

NEUE RECHTSENTWICKLUNGEN

14. Jahrgang – Sonderausgabe zum AGG

November 2006

EDITORIAL

Liebe Leserinnen und Leser,

finanzielle Lasten durch unbegrenzte Entschädigungspflichten, ein weiteres bürokratisches Monster mit europäischen Wurzeln oder doch nur „viel Lärm um nichts“? Die Einschätzungen zu den erwarteten Folgen des **Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes** könnten unterschiedlicher nicht sein. Die politischen Schlagabtausche, die die Diskussionen über das neue Gesetz während des Gesetzgebungsverfahrens noch geprägt hatten, sind nunmehr den juristischen Analysen gewichen.

Das am 18.08.2006 nach einem langen und von schwierigen politischen Diskussionen begleiteten Gesetzgebungsverfahren in Kraft getretene Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz dient der Umsetzung von insgesamt vier europäischen Richtlinien und soll eine Diskriminierung nach verschiedenen Kriterien sowohl im Bereich des Arbeitsrechtes als auch im allgemeinen Zivilrecht verhindern oder beseitigen.

Die fünf Fachanwältinnen und Fachanwälte für Arbeitsrecht unserer Sozietät möchten Ihnen in dieser **Sonderausgabe** unseres Mandantenrundbriefes den arbeitsrechtlichen Teil des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes näher bringen und gleichzeitig erste Einschätzungen und Meinungen zur Rechtslage liefern. Jeder einzelne von uns wird in den kommenden Monaten und Jahren die Diskussion über das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und auch erste Entscheidungen hierzu verfolgen. In künftigen Ausgaben des Mandantenrundbriefes wird hierüber immer wieder zu berichten sein.

Mit herzlichen Grüßen

Dr. Andrea Pirscher

Dr. Sandra Vyas

Dr. Hans-Jürgen Hiekel

Dr. Sören Kramer

Dr. Götz Zerbe

An diesen Standorten sind wir für Sie da:

Elsa-Brändström-Str. 1 u. 3
33602 Bielefeld
Tel.: (0521) 96535-0
Fax: (0521) 96535-99
E-Mail: Bielefeld@bdphg.de

Lindenweg 2
32756 Detmold
Tel.: (05231) 9857-0
Fax: (05231) 9857-50
E-Mail: Detmold@bdphg.de

Thesings Allee 3
33332 Gütersloh
Tel.: (05241) 5358-0
Fax: (05241) 5358-40
E-Mail: Guetersloh@bdphg.de

Alte Brauerei 1-3
33098 Paderborn
Tel.: (05251) 7735-0
Fax: (05251) 7735-99
E-Mail: Paderborn@bdphg.de

Stresemannstr. 111
10963 Berlin
Tel.: (030) 254496-0
Fax: (030) 254496-50
E-Mail: Berlin@bdphg.de

Ferdinand-Lassalle-Str. 2
04109 Leipzig
Tel.: (0341) 2118350
Fax: (0341) 2118352
E-Mail: Leipzig@bdphg.de

71, Rue du Faubourg St.Honoré
F-75008 Paris
Tel.: (0033-1) 42666861
Fax : (0033-1) 42668901
E-Mail: wenner@wenneravocats.com

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

- Sonderausgabe -

INHALT

| | | |
|------|--------------------------------------|----|
| I. | Einführung | 2 |
| II. | Organisationspflichten | 3 |
| III. | Ausschreibung und Einstellung | 5 |
| IV. | Entschädigung und Schadenersatz..... | 7 |
| V. | Kündigungen unter dem AGG | 10 |
| VI. | Beweislast | 12 |
| VII. | Schlussbemerkung..... | 14 |

I. Einführung

Am 18.08.2006 ist das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (im Folgenden auch: AGG) als Artikel 1 des „Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung“ nach langen und schwierigen politischen Diskussionen in Kraft getreten. Das Gesetz dient der Umsetzung von insgesamt vier europäischen Richtlinien und soll im Bereich Beschäftigung und Beruf die Diskriminierung nach verschiedenen Kriterien verhindern bzw. beseitigen.

Eine Diskriminierung ist unzulässig

- aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft des Beschäftigten,
- wegen des Geschlechtes des Beschäftigten,
- wegen dessen Religion oder Weltanschauung,
- wegen einer eventuellen Behinderung,
- wegen des Alters sowie
- wegen der sexuellen Identität des Beschäftigten.

Der Anwendungsbereich des AGG ist denkbar weit; auf Seiten der Beschäftigten sind von den Regelungen erfasst Arbeitnehmer, Auszubildende, arbeitnehmerähnliche Personen, Heimarbeiter, Bewerber und auch ausgeschiedene Mitarbeiter. In bestimmten Fällen gilt das AGG auch für Selbständige und für Organmitglieder juristischer Personen. Auf Arbeitgeberseite werden neben dem eigentlichen Arbeitgeber auch Entleiher im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes sowie im Hinblick auf die Heimarbeiternehmer auch deren Auftraggeber und Zwischenmeister in die Pflicht genommen.

Das AGG verbietet Benachteiligungen insbesondere bei der Aufstellung von Auswahlkriterien sowie bei der Formulierung von Einstellungs- und Aufstiegsbedingungen. Arbeits- und auch Entlassungsbedingungen unterliegen einer Diskriminierungskontrolle, egal ob sie im Arbeitsvertrag oder in Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen enthalten sind. Allgemein verbietet das AGG bei Personalmaßnahmen jeglicher Art eine Diskriminierung aufgrund eines der „verpönten Kriterien“.

Verboten ist dabei nicht nur eine unmittelbare Benachteiligung, bei der die Gewährung von Vor- oder Nachteilen an eines der verbotenen Kriterien anknüpft (Beispiel für eine Stellenanzeige: „Gesucht wird eine Chefsekretärin.“). Auch mittelbare Benachteiligungen sind verboten. Hier führen scheinbar neutrale Regelungen dazu, dass Mitglieder von Vergleichsgruppen in besonde-

rer Weise benachteiligt werden, ohne dass dies gerechtfertigt ist. Dies ist z.B. der Fall, wenn Teilzeitkräfte nicht am ansonsten betriebsüblichen Prämiensystem beteiligt werden. Dies führt zu einer mittelbaren Benachteiligung von Frauen, da Teilzeitkräfte statistisch gesehen überwiegend weiblichen Geschlechts sind.

Die Rechtsbehelfe des AGG knüpfen zunächst stets daran an, ob ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG vorliegt. Sofern diese Benachteiligung nicht aufgrund eines der Ausnahmetatbestände gerechtfertigt ist, stehen dem betroffenen Arbeitnehmer u.a. Entschädigungs- und Schadenersatzansprüche zu (zu Einzelheiten vgl. unten).

Gerechtfertigt ist eine Benachteiligung wegen eines der verpönten Kriterien, wenn die beruflichen Anforderungen an die auszuübende Tätigkeit die Differenzierung erfordern. Nach der Gesetzesbegründung soll es z.B. zulässig sein, dass eine Privatschule der sorbischen Minderheit ausschließlich Lehrer mit sorbischer Herkunft beschäftigt. Auch wird wohl in Zukunft nichts dagegen sprechen, wenn der Betreiber eines Fahrradkurierdienstes den sehbehinderten Bewerber ablehnt. Scheitert der querschnittsgelähmte Rollstuhlfahrer mit seiner Bewerbung für den Ausbildungsplatz als Maurer, wird auch dies in Zukunft nicht zu beanstanden sein.

Zahlreiche typische arbeitsrechtliche Regelungen knüpfen an das Alter des Beschäftigten an. Dies ist der Grund dafür, warum in § 10 AGG eine Fülle von Ausnahmen geregelt ist, bei denen die Differenzierung wegen des Alters zulässig ist. Dies gilt z.B. für das Höchstalter bei Einstellungen wegen der besonderen Anforderung der Ausbildung sowie für das Ausscheiden bei Erreichen von Altersgrenzen.

II. Organisationspflichten

Um unzulässige Diskriminierungen im Betrieb zukünftig zu verhindern bzw. bestehende Diskriminierungen zu beseitigen, erlegt das AGG dem Arbeitgeber eine Fülle von Organisationspflichten auf.

Der Reigen wird eröffnet mit der Generalklausel des § 12 Abs. 1 AGG, wonach der Arbeitgeber verpflichtet ist, die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen wegen eines der verbotenen Kriterien zu treffen und hierbei auch vorbeugende Maßnahmen zu ergreifen. Diese umfassende Verpflichtung zum Diskriminierungsschutz wird kein Arbeitgeber jemals in vollem Umfange erfüllen können. Das Gesetz hilft dem Arbeitgeber allerdings dadurch, dass es die Organisationspflichten in den folgenden Bestimmungen des § 12 AGG weiter konkretisiert.

Nach § 12 Abs. 2 AGG soll der Arbeitgeber Schulungsmaßnahmen für die Beschäftigten durchführen. Das Besondere an der Durchführung der Schulungsmaßnahmen ist, dass das Gesetz an die Erfüllung der Schulungsverpflichtung eine besondere Rechtsfolge knüpft:

Die ordnungsgemäße Durchführung von Schulungsmaßnahmen für die Beschäftigten gilt als Erfüllung sämtlicher organisatorischer Schutz- und Vorbeugemaßnahmen durch den Arbeitgeber. Die sorgfältige Durchführung von Schulungsmaßnahmen nach dem AGG für alle Beschäftigten sollte damit für den Arbeitgeber – und sei es aus bloßem Eigennutz – eine Selbstverständlichkeit sein.

Welchen Umfang (sowohl zeitlich als auch inhaltlich) diese Schulungen haben müssen, ist dem Gesetz indes nicht zu entnehmen. Nach wohl zutreffender Auffassung wird man zwischen unterschiedlichen Unternehmensebenen differenzieren können. Während bei einer Vielzahl von Mitarbeitern sicherlich eine kurze Unterrichtung über die wesentlichen Inhalte des Gesetzes genügen mag, sind Mitarbeiter in leitender Funktion ausführlicher über die Inhalte und Verpflichtungen nach dem AGG zu belehren.

Nach § 15 Abs. 2 AGG ist der Arbeitgeber verpflichtet, den Gesetzestext des AGG (sowie den Text des § 61 b ArbGG) im Betrieb auszuhängen oder aber durch betriebsübliche Versendung via Internet bekannt zu machen. Die aushangpflichtigen Texte stellt die Redaktion gern auf Anfrage zur Verfügung.

Darüber hinaus ist der Arbeitgeber verpflichtet, eine Beschwerdestelle im Betrieb einzurichten und die Arbeitnehmer über deren Existenz zu informieren. Hilfreich ist hierbei, dass die Aufgaben der Beschwerdestelle z.B. einzelnen Vorgesetzten oder aber auch der Personalabteilung übertragen werden können.

Auch wird der Arbeitgeber betriebliche Abläufe – insbesondere im Personalbereich – überprüfen müssen, um hier möglicherweise bestehende „strukturelle Diskriminierungen“ zu verhindern oder zu beseitigen.

Schließlich ist der Arbeitgeber verpflichtet, auf die Verletzung des Diskriminierungsverbotes durch Arbeitnehmer seines Betriebes in geeigneter Weise zu reagieren: Der Arbeitgeber ist gehalten, den diskriminierenden Arbeitnehmer abzumahnern, umzusetzen, zu versetzen oder ihm eine Kündigung auszusprechen, um dadurch den Schutz des diskriminierten Arbeitnehmers wieder herzustellen bzw. künftige Verletzungen auszuschließen.

Der diskriminierungsfreien Vornahme von Stellenausschreibungen sowie der diskriminierungsfreien Ablehnung von Bewerbern ist das folgende Kapitel gewidmet.

III. Ausschreibung und Einstellung

Ein unzulässigerweise diskriminierter Arbeitnehmer kann nach § 15 Abs. 2 AGG eine angemessene Geldentschädigung verlangen. Besteht die Diskriminierung in einer Nichteinstellung, beträgt die Entschädigung maximal 3 Monatsgehälter, wenn der Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl **nicht** eingestellt worden wäre. Ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot begründet jedoch keinen Anspruch des Bewerbers auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses. Dies ist im AGG ausdrücklich geregelt (zu Einzelheiten vgl. unten. Ziff. IV.).

Das AGG ersetzt die bisherigen Benachteiligungsverbote bei Einstellungen in Bezug auf das Geschlecht und die Schwerbehinderung und dehnt sie auf die oben genannten weiteren Merkmale aus. Waren schon nach der bisherigen Rechtslage bei der Besetzung eines Arbeitsplatzes viele Fallstricke zu beachten, kommen durch das AGG - insbesondere durch seine Beweislastumkehr (dazu unten unter VI.) - weitere hinzu. Was liegt aus der Sicht des nicht berücksichtigten, (vermeintlich) diskriminierten Bewerbers näher, als sich die Absage des Arbeitgebers durch eine Geldentschädigung versüßen zu lassen? Der Arbeitgeber wird also darauf achten müssen, den Entscheidungsprozess **nachweisbar** diskriminierungsfrei gestaltet zu haben. Hervorzuheben ist, dass schon nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die bessere Eignung eines anderen Bewerbers eine Benachteiligung nicht ausschließt, weil nicht allein der bestplatzierte Bewerber benachteiligt sein könne. Ein Arbeitgeber, der beispielsweise einen homosexuellen Bewerber nicht einstellt, kann sich also nicht allein damit verteidigen, der Bewerber habe schlechtere Noten als andere Kandidaten gehabt. Somit ergeben sich aus dem AGG eine Reihe von Handlungsanforderungen an den Arbeitgeber.

1. Formulierung der Stellenausschreibung

Schon nach der bisherigen Rechtsprechung stellte eine geschlechtsspezifische Stellenausschreibung ein ausreichendes Indiz für eine Diskriminierung dar. Ansatzpunkte für eine Diskriminierung sollten daher in einer Stellenanzeige unter allen Umständen vermieden werden. Da das Alter auch ein Diskriminierungsmerkmal ist, dürften Formulierungen wie "junger dynamischer Verkäufer" der Vergangenheit angehören. Die Stellenausschreibung sollte unter Berücksichtigung der Diskriminierungsmerkmale so neutral wie möglich gefasst werden und die geforderten Qualifikationen in den Vordergrund stellen. Es ist nur dann eine Anknüpfung an Diskriminierungsmerkmale erlaubt, soweit dieses Merkmal eine **wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung** darstellt. Die unterschiedliche Behandlung (beispielsweise in Bezug auf das Alter) muss objektiv angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sein. Das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes hat der Arbeitgeber nachzuweisen.

2. Sichtung der Bewerbungsunterlagen

Die Sichtung der Bewerbungsunterlagen sollte demnächst auch unter dem Gesichtspunkt erfolgen, ob möglicherweise Bewerbungen eingereicht sind, die allein das Ziel haben, eine Entschädigung anzustreben. Zunächst kann unter „www.agg-hopping.de“ überprüft werden, ob der Bewerber bereits andere Arbeitgeber auf Entschädigung in Anspruch genommen hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts begründet nicht allein die Einreichung der Bewerbungsunterlagen den Status als „Bewerber“. Vielmehr könne nur derjenige im Stellenbesetzungsverfahren benachteiligt werden und eine Entschädigung verlangen, der sich

- subjektiv ernsthaft um die Stelle beworben hat und
- objektiv für die Besetzung der Stelle in Betracht kommt.

Indizien für eine Missbräuchlichkeit der Bewerbung sind insbesondere dann anzunehmen, wenn sich der Bewerber aus ungekündigter Stellung auf eine erheblich geringer dotierte Stelle bewirbt oder deutlich überqualifiziert ist oder objektiv die Einstellungsvoraussetzungen gem. der Stellenanzeige nicht erfüllt und hieraus auch in der Bewerbung keinen Hehl macht. Stößt der Arbeitgeber auf solche Bewerbungsunterlagen, sollte er insbesondere auf die Formulierung des Ablehnungsschreibens Acht geben und sich Kopien dieser Bewerbungsunterlagen anfertigen.

3. Führung des Bewerbungsgesprächs

Äußerungen oder Handlungen im Rahmen eines Bewerbungsgesprächs können wesentliche Indizien zur Begründung eines Schadenersatz- oder Entschädigungsanspruchs bilden.

Es empfiehlt sich daher für den Arbeitgeber, sich die neuen Diskriminierungsmerkmale bewusst zu machen, um nicht unbedacht diskriminierende Äußerungen herbeizuführen. Jedenfalls sollte ein Vier-Augen-Gespräch mit dem Bewerber vermieden werden. Auf Seiten des Arbeitgebers sollten vielmehr mindestens zwei Personen teilnehmen, die dann in einem möglichen nachfolgenden Entschädigungsprozess als Zeugen zur Verfügung stehen. Dies setzt selbstverständlich voraus, dass über den Verlauf der einzelnen Bewerbungsgespräche wenigstens stichwortartige Aufzeichnungen angefertigt werden, auf deren Grundlage die diskriminierungsfreie Auswahl seitens des Arbeitgebers dargelegt werden kann.

4. Absageschreiben

Das Absageschreiben sollte nach Möglichkeit keine Begründung enthalten oder neutral auf die nicht erbrachte Qualifikation abstellen. Telefonische Auskünfte sollten keinesfalls erteilt werden.

5. Aufbewahrung von Bewerbungsunterlagen

Nach dem Bundesdatenschutzgesetz können personenbezogene Daten nur erhoben, verarbeitet und genutzt werden, wenn der Betroffene einwilligt. Zu beachten ist jedoch, dass die Einwilligung jederzeit widerrufen werden kann. Daten dürfen jedoch gespeichert werden, wenn dies zur Wahrung berechtigter Interessen des Arbeitgebers erforderlich und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt. Erforderlich ist also eine Interessenabwägung. Da der Arbeitgeber nach den Regelungen des AGG ggf. einen Entlastungsbeweis hinsichtlich einer geltend gemachten Diskriminierung führen muss, ist sein grundsätzliches Interesse an der Aufbewahrung der Daten gegeben. Problematisch ist jedoch die Frage, wie lange die Daten der abgelehnten Kandidaten gespeichert werden dürfen. Nach dem AGG muss binnen einer Frist von zwei Monaten nach Zugang der Ablehnungsentscheidung der Benachteiligungsanspruch geltend gemacht werden. Soweit der Bewerber jedoch behauptet, die Absage gar nicht oder erst später erhalten zu haben, muss der Arbeitgeber den Zugang des Ablehnungsschreibens beweisen. Deshalb ist es erforderlich, einen großzügigen Sicherheitszuschlag von einigen Monaten für die Datenspeicherung einzukalkulieren. Wenn ein Bewerber - angeblich - solange nichts über seine laufende Bewerbung hört und auch von sich aus nicht bei dem Unternehmen nachfragt, so wird sich von Seiten des Arbeitgebers die Rechtsmissbräuchlichkeit der Bewerbung eher darlegen lassen, wenn sich der abgelehnte Bewerber noch nach vielen Monaten auf eine angeblich diskriminierende Entscheidung berufen will.

IV. Entschädigung und Schadenersatz

Das AGG gewährt dem Beschäftigten, der durch einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot verletzt wurde, zum einen einen Schadenersatzanspruch (§ 15 Abs. 1 AGG) und zum anderen einen Entschädigungsanspruch (§ 15 Abs. 2 AGG).

1. Schadenersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 AGG

Voraussetzung für einen Schadenersatzanspruch ist zunächst, dass der Arbeitgeber gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen hat, der Verletzte also aus einem der im AGG genannten Gründe benachteiligt wurde.

Der Beschäftigte, der einen Schadenersatzanspruch geltend macht, muss Indizien vortragen, die einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot vermuten lassen. Dies bedeutet konkret, dass der Beschäftigte Umstände vortragen und beweisen muss, die den Schluss auf das Vorliegen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot rechtfertigen. Gelingt ihm dies, so trägt

der Arbeitgeber die volle Beweislast dafür, dass gleichwohl keine verbotene Benachteiligung vorliegt (zu Einzelheiten vgl. unten).

Weiterhin ist Voraussetzung, dass der Arbeitgeber den Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot zu vertreten hat, d.h. dass er vorsätzlich oder fahrlässig gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen hat. Bei juristischen Personen werden dem Arbeitgeber die Handlungen und Unterlassungen der vertretungsberechtigten Organe als eigene Handlungen und Unterlassungen zugerechnet. Darüber hinaus muss sich der Arbeitgeber auch Verschulden seiner Mitarbeiter zurechnen lassen, wenn er diese zur Erfüllung von Verpflichtungen aus dem Vertragsverhältnis gegenüber dem Beschäftigten eingesetzt hat. Dies sind z.B. Personen, denen der Arbeitgeber ein Weisungsrecht gegenüber dem benachteiligten Beschäftigten übertragen hat. Der Arbeitgeber haftet also für schuldhaftes Verhalten von Vorgesetzten des benachteiligten Beschäftigten.

Eine weitere Verschuldenszurechnung kann erfolgen, wenn der Arbeitgeber nicht die im AGG geforderten Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligung in seinem Betrieb getroffen hat, insbesondere, wenn er die vom AGG geforderte Schulung und Unterrichtung der Mitarbeiter nicht durchgeführt hat (vgl. oben). In diesem Fall liegt ein Organisationsverschulden des Arbeitgebers vor. Nur wenn der Arbeitgeber seinen Schulungspflichten nachgekommen ist, haftet er nicht für einen Erstverstoß eines Beschäftigten aufgrund eigenen Verschuldens.

Der Arbeitgeber trägt die volle Beweislast dafür, dass er die Benachteiligung nicht verschuldet hat. Er sollte im Streitfall also beweisen können, dass er seiner Schulungs- und Informationspflicht im Unternehmen nachgekommen ist.

Liegen die Voraussetzungen vor, so hat der Beschäftigte einen Anspruch auf Ersatz des ihm durch die verbotene Benachteiligung entstandenen materiellen Schadens. Ein Anspruch auf Begründung eines Arbeits- oder Berufsausbildungsverhältnisses oder auf eine Beförderung besteht indes ausdrücklich nicht (§ 15 Abs. 6 AGG).

Unklar ist, ob der Beschäftigte anstatt des Anspruchs auf Einstellung oder Beförderung einen Anspruch auf Verdienstaufschlag geltend machen kann. Erste Stimmen in der Literatur vertreten die Auffassung, dass das AGG in diesem Punkt europarechtskonform auszulegen ist und auch ein Anspruch auf Verdienstaufschlag besteht, z. B., wenn ein Arbeitnehmer ohne Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot eingestellt worden wäre. Da das AGG keine Obergrenze für die Höhe des Schadenersatzanspruchs kennt, könnte dies im Extremfall dazu führen, dass Arbeitnehmer über Jahre Ansprüche auf Zahlung entgangener Vergütung geltend machen können. Es ist daher zu hoffen, dass die Rechtsprechung im Laufe der Zeit Obergrenzen festlegen wird, die die Schadenersatzansprüche einschränken. Es gibt bereits erste Ansätze, die Höhe des Schadenersatzanspruches bis zu dem Zeitpunkt zu begrenzen, zu dem der Arbeitgeber das Beschäftigungsverhältnis frühestens hätte kündigen können. Des Weiteren obliegt dem Beschäftigten

eine Schadensminderungspflicht, d. h., dass er sich bemühen muss, eine anderweitige Beschäftigung aufzunehmen. Einkünfte aus der neuen Tätigkeit muss er sich auf den Schadenersatzanspruch anrechnen lassen.

2. Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG

Während der benachteiligte Arbeitnehmer nach § 15 Abs. 1 AGG Ersatz des ihm entstandenen Vermögensschadens verlangen kann, bestimmt § 15 Abs. 2 AGG, dass der benachteiligte Beschäftigte wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine angemessene Entschädigung in Geld, also letztlich Schmerzensgeld, verlangen kann.

Voraussetzung für eine Entschädigung ist auch hier, dass ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot vorliegt. Auch hier gilt, dass der Beschäftigte zunächst Indizien beweisen muss, die die Benachteiligung vermuten lassen. Gelingt ihm dies, trägt der Arbeitgeber die volle Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine Benachteiligung nicht vorgelegen hat. Im Unterschied zum Schadenersatzanspruch aus § 15 Abs. 1 AGG setzt der Entschädigungsanspruch allerdings kein Verschulden des Arbeitgebers voraus.

Rechtsfolge ist, dass der Beschäftigte eine billige Entschädigung in Geld verlangen kann. Der Eintritt eines immateriellen Schadens wird vom Gesetzgeber bei Vorliegen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot vermutet.

Für den Fall, dass ein Arbeitnehmer, der auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre, kann der Arbeitnehmer nicht mehr als drei Monatsgehälter als Entschädigung verlangen. In allen übrigen Fällen sieht das AGG eine Höchstgrenze für die Entschädigung nicht vor, so dass die Höhe der im Einzelfall zu zahlenden Entschädigung im Ermessen des Arbeitsgerichts steht.

3. Geltendmachung von Schadenersatz- und Entschädigungsanspruch

Sowohl der Schadenersatzanspruch als auch der Entschädigungsanspruch müssen innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden, es sei denn, aus einem Tarifvertrag würde sich etwas anderes ergeben. An die Frist zur schriftlichen Geltendmachung der Ansprüche schließt sich eine dreimonatige Klagefrist an, innerhalb derer die Ansprüche dann gerichtlich geltend gemacht werden müssen. Bei Nichteinhaltung entweder der Frist zur schriftlichen Geltendmachung der Ansprüche oder aber der anschließenden Klagefrist, sind die Ansprüche des Beschäftigten verfallen.

V. Kündigungen unter dem AGG

„Der Tragödie erster Teil“

1. Die „kündigungsrechtlichen“ Vorschriften im AGG in bisheriger Fassung

§ 2 Abs. 4 AGG: Für Kündigungen gelten ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz.

§ 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 dieses Ziels müssen angemessen und erforderlich sein. Derartige unterschiedliche Behandlungen können insbesondere Folgendes einschließen: ...

- nach § 10 S. 3 Nr. 6. AGG: eine Berücksichtigung des Alters bei der Sozialauswahl anlässlich einer betriebsbedingten Kündigung im Sinne des § 1 KSchG, soweit dem Alter kein genereller Vorrang gegenüber anderen Auswahlkriterien zukommt, sondern die Besonderheiten des Einzelfalles und die individuellen Unterschiede zwischen den vergleichbaren Beschäftigten, insbesondere die Chancen auf dem Arbeitsmarkt entscheiden, oder
- nach § 10 S. 3 Nr. 7 AGG: die individual- oder kollektivrechtliche Vereinbarung der Unkündbarkeit von Beschäftigten eines bestimmten Alters und einer bestimmten Betriebszugehörigkeit, soweit dadurch nicht der Kündigungsschutz anderer Beschäftigter im Rahmen der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 des KSchG grob fehlerhaft gemindert wird.

2. Die Ausschließlichkeitsvorschrift des § 2 Abs. 4 AGG

§ 2 Abs. 4 AGG soll klarstellen, dass es für die Wirksamkeit einer Kündigung ausschließlich darauf ankommt, ob Kündigungsgründe vorhanden sind und die formellen Voraussetzungen für eine Kündigung eingehalten wurden. Eine Diskriminierung ist grundsätzlich ausgeschlossen, wenn die Kündigung durch einen Kündigungsgrund im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG bzw. des § 626 BGB gerechtfertigt ist.

Das Motiv für eine Kündigung soll nach Auffassung des Gesetzgebers keine Rolle spielen, solange nur objektiv ein Kündigungsgrund gegeben ist. Diese Auffassung ist allerdings umstritten: Zwar sperre § 2 Abs. 4 AGG eine Anwendbarkeit des AGG im Hinblick auf die Beendigungswirkung der Kündigung. Die Vorschrift sei allerdings richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass die Geltendmachung eines Entschädigungsanspruches nach § 15 Abs. 2 AGG in diesen Fällen nicht ausgeschlossen ist. Das muss richtig sein, denn die europäischen Richtlinien lassen es nämlich nicht zu, den Kündigungsschutz insgesamt auszunehmen. Es wird nicht lange

auf sich warten lassen, bis deutsche Arbeitsgerichte den EuGH zur Klärung dieser Frage bemühen werden.

3. Berücksichtigung des Alters bei der Sozialauswahl, § 10 S. 3 Nr. 6 AGG

So ganz ernst hat es der Gesetzgeber mit der Ausschließlichkeit des allgemeinen Kündigungsrechts aber offenbar nicht genommen. Denn sonst dürfte es die Regelung in § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG nicht geben. Dass dem Alter kein genereller Vorrang gegenüber den anderen Auswahlkriterien des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG zukommt, entspricht ständiger Rechtsprechung des BAG.

Alsdann regelt die Vorschrift, dass unter mehreren vergleichbaren Arbeitnehmern, die sonst über die gleichen Sozialdaten im Sinne des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG verfügen, das unterschiedliche Alter nicht den Ausschlag geben darf, sondern insoweit die Besonderheiten des Einzelfalles, insbesondere die Chancen auf dem Arbeitsmarkt, entscheiden. Bei im Übrigen gleichen Sozialdaten darf also nicht ausschlaggebend auf das Alter abgestellt werden. Punkteschemata für die Sozialauswahl, die sich bei der Entlassung einer größeren Anzahl von Arbeitnehmern in der Praxis bewährt haben, bedürfen also zumindest der Modifikation. Wie die individuellen Chancen auf dem Arbeitsmarkt ermittelt werden sollen, ist unklar. Muss künftig vorher eine Anfrage bei der Arbeitsagentur erfolgen und/oder muss der Unternehmer einen Personalberater zu Rate ziehen, der Aussagen über die Vermittlungschancen der einzelnen Arbeitnehmer machen kann?

4. Vereinbarter Kündigungsschutz, § 10 S. 3 Nr. 7 AGG

Die Regelung lässt Unkündbarkeitsbestimmungen in Arbeitsverträgen und Kollektivvereinbarungen nur mit einer doppelten Einschränkung zu: Die Unkündbarkeit muss von einem bestimmten Alter und einer bestimmten Betriebszugehörigkeitszeit abhängen.

Auch solche Unkündbarkeitsregelungen sind aber unzulässig, wenn sie den Kündigungsschutz anderer Beschäftigter im Rahmen der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG grob fehlerhaft mindern. Zur Beurteilung dieses Umstandes soll eine Betrachtung des konkreten Einzelfalles notwendig sein. Steht also z.B. nach § 34 Abs. 2 TVöD einem danach unkündbaren 40-jährigen Arbeitnehmer mit 15-jähriger Zugehörigkeit zum öffentlichen Dienst ein vergleichbarer 55-jähriger Arbeitnehmer mit 14 Jahren Zugehörigkeit gegenüber, kann die Unkündbarkeitsbestimmung keine Wirkung entfalten. Das bedeutet, dass der Arbeitgeber bei der Sozialauswahl die unkündbaren vergleichbaren Arbeitnehmer stets im Blick haben muss, um sich zu vergewissern, ob in der konkreten Situation eine grob fehlerhafte Minderung des Kündigungsschutzes anderer noch nicht unkündbarer Arbeitnehmer droht. Das weicht von der bisherigen Rechtslage deutlich ab. Das BAG stand bislang auf dem Standpunkt, dass Arbeitnehmer mit einzel- oder

tarifvertraglich vereinbarter Unkündbarkeit von vornherein nicht in die nach § 1 Abs. 3 KSchG vorgesehene Sozialauswahl einzubeziehen sind.

„Der Tragödie zweiter Teil“

Am 19.10.2006 hat der Bundestag „still und heimlich“ Änderungen am AGG verabschiedet. Versteckt im „Zweiten Gesetz zur Änderung des Betriebsrentengesetzes“ wurden Änderungen am AGG beschlossen, die am 03.11.2006 den Bundesrat passiert haben und nach Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt in Kürze in Kraft treten werden.

Nach dem Änderungsgesetz werden in § 10 S. 3 AGG die Nr. 6 und 7 ersatzlos gestrichen. Also hat es der Gesetzgeber mit der Ausschließlichkeitsvorschrift des § 2 Abs. 4 AGG doch ernst gemeint. Durch die Streichung untermauert der Gesetzgeber die von ihm gewollte, dann aber doch zunächst nicht vollständig durchgeführte Herausnahme von Kündigungen aus dem Anwendungsbereich des AGG.

Ob allerdings genau diese Bereichsausnahme für Kündigungen gem. § 2 Abs. 4 AGG nicht gegen die europäischen Vorgaben des AGG verstößt, wird ebenfalls einer Klärung durch die Gerichte, namentlich durch den EuGH, überlassen bleiben.

VI. Beweislast

1. Abgestufte Beweislast

Auch im Arbeitsgerichtsprozess gilt normalerweise, dass jede Partei das vortragen und beweisen muss, was ihren Anspruch stützt. Im „Diskriminierungsprozess“ kennt der Arbeitnehmer/Bewerber die Entscheidungsprozesse beim Arbeitgeber indes oft gar nicht; er kann dazu also nicht konkret dazu vortragen. Daher erlaubt das AGG dem Kläger, zunächst nur Indizien, die eine Benachteiligung wegen eines Diskriminierungsmerkmals vermuten lassen, vorzutragen und zu beweisen. Der Arbeitgeber muss dann darlegen und beweisen, dass er nicht gegen das AGG verstoßen hat.

2. Vermutung

Die Vermutung zugunsten des Klägers greift nur, wenn er im 1. Schritt vorträgt, dass ihn der Arbeitgeber überhaupt benachteiligt hat. Er muss eine konkrete Maßnahme, eine Entscheidung oder ein Unterlassen des Arbeitgebers vorbringen. Er muss darlegen, dass er damit anders als andere Arbeitnehmer/Bewerber behandelt wird.

Beispiele: „Nur ich als behinderter Werkzeugmacher muss immer abends die Halle fegen; meine Kollegen, die alle nicht behindert sind, werden mit dieser Aufgabe nicht betraut.“ oder Ich bin als Bewerber abgelehnt worden, weil ich ein Mann bin.“

Er muss darüber hinaus Indizien vortragen, nach denen eine Diskriminierung überwiegend wahrscheinlich ist. Dabei kommt es nicht darauf an, dass der Arbeitnehmer sich diskriminiert „fühlt“, sondern dass auch für einen verständigen Dritten ein Zusammenhang zwischen den Indizien und der Benachteiligung erkennbar ist. Je nach Art der Benachteiligung kommen folgende Indizien in Betracht:

- Inhalt der Ausschreibung/Stellenanzeige (z.B. „Arzthelferin“; „der Bewerber darf nicht behindert sein“; Höchst-/Mindestaltersgrenzen)
- ausdrückliche Ablehnung des Bewerbers wegen eines Diskriminierungsmerkmals
- gleich gelagerte Fälle in der Vergangenheit
- Statistiken über bestimmte Zahlenverhältnisse im Unternehmen und Zusammenhang mit der behaupteten Diskriminierung („*alle Deutschen im Unternehmen werden – trotz gleicher Arbeit – besser entlohnt als die Ausländer*“)

Der Arbeitgeber muss dann im 2. Schritt bestreiten, dass dieser Vortrag richtig ist und/oder die fehlende Aussagekraft reklamieren.

Beispiel: Die angeblich gleich gelagerten Fälle aus der Vergangenheit hängen mit der behaupteten Diskriminierung sachlich nicht zusammen;

Anschließend ist im 3. Schritt der Arbeitnehmer/Bewerber wieder an der Reihe: Er muss für seinen Vortrag Beweis antreten. Das geschieht – wie auch sonst im Gerichtsverfahren – durch Zeugen, Sachverständige etc., nicht aber durch eidesstattliche Versicherungen. Gelingt dem Kläger dieser Beweis nicht, verliert er den Prozess. Gelangt das Gericht indes zum Ergebnis, dass der Kläger die Benachteiligung und die Indizien bewiesen hat, wird eine Diskriminierung vermutet.

3. Widerlegung der Vermutung

Diese Vermutung muss der Arbeitgeber widerlegen. Er muss darlegen und beweisen, dass er nicht gegen Bestimmungen des AGG verstoßen hat. Seine Verteidigungslinie hängt dabei von der „Angriffslinie“ des Klägers und vom streitigen Diskriminierungsmerkmal ab:

- | | |
|-------------------------------|---|
| unmittelbare Benachteiligung: | – kein Zusammenhang zwischen Behandlung und Diskriminierungsmerkmal |
| | – Rechtfertigungsgrund (z.B. berufliche Anforderung) |
| mittelbare Benachteiligung: | – sachlicher Grund |

(sexuelle) Belästigung: – wenn überhaupt nur schwer zu rechtfertigen

Verteidigen kann sich der Arbeitgeber z.B. folgendermaßen:

Beispiel: Der Bewerber war objektiv nicht geeignet, es fehlte an der notwendigen Berufserfahrung oder an den vorausgesetzten Sprachkenntnissen; alle Arbeitnehmer müssen in Zukunft im Monatsrhythmus abends kurz die Halle fegen, der Kläger war nur der erste, der damit betraut wurde.

Im Rahmen seiner Verteidigung darf sich der Arbeitgeber auf jeden Fall auf alle Aspekte stützen, die er im Vorfeld der beanstandeten Maßnahme dokumentiert hat. Noch nicht geklärt ist, ob er darüber hinaus Gründe „nachschieben“ darf. Solange diese Frage nicht entschieden ist, tut der Arbeitgeber gut daran, im Vorfeld der Stellenbesetzung, Versetzung oder Beförderung seine Entscheidungskriterien und -findung niederzulegen und diese Dokumente auch aufzubewahren.

Ist der Arbeitgeber Opfer eines „professionellen“ Diskriminierungsklägers geworden, kann er im Prozess zusätzlich den Einwand des Rechtsmissbrauchs erheben. Dazu muss er vortragen, aus welchen Gründen der Kläger sich nicht ernsthaft beworben hatte, und dafür ggf. auch Beweis antreten.

Beispiel: fehlender Hinweis auf die in der Annonce geforderten Kernkompetenzen; Gehaltsvorstellung weit über dem Marktüblichen; lückenhafte Bewerbungsunterlagen (Kurzbewerbung, obwohl ausführliche Bewerbung gefordert); auffälliger Hinweis auf eine Schwerbehinderung, obwohl diese für die Tätigkeit völlig ohne Bedeutung ist.

Zumindest „kritische“ Bewerbungen sollte der Arbeitgeber auf jeden Fall in Kopie aufbewahren; sonst kann er später nur schwer beweisen, welche Mängel diese hatten.

VII. Schlussbemerkung

Sicher ist, dass das AGG den Arbeitgeber zu weiterem bürokratischen Aufwand zwingt und darüber hinaus mit den Schadenersatz- und Entschädigungsregelungen für den Arbeitgeber neue finanzielle Risiken bereithält. Ob die immensen Befürchtungen, die teilweise bereits während des Gesetzgebungsverfahrens geäußert wurden, in Zukunft Wirklichkeit werden, bleibt der verantwortungsvollen Handhabung des neuen Gesetzes durch die Gerichte vorbehalten.

Solange es hier noch keine obergerichtliche Rechtsprechung gibt, ist der Arbeitgeber jedenfalls gut beraten, sich mit dem neuen Gesetz im einzelnen vertraut zu machen und sämtliche mit Personalfragen und Mitarbeiterführung befassten Arbeitnehmer über die neuen gesetzlichen Regelungen eingehend zu informieren. Führt der Arbeitgeber daneben die oben angesprochene

Mitarbeiterschulung in professioneller Weise durch und kommt es zu der erforderlichen erweiterten Dokumentation von Personalvorgängen, sind einige erhebliche Risiken, die aufgrund des neuen AGG entstehen können, jedenfalls erheblich gemindert.

Professionelle Unterstützung bei der Umsetzung des AGG (z.B. bei der Durchführung entsprechender Schulungen oder bei der Formulierung von Stellenausschreibungen) erhalten Sie bei den Fachanwälten unserer Sozietät. Die Abwehr der Entschädigungsklage können Sie uns ebenso anvertrauen wie die Analyse und Bewertung interner Abläufe. Gerne helfen wir Ihnen auch bei der diskriminierungsfreien Gestaltung von Arbeitsverträgen, Betriebsvereinbarungen und (Haus-) Tarifverträgen.

