 Sicherheit 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.

90 Das BAG hat entsprechende Regelungen in den Verträgen als zulässige Befristungen erachtet, da die Arbeitnehmer bei Erreichen dieser Altersgrenze auf Grund ihres Rentenanspruchs wirtschaftlich abgesichert sind, BAG vom 27.07.2005 – 7 AZR 443/04, AuA 3/06 S. 171f.

- 6. Berücksichtigung des Alters im Rahmen der **Sozialauswahl** bei betriebsbedingter Kündigung (§ 1 KSchG);⁹¹
- 7. **Unkündbarkeitsregelungen**, d.h. die individual- oder kollektivrechtliche Vereinbarung der Unkündbarkeit von Beschäftigten eines bestimmten Alters und einer bestimmten Betriebszugehörigkeit;⁹²
- 8. **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.^{93 94}

d. Positive Maßnahmen, § 5 AGG

§ 5 Positive Maßnahmen

Ungeachtet der in den §§ 8 bis 10 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 oder Hilfeleistungsangebote für Behinderte. Derartige positive Maßnahmen sind auch als sog. Nachteilsausgleiche oder »affirmative action« bekannt.

91 Durch Bundestagsbeschluss vom 18.10.2006 wurde § 10 Nr. 6 (Sozialauswahl) AGG wieder gestrichen, vgl. BT-Drs. 16/3007. In Kraft ist die Streichung seit dem 12.12.2006.

92 Durch Bundestagsbeschluss vom 18.10.2006 wurde § 10 Nr. 7 (Unkündbarkeitsregelung) AGG wieder gestrichen, vgl. BT-Drs. 16/3007. In Kraft ist die Streichung seit dem 12.12.2006.

93 Vgl. BAG-Urteil vom 31.07.1996, EzA § 112 BetrVG 1972, Nr. 86.

94 Vgl. Willemsen, Schweibert, NJW 2006, 2583 (2587), die es als problematisch ansehen, zukünftig 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.

Die Maßnahmen müssen nach **objektivem Maßstab** geeignet und angemessen sein und bedürfen im konkreten Fall der Abwägung mit Rechtspositionen der von Ihnen negativ Betroffenen.

Das schließt nach der Rechtsprechung des EuGH einen **absoluten Vorrang** der zu fördernden Gruppe allerdings aus.⁹⁵

e. Mehrfachdiskriminierung, § 4 AGG

Erfolgt eine unterschiedliche Behandlung wegen mehrerer Gründe, so kann diese unterschiedliche Behandlung nach den §§ 8 bis 10 nur gerechtfertigt werden, wenn sich die Rechtfertigung auf alle diese Gründe erstreckt, derentwegen die unterschiedliche Behandlung erfolgt.

Damit wird klar gestellt, 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:

- Ausländische Frauen
- Behinderte Frauen
- Ältere Frauen

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

Liegt die Rechtfertigung auch nur wegen eines Merkmals nicht vor, so ist die gesamte Maßnahme unzulässig nach dem AGG.

95 EuGH Rs. C 450/93 vom 17.10.1993 – Kalanke –.

7. DIE RECHTE

a. Beschwerde

vgl., II 2. b. aa.

b. Leistungsverweigerung

vgl., II 2. b. bb.

c. Schadensersatz und Entschädigung

vgl., II 2. b. cc.

d. Maßregelungsverbot

vgl. II 2. a. dd.

e. Prozessuale Besonderheiten

aa. Beweislast

vgl. III 2. b.

bb. Rechte der Betriebsräte

vgl. III 2.

cc. 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.⁹⁶

Vgl. im Übrigen II 2. b. cc (d).

96 BT-Drs. 16/1780, S. 53.

VI. ANHANG II: MUSTERVEREINBARUNG ZUM AGG

Die Bedingungen des Arbeitsverhältnisses können in einer freiwilligen Betriebsvereinbarung geregelt werden. Inhalt dieser Betriebsvereinbarung sind 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 das 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, 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 ist, aber 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 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 Beschäf-

tigten 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 Betriebsrates 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

VII. WEITERFÜHRENDE LITERATUR

- Busch**, Sebastian Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Die Umsetzung in der Betriebsratspraxis, Diskriminierung in 50 Beispielen, 2006.
- Nollert-Borasio**, Christiane/**Perreng**, Martina, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) Basiskommentar zu den arbeitsrechtlichen Regelungen, 2006.
- Schrader**, Peter/**Schubert**, Jens, Das neue AGG, Das Gleichbehandlungsrecht in der anwaltlichen Praxis, 2006.
- Stuber**, Michael, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz in der betrieblichen Praxis, 2006.
- Wiskirchen**, Gerlind, AGG Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Auswirkungen auf die Praxis, 2006.

ZEITSCHRIFTEN

- Bauer**, Jobst-Hubertus u.a. in »Das AGG – Alter Wein in neuen Schläuchen?« in NZA 2006, 774.
- Busch**, Sebastian, »Die Antirassismusrichtlinie«, AiB 2006, 400 (401).
- Busch**, Sebastian in »Ziel verfehlt«, AiB 2006, 467.
- Klumpp**, Steffen »§ 23 BetrVG als Diskriminierungssanktion?« in NZA 2006, 904 (905).
- Perreng**, Martina/**Nollert-Borasio**, Christiane, »Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz«, in AiB 2006, 459 (460).
- Pfarr**, Heide: Sorgen vor der Klageflut unbegründet, in Böcklerimpuls 2/2005, S.3 über den Mythos Klageflut
- Schiek**, Dagmar, Grundsätzliche Bedeutung der gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbote nach der Entscheidung Mangold, in AuR 2006, 145 ff.
- Schiek**, Dagmar, Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht, in NZA 2006, 401 ff.
- Wank**, Rolf: Diskriminierung in Europa – Die Umsetzung der Europäischen Richtlinien aus deutscher Sicht, in NZA 2004, Sonderbeilage zu Heft 22, S.16ff (25).
- Willemsen**, Heinz-Josef, **Schweibert**, Ulrike »Das AGG im Arbeitsrecht« in NJW 2006, 2583 (2587).

KOMMENTARE

Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, 8. Auflage 2002.

Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 6. Auflage 2006.

Gaul, Aktuelles Arbeitsrecht, Bd. 1, 2006.

Münchener Kommentar, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Auflage 2003.

edition der Hans-Böckler-Stiftung
bisher erschienene Reihentitel ab Band 130

	Bestellnr.	ISBN	Preis/€
<i>Angela Wroblewski • Andrea Leitner</i> Lernen von den Besten. Interdependenzen von Frauenerwerbsbeteiligung und Geburtenzahlen im Ländervergleich	13130	3-86593-007-7	15,00
<i>Hartmut Küchle</i> Rüstungsindustrie transatlantisch? Chancen und Risiken für den deutschen Standort	13131	3-86593-008-5	12,00
<i>Klaus Maack</i> Wachstumspol Stettin und Auswirkungen auf die Entwicklung der deutschen-polnischen Grenzregion	13132	3-86593-009-3	18,00
<i>Herbert Baum • Klaus Esser • Judith Kurte • Jutta Schneider</i> Regionale Entwicklung und der Frankfurter Flughafen	13133	3-86593-010-7	15,00
<i>Anita Pfaff • Gert G. Wagner • Jürgen Wasem</i> Zwischen Kopfpauschale und Bürgerversicherung	13134	3-86593-011-5	24,00
<i>Hartmut Küchle</i> Die Neustrukturierung des deutschen Rüstungsmarktes als industriepolitische Aufgabe	13135	3-86593-012-3	20,00
<i>Mechthild Kopel • Sandra K. Saeed • Dietrich Englert</i> Gender Mainstreaming	13136	3-86593-013-1	i. Vorb.
<i>Mathias Hein • Gertrud Hovestadt • Johannes Wildt</i> Forschen Lernen	13137	3-86593-014-X	12,00
<i>Oliver Farhauer</i> Humanvermögensorientierung in Grundsicherungssystemen	13138	3-86593-015-8	18,00
<i>Andreas Pentz • Achim Sollanek</i> Cash-Pooling im Konzern	13139	3-86593-016-6	15,00
<i>Volker Eichener • Rolf G. Heinze</i> Beschäftigungspotenziale im Dienstleistungssektor	13140	3-86593-017-4	29,00
<i>Peter Kalkowski • Otfried Mickler</i> Projektorganisation in der IT- und Medienbranche	13141	3-86593-018-2	28,00
<i>Rıza Gürel</i> Betriebsverfassungsgesetz in türkischer Sprache	13142	3-86593-019-9	15,00
<i>Henry Schäfer • Philipp Lindenmayer</i> Externe Rechnungslegung und Bewertung von Humankapital	13143	3-86593-020-4	10,00
<i>Ulrike C. Kannengießer</i> Arbeitsschutz für Frauen	13144	3-86593-021-2	15,00

	Bestellnr.	ISBN	Preis/€
<i>Carsten Würmann</i> Was heißt hier eigentlich gewerkschaftlich?	13145	3-86593-022-2	12,00
<i>Dorothee Beck (Hrsg.)</i> Zeitarbeit als Betriebsratsaufgabe	13146	3-86593-023-9	15,00
<i>Martin Führ • Andrea Baukrowitz (Hrsg.)</i> Evaluierung regionalwirtschaftlicher Wirkungsanalysen	13147	3-86593-024-7	19,00
<i>Birgit K. Mielke</i> Grundlagen des handelsrechtlichen Jahresabschlusses und Jahresabschlussanalyse	13148	3-86593-025-5	10,00
<i>Thomas Ebert</i> Generationengerechtigkeit in der gesetzlichen Renten- versicherung – Delegitimation des Sozialstaates?	13149	3-86593-026-3	18,00
<i>Marcus Kahmann</i> Mit vereinten Kräften. Ursachen, Verlauf und Konsequenzen der Gewerkschaftszusammenschlüsse von IG BCE und ver.di	13150	3-86593-027-1	10,00
<i>Sibel Vurgun (Hrsg.)</i> Gender und Raum	13152	3-86593-029-8	28,00
<i>Achim Sollanek</i> Bankbilanzen nach deutschem Handelsrecht. Betriebswirtschaftliche Handlungshilfen	13153	3-86593-030-1	12,00
<i>Siegfried Leittretter (Hrsg.)</i> Energieeffizientes Krankenhaus – für Klimaschutz und Kostensenkung	13154	3-86593-031-X	18,00
<i>Klaus Maack • Jesco Kreft • Eckhard Voss</i> Zukunft der Milchwirtschaft	13155	3-86593-032-8	18,00
<i>Susanne König • Mette Rehling</i> Mitarbeitergespräche	13156	3-86593-033-6	12,00
<i>Herbert Klemisch • Philip Potter (Hrsg.)</i> Instrumente nachhaltigen Wirtschaftens in der Unternehmenspraxis	13157	3-86593-034-4	19,00
<i>Peter Martin</i> Mobile Büroarbeit	13158	3-86593-035-2	12,00
<i>Björn Rohde-Liebenau</i> Whistleblowing	13159	3-86593-036-0	10,00
<i>Jürgen Enders</i> Promovieren als Prozess – Die Förderung von Promovierenden durch die Hans-Böckler-Stiftung	13160	3-86593-037-9	12,00
<i>Thomas Blanke</i> Vorrats-SE ohne Arbeitnehmerbeteiligung	13161	3-86593-038-7	12,00
<i>Oliver Schöller</i> Mobilität im Wettbewerb	13162	3-86593-039-5	12,00

	Bestellnr.	ISBN	Preis/€
<i>Gertrud Hovestadt • Nicole Keßler • Otto Pompe Peter Stegelmann</i> Internationale Bildungsanbieter auf dem deutschen Markt	13163	3-86593-040-9	12,00
<i>Marita Körner</i> Flexicurity in atypischen Arbeitsverhältnissen	13164	3-86593-041-7	10,00
<i>Birgit Soete</i> Biotechnologie in Vergleich – Wo steht Deutschland?	13165	3-86593-044-1	19,00
<i>Heinz Putzhammer (Hrsg.)</i> Wege zu nachhaltigem Wachstum, Beschäftigung und Stabilität	13166	3-86593-045-X	10,00
<i>Frank Havighorst</i> Personalkennzahlen	13167	3-86593-046-8	10,00
<i>Thomas Fritz • Kai Mosebach • Werner Raza Christoph Scherrer</i> GATS-Dienstleistungsliberalisierung	13168	3-86593-047-6	15,00
<i>Wolfgang Irrek • Stefan Thomas</i> Der EnergieSparFonds für Deutschland	13169	3-86593-048-4	16,00
<i>Thomas Blanke</i> Erweiterung der Beteiligungsrechte SE-Betriebsrats durch Vereinbarung	13170	3-86593-049-2	10,00
<i>Reiner Tramp</i> Der Jahresabschluss der Holding. Betriebswirtschaftliche Handlungshilfen	13171	3-86593-050-6	12,00
<i>Wolfram Bremeier • Hans Brinckmann • Werner Killian</i> Public Governance kommunaler Unternehmen	13173	978-3-86593-052-1	24,00
<i>Ingo Kübler</i> Stabsmitarbeiter und Referenten betrieblicher Interessenvertretungen	13174	3-86593-053-0	10,00
<i>Gertrud Kühnlein</i> Einstiegsqualifizierung für Jugendliche (EQJ)	13175	3-86593-054-9	10,00
<i>Peter Liepmann • Oliver Bonkamp • Britta Martina Gohs</i> Kooperation und Netzwerke in ausgewählten Branchen der Region Ostwestfalen-Lippe	13176	978-3-86593-055-2	29,00
<i>Henry Schäfer • Oliver Kuhnle</i> Die bilanzielle Behandlung von Zweckgesellschaften und ihre Bedeutung im Rahmen der Corporate Governance	13177	978-3-86593-056-9	15,00
<i>Daniel Tech</i> Flexicurity und beschäftigtenorientierte Unternehmens- strategien im Betrieb	13178	978-3-86593-057-6	15,00

	Bestellnr.	ISBN 10/13	Preis/€
<i>Juri Hälker • Claudius Vellay (Hg.)</i> Union Renewal – Gewerkschaften in Veränderung 2. erweiterte Auflage	13179	978-3-86593-058-3	19,00
<i>Jürgen Kühling</i> Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat	13181	978-3-86593-060-6	10,00
<i>Ronald Schettkat</i> Lohnspreizung: Mythen und Fakten	13183	978-3-86593-062-0	10,00
<i>Judith Beile • Max Klein • Klaus Maack</i> Zukunft der Fleischwirtschaft	13186	978-3-86593-066-8	15,00
<i>Andreas Ebert • Ernst Kistler • Falko Trischler</i> Ausrangiert - Arbeitsmarktprobleme Älterer in den Regionen	13189	978-3-86593-069-9	25,00
<i>Lionel Fulton (Hg.)</i> The forgotten Resource: Corporate Governance an Employee Board-Level Representation. The Situation in France, the Netherlands, Sweden and the UK.	13190	978-3-86593-070-5	18,00
<i>Elke Ahlers • Fikret Öz • Astrid Ziegler</i> Standortverlagerungen in Deutschland – einige empirische und politische Befunde	13194	978-3-86593-074-3	12,00
<i>Otto Jacobi • Maria Jepsen • Berndt Keller • Manfred Weiss (Hg.)</i> Social Embedding and the Integration of Markets. An Opportunity for Transnational Trade Union Action or an Impossible Task?	13195	978-3-86593-075-0	20,00
<i>Michael Nusser • Birgit Soete • Sven Wydra (Hg.)</i> Wettbewerbsfähigkeit und Beschäftigungspotenziale der Biotechnologie in Deutschland	13197	978-3-86593-077-4	30,00

Ihre Bestellungen senden Sie bitte unter Angabe der Bestellnummern an den Setzkasten oder unter Angabe der ISBN an Ihre Buchhandlung. Ausführliche Informationen zu den einzelnen Bänden können Sie dem aktuellen Gesamtverzeichnis der Buchreihe **edition** entnehmen.

Setzkasten GmbH
Kreuzbergstraße 56
40489 Düsseldorf
Telefax 0211-408 00 90 40
E-Mail mail@setzkasten.de

Hans-Böckler-Stiftung

Die Hans-Böckler-Stiftung ist das Mitbestimmungs-, Forschungs- und Studienförderungswerk des Deutschen Gewerkschaftsbundes. Gegründet wurde sie 1977 aus der Stiftung Mitbestimmung und der Hans-Böckler-Gesellschaft. Die Stiftung wirbt für Mitbestimmung als Gestaltungsprinzip einer demokratischen Gesellschaft und setzt sich dafür ein, die Möglichkeiten der Mitbestimmung zu erweitern.

Mitbestimmungsförderung und -beratung

Die Stiftung informiert und berät Mitglieder von Betriebs- und Personalräten sowie Vertreterinnen und Vertreter von Beschäftigten in Aufsichtsräten. Diese können sich mit Fragen zu Wirtschaft und Recht, Personal- und Sozialwesen oder Aus- und Weiterbildung an die Stiftung wenden. Die Expertinnen und Experten beraten auch, wenn es um neue Techniken oder den betrieblichen Arbeits- und Umweltschutz geht.

Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut (WSI)

Das Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Institut (WSI) in der Hans-Böckler-Stiftung forscht zu Themen, die für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von Bedeutung sind. Globalisierung, Beschäftigung und institutioneller Wandel, Arbeit, Verteilung und soziale Sicherung sowie Arbeitsbeziehungen und Tarifpolitik sind die Schwerpunkte. Das WSI-Tarifarchiv bietet umfangreiche Dokumentationen und fundierte Auswertungen zu allen Aspekten der Tarifpolitik.

Institut für Makroökonomie und Konjunkturforschung (IMK)

Das Ziel des Instituts für Makroökonomie und Konjunkturforschung (IMK) in der Hans-Böckler-Stiftung ist es, gesamtwirtschaftliche Zusammenhänge zu erforschen und für die wirtschaftspolitische Beratung einzusetzen. Daneben stellt das IMK auf der Basis seiner Forschungs- und Beratungsarbeiten regelmäßig Konjunkturprognosen vor.

Forschungsförderung

Die Stiftung vergibt Forschungsaufträge zu Mitbestimmung, Strukturpolitik, Arbeitsgesellschaft, Öffentlicher Sektor und Sozialstaat. Im Mittelpunkt stehen Themen, die für Beschäftigte von Interesse sind.

Studienförderung

Als zweitgrößtes Studienförderungswerk der Bundesrepublik trägt die Stiftung dazu bei, soziale Ungleichheit im Bildungswesen zu überwinden. Sie fördert gewerkschaftlich und gesellschaftspolitisch engagierte Studierende und Promovierende mit Stipendien, Bildungsangeboten und der Vermittlung von Praktika. Insbesondere unterstützt sie Absolventinnen und Absolventen des zweiten Bildungsweges.

Öffentlichkeitsarbeit

Mit dem 14täglich erscheinenden Infodienst »Böckler Impuls« begleitet die Stiftung die aktuellen politischen Debatten in den Themenfeldern Arbeit, Wirtschaft und Soziales. Das Magazin »Mitbestimmung« und die »WSI-Mitteilungen« informieren monatlich über Themen aus Arbeitswelt und Wissenschaft. Mit der Homepage www.boeckler.de bietet die Stiftung einen schnellen Zugang zu ihren Veranstaltungen, Publikationen, Beratungsangeboten und Forschungsergebnissen.

Hans-Böckler-Stiftung
Hans-Böckler-Straße 39
40476 Düsseldorf
Telefax: 02 11/77 78-225
www.boeckler.de

**Hans Böckler
Stiftung** ■■■

Fakten für eine faire Arbeitswelt.

