

AGG: Neue Aufgaben für Betriebsräte

Keine Benachteiligung bei der Einstellung

Die Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) ist endlich in Kraft getreten. Es bringt neue Spielregeln im Betrieb, um die sich der Betriebsrat kümmern muss. Manches was bisher »unangreifbar« war, ist es jetzt nicht mehr. Genau deshalb hat es auch im politischen Raum so viele Widerstände gegeben. Zentrale Vorschrift des neuen Gesetzes ist § 7 Abs. 1. Danach dürfen Beschäftigte nicht »wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes« benachteiligt werden. Will man sie konkret anwenden, muss man drei Fragen beantworten: Was sind die in § 1 genannten Gründe? Was versteht man unter einer »Benachteiligung«? Wann erfolgt diese »wegen« eines der genannten Gründe? Im Folgenden sollen diese Fragen beantwortet und die Ergebnisse dann am Beispiel der Einstellung »durchgespielt« werden.¹

Die so genannten verpönten Merkmale

Nach § 1 darf niemand benachteiligt werden

- **wegen seiner (angeblichen) Rasse.** Dazu gehören Hautfarbe, Gesichtsform, Haare, also äußerliche Merkmale, die von Rassisten zum Anknüpfungspunkt für feindselige Handlungen, zumindest für »Verachtung« genommen werden
- **wegen seiner ethnischen Herkunft.** Dies betrifft beispielsweise die dänische Minderheit in Schleswig-Holstein, aber auch Sinti und Roma. Wichtigste Gruppe sind die in Deutschland wohnenden Personen ausländischer Abstammung. Dabei spielt die Staatsangehörigkeit keine Rolle. Geschützt ist auch der Türke, der mittlerweile einen deutschen Pass hat. »Russlanddeutsche« und andere Spätaussiedler sind gleichfalls erfasst, weil sie eine eigene Gruppenidentität besitzen und häufig sprachliche und kulturelle Besonderheiten aufweisen. Ob sich auch ein Bayer in Berlin wegen Benachteiligung beklagen kann, weil man ihm mit Vorbehalten begegnet sei, ist noch unklar. Gewisse Chancen hätte er in einem gerichtlichen Verfahren durchaus
- **wegen des Geschlechts.** Dieses Diskriminierungsverbot existiert in Form des bisherigen § 611a BGB seit 25 Jahren. Man darf also grundsätzlich niemanden »als Mann« oder »als Frau« benachteiligen. So war es schon bisher nach § 611b BGB verboten, eine Stelle nur für ein Geschlecht auszuschreiben (»Rechtsanwältin gesucht«). Wichtigster Anwendungsfall ist die Schwangerschaft, die zu keinen Schlechterstellungen führen darf. Dies gilt auch für schwangerschaftsbedingte Krankheiten, soweit sie während der Schutzfrist auftreten.² Erzählt eine Bewerberin beim Einstellungsgespräch von ihrem Kinderwunsch und

erhält sie daraufhin nur einen befristeten Vertrag, ist auch dies eine unzulässige Anknüpfung am Geschlecht³

– **wegen der Religion.** Dazu gehören die großen Weltreligionen wie beispielsweise Christentum und Islam in ihren verschiedenen Spielarten, aber auch kleine Gruppen wie die Zeugen Jehovas oder die Mormonen. Die »Scientology Kirche Hamburg e.V.« ist nach der Rechtsprechung des BAG keine Religionsgesellschaft, sondern ein kommerzielles Unternehmen;⁴ ob dies für andere Untergliederungen gilt, ist offen. Zur Religion gehört auch das Recht, seine Lebensführung an ihren Geboten auszurichten, als Muslima beispielsweise ein Kopftuch zu tragen⁵

– **wegen der Weltanschauung.** Dazu gehört der Marxismus (was bei Kündigungen wegen Mitarbeit bei der Stasi Bedeutung gewinnt), aber auch die Anthroposophie. Anders als bei der Religion wird die Welt aus sich selbst heraus erklärt. Die Fassungen der zugrunde liegenden EG-Richtlinie in den 19 (!) anderen Gemeinschaftssprachen, die für die Auslegung genauso wichtig sind wie die deutsche, stellen allerdings ausschließlich auf die »Überzeugung« eines Menschen ab, so dass beispielsweise auch ein Tiereschützer erfasst ist⁶

– **wegen der Behinderung.** Damit ist nicht nur die »Schwerbehinderung« gemeint, sondern jede Form der Behinderung wie sie in § 2 Abs. 1 SGB IX definiert ist. Dies ist in der Amtlichen Begründung zum AGG ausdrücklich hervorgehoben worden.⁷ Wer einen GdB von 40 hat, ohne den Schwerbehinderten gleichgestellt zu sein,⁸ ist daher ebenso erfasst wie beispielsweise eine Person, die an Platzangst oder an Essstörungen leidet und deren Teilhabe am sozialen Leben deshalb für mehr als sechs Monate beeinträchtigt ist

– **wegen des Alters.** Gemeint ist das ältere wie das jüngere Alter. Unzulässig ist es deshalb, dass § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB bei der Dauer der Betriebszugehörigkeit die Jahre vor der Vollendung des 25. Lebensjahres nicht mitrechnet. Ein Unternehmen, das Stellen nur für »Bewerber bis 35« aus schreibt, würde die Älteren benachteiligen

¹ Einzelheiten zum neuen Gesetz bei Däubler/Bertzbach (Hrsg.), Kommentar zum AGG, Baden-Baden 2006 (erscheint im November).

² EuGH v. 8.9.2005 – Rs. C 191/03, NZA 2005, 1105 (mit der durchaus angreifbaren Beschränkung, dass dies nach Ablauf der Schutzfristen nicht mehr gelten soll).

³ So der Fall ArbG Wiesbaden v. 12.2.1992 – 6 Ca 2/92 – AiB 1992, 298.

⁴ BAG v. 22.3.1995 – 5 AZB 21/94, NZA 1995, 823.

⁵ BAG v. 10.10.2002 – 2 AZR 472/01, NZA 2003, 483.

⁶ Dazu im Einzelnen Däubler in einer der nächsten NJW-Ausgaben.

⁷ BR-Drucksache 329/06, S. 31, 9. Absatz der Erläuterungen zu § 1 AGG.

⁸ So der Fall ArbG Berlin v. 13.7.2005 – 86 Ca 24618/04, NZA-RR 2005, 608.

– **wegen sexueller Identität.** Gemeint ist damit insbesondere die Homosexualität von Männern und Frauen, aber auch eine atypische sexuelle Lebensweise, soweit sie nicht gegen Strafgesetze verstößt.

Dabei besteht Konsens, dass nicht nur das reine Merkmal als solches, sondern auch Eigenschaften und Verhaltensweisen erfasst sind, die mit dem Merkmal zusammenhängen. Besonders deutlich wird dies bei der religiösen oder weltanschaulichen Betätigung.

Die Benachteiligung

„Benachteiligung“ meint „Schlechterstellung“ im Vergleich zu einem anderen. Die Bewerbung wird nicht berücksichtigt (sondern ein anderer eingestellt), die Beförderung erfolgt, weil jemand Ausländer, Frau usw. ist. Er fasst sind aber auch faktische Beeinträchtigungen; der „Merkmalssträger“ erhält beispielsweise als einziger keinen Internet-Anschluss oder wird mit sinnlosen Arbeiten beschäftigt.⁹ Voraussetzung ist im Regelfall eine „Vergleichsperson“. Im Verhältnis zu dieser wird der Betroffene „zurückgesetzt“, erhält also die Stelle nicht, wird schlechter bezahlt usw.

Wenn ein solcher Vorgang nicht ganz ausnahmsweise nach § 8 Abs. 1 AGG gerechtfertigt ist, spricht man von einer „unmittelbaren Diskriminierung“ im Sinne des § 3 Abs. 1 AGG.¹⁰ Wegen der Schwangerschaft wird die Frau nicht eingestellt, wegen Fehlens perfekter Sprachkenntnisse wird der Ausländer nicht berücksichtigt, obwohl man diese an dem fraglichen Arbeitsplatz gar nicht benötigt.

Weiter kann es passieren, dass zwar an keines der fraglichen Merkmale angeknüpft wird, dass sich eine Regelung aber faktisch zu Lasten einer Gruppe auswirkt. Bekannt ist der Fall der Teilzeit: Da knapp 90 Prozent aller Teilzeitarbeiter Frauen sind, ist jede Schlechterstellung von Teilzeitarbeit zugleich eine Benachteiligung von Frauen. Man spricht insoweit von mittelbarer Diskriminierung, die in § 3 Abs. 2 AGG umschrieben ist.

Außer dem »negativen Betroffensein« (beispielsweise durch Vorenthaltung von Sozialleistungen) muss hinzu kommen, dass sich die Regelung nicht durch ein »rechtmä-

- 9 S. den Fall LAG Schleswig-Holstein v. 25.7.1989 – 1 (3) Sa 557/88, LAGE § 612a BGB Nr. 4, wo es um Benachteiligung wegen der Ausübung von Rechten ging.
- 10 Zur Rechtfertigung nach § 8 Abs. 1: Es muss sich um »wesentliche und einschneidende berufliche Anforderungen« handeln, wobei der damit verfolgte Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen sein muss. Paradebeispiel ist die Rolle des jugendlichen Liebhabers im Theater, die weder mit einer Frau noch mit einem älteren Herrn besetzt werden kann. Einzelheiten bei Däubler/Bertzach-Bros, a. a. O., Erläuterungen zu § 8 AGG.
- 11 BVerfG v. 16.11.1993 – 1 BvR 258/86, AP § 612a BGB Nr. 9 BL 4R; BAG 5.2.2004 – 8 AZR 112/03, NZA 2004, 549, 544
- 12 So der Sachverhalt in ArbG Wuppertal v. 10.12.2003 – 3 Ca 4927/03, LAGE § 626 BGB 2002 Nr. 22 mit Anm. Hoppe/Wege.
- 13 So der Fall LAG Köln v. 8.11.2000 – 3 Sa 974/00, NZA-RR 2001, 232.
- 14 So EUGH v. 9.11.1990 – Rs. C-177/88, NZA 1991, 171 – Dekker.
- 15 So der Fall ArbG Wiesbaden v. 12.2.1992 – 6 Ca 2/92, Arb 1992, 298.

Kausalität

Die Benachteiligung muss »wegen« eines der Gründe nach § 1 erfolgen. Nach der Rechtsprechung zur Gleichberechtigung von Mann und Frau ist es unschädlich, wenn daneben noch andere Erwägungen eine Rolle gespielt haben: Es genügt, dass das Geschlecht ein Argument in einem »Motivbündel« war.¹¹ Für die anderen Merkmale kann nichts anderes gelten. Auch spielt es keine Rolle, wenn diese in Wahrheit gar nicht vorlagen, sondern nur irrtümlich angenommen wurden: Der Sinti ist in Wirklichkeit gar keiner, der türkische Bewerber kein radikaler Moslem, sondern ein überzeugter Anhänger Atatürks, der angebliche Homosexuelle glücklich verheiratet. Würde man anders entscheiden, müsste im Streitfall Beweis erhoben werden, was man niemandem zumuten kann.

Unmittelbare Diskriminierung bei der Einstellung

Im Einzelfall kann es nun passieren, dass die Einstellung eines Bewerbers deshalb unterbleibt, weil er Träger eines der genannten Merkmale ist. Der Arbeitgeber entscheidet sich beispielsweise, keine Türlinien mehr einzustellen, weil er der Ansicht ist, bei jeder Auseinandersetzung deren gesamte »Sippe« am Hals zu haben.¹² Oder: Der Arbeitgeber ist der Auffassung, Frauen könnten keine schweren Säcke schleppen und lehnt deshalb eine Bewerberin ab.¹³ Erst recht liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Einstellung wegen Schwangerschaft unterbleibt.¹⁴ Dasselbe gilt dann, wenn eine Frau im Gespräch ihren Wunsch nach Kindern mitteilt und sie dann nur einen befristeten Vertrag erhält¹⁵ oder abgewiesen wird. Auch die Religion kann eine Rolle spielen. Der Arbeitgeber ist streng gläubiger Katholik und will keinen Protestanten in seinem Betrieb haben (oder gar einen Atheisten oder einen anderen »Ungläubigen«). Nur die Kirchen und ihre Einrichtungen dürfen nach § 9 AGG in gewissem Umfang darauf abstellen. Die Behinderung als solche darf bei der Einstellung keine Rolle spielen. Lediglich dann, wenn die Eigenschaft die Tätigkeit beeinträchtigt ist, weil beispielsweise bestimmte Teilaufgaben nicht übernommen werden können (Extrembeispiel: Blinder kann nicht Auto fahren), ist eine Ablehnung gerechtfertigt. Nach Art. 5 der EG-Rahmenricht-

linie muss der Arbeitgeber aber zumutbare Vorkehrungen treffen, um auch Behinderten Arbeitsmöglichkeiten zu verschaffen. Dies gilt nicht nur für Schwerbehinderte (für die das SGB IX sorgt), sondern für alle, auch für »einfache« Behinderte. Das Verheiratet-Sein darf nicht zur Einstellungs-voraussetzung gemacht werden. Dies würde alle homosexuell Veranlagten und alle der sexuellen Enthaltsamkeit folgenden Menschen von vorne herein ausschließen.

An diesen Grundsätzen ändert sich nichts, wenn Kunden Vorbehalte gegen bestimmte Personengruppen haben: Sie akzeptieren beispielsweise nur schwer einen ausländischen Verkäufer oder eine weibliche Vermögensberaterin; erst recht sind ihnen Homosexuelle ein Gräuel. Vorurteile dieser Art sind rechtlich ohne Bedeutung. Nur dann, wenn sich eine bestimmte geschäftliche Tätigkeit mit bestimmten »Merkmalsträgern« überhaupt nicht mehr vernünftig durchführen lässt, gilt etwas Anderes. Beispiel ist eine Tätigkeit im arabischen Raum durch eine Frau, die als Verhandlungspartnerin nicht ernst genommen würde.

Verdeckte Diskriminierungen

Nur in seltenen Ausnahmefällen liegen die Dinge so klar wie in den hier genannten Beispielen. Wann wird schon ein Arbeitgeber so dumm sein, im Zusammenhang mit einer Einstellung zu erklären, er wolle »keine Kanaken« im Betrieb oder Frauen seien faul und geschwätzig? Eher kommen schon Fälle vor, in denen man bestimmte Argumente »vorschiebt«, die eigentlich neutral klingen, aber bestimmte Personen ausschließen sollen. Man setzt beispielsweise für eine Tätigkeit in einer Bank »Dienst bei der Bundeswehr« voraus, obwohl beides nichts miteinander zu tun hat.

Oder man verlangt bei ganz einfachen Tätigkeiten, bei denen eine Einweisung von wenigen Stunden genügt, eine »langjährige Berufserfahrung«, was Jüngere im Verhältnis zu Älteren ohne Grund benachteiligt. Auch »fließende deutsche Sprachkenntnisse«, die man am fraglichen Arbeitsplatz gar nicht benötigt, gehören in diese Kategorie. Derlei fiktive Anforderungen sollen nur die Absicht verdecken, bestimmte Bewerbergruppen von vorne herein nicht zu berücksichtigen; man spricht insoweit von verdeckter (unmittelbarer) Diskriminierung.

Mittelbare Diskriminierung

Wird in etwa gleichzeitig eine größere Zahl von Stellen besetzt, so kann es zu einer mittelbaren Diskriminierung kommen. Beworben haben sich beispielsweise zu 70 Prozent Frauen und zu 30 Prozent Männer, unter den Eingestellten machen die Männer aber 80 Prozent und die Frauen 20 Prozent aus. Dies führt allerdings noch nicht zu dem automatischen Schluss, die abgewiesenen Frauen seien diskriminiert worden; vielmehr kommt es darauf an, ob ein sachlicher und angemessener Grund für die jeweilige Ent-

scheidung sprach. Der Arbeitgeber muss sich also für seine Entscheidung rechtfertigen und kann nicht mehr »frei Schnauze« bestimmen, was Sache ist. Dies wird von vielen eher konservativen Juristen kritisiert, ist aber rechtlich unbedenklich und in der Sache ganz erfreulich.

Was geschieht, wenn es nur zu ganz wenigen Einstellungen oder gar nur zu einer Stellenbesetzung kommt? Wenn hier Deutsche gegenüber Ausländern, Männer gegenüber Frauen, Nichtbehinderte gegenüber Behinderten, Jüngere gegenüber Älteren vorgezogen werden, so kann diese Einseitigkeit auf Zufall beruhen: Die wenigen ausgesuchten Personen waren beispielsweise in der Tat besser qualifiziert.

Allerdings muss man sich hier fragen, wie die bisherige Einstellungspolitik des Unternehmens über die Jahre hinweg beschaffen war: Wurden immer dieselben Gruppen bevorzugt, ist es plausibel, dass dies auch jetzt wieder der Fall war. Dann ist gleichfalls danach zu fragen, ob es einen genügenden Grund für die getroffene Auswahl gab. Im Einzelnen sind die Fragen der mittelbaren Diskriminierung bei der Einstellung aber noch nicht ausreichend diskutiert.¹⁶

Fehlerhafte Ausschreibung

Nach § 11 AGG darf nicht in einer Weise ausgeschrieben werden, dass bestimmte »Merkmalsträger« von vorne herein ausgeschlossen sind. Schon bisher mussten Ausschreibungen geschlechtsneutral sein, woran man sich relativ schnell gewöhnt hat. Nunmehr darf grundsätzlich auch nicht mehr auf die anderen Gründe nach § 1 AGG Bezug genommen werden.¹⁷

Praktische Bedeutung hat dies insbesondere für das Alter; »jung-dynamische Menschen, begeisterungsfähig und unbeschränkt belastbar« darf man nicht mehr suchen. Auch die Älteren oder gesundheitlich etwas Eingeschränkten müssen eine Chance haben. Eine Ausnahme gilt nur dort, wo die fraglichen Merkmale notwendig sind: Der erwähnte Verhandler im arabischen Raum oder die Schauspielerinnen etwa. Wie groß dieser Kreis genau ist, wird die Rechtsprechung zu entscheiden haben. Auch kann ein Arbeitgeber zugunsten von Problemgruppen etwas tun wollen und »ältere Arbeitnehmer« oder »arbeitslose Behinderte« suchen; dazu ermächtigt ihn § 5 AGG. Jüngere bzw. nicht behinderte Arbeitslose könnten sich darüber nicht beklagen.¹⁸

Diskriminierendes Verfahren

Eine unzulässige Benachteiligung kann auch schon darin liegen, dass das Verfahren bestimmte Bewerbergruppen benachteiligt.

¹⁶ Weitere Überlegungen bei Däubler/Bertzach-Däubler § 7 Rdnr. 67 ff.

¹⁷ Einzelheiten bei Däubler/Bertzach-Buschmann, Erläuterungen zu § 11.

¹⁸ Einzelheiten bei Däubler/Bertzach-Hinrichs, § 5 Rdnr. 18 ff., 31 ff.

Das Bundesverfassungsgericht hatte vor über zehn Jahren über den Fall einer Schlosserin zu entscheiden, die trotz hervorragender Qualifikation nicht in die engere Wahl gekommen war, sondern schon vorher durchs Sieb fiel: Unzulässige Diskriminierung, auch wenn völlig offen war, ob sie bei korrektem Verfahren eine reale Chance gehabt hätte.¹⁹ Ähnliches gilt, wenn alle Bewerber, die älter als 35 sind, von vorne herein »ausgesondert« werden. Manchmal geht es aber auch raffiniert zu. Man testet beispielsweise die Allgemeinbildung und fragt nach dem »Wunder von Bern«, das mit ziemlicher Sicherheit ein Deutscher, mit deutlich geringerer Wahrscheinlichkeit aber ein ausländischer Bewerber kennen wird. Oder man fragt nach der Funktionsweise eines Otto-Motors, die bei männlichen Bewerbern eher als bei weiblichen bekannt sein dürfte.²⁰ Nicht leicht zu »knacken« war auch ein Verfahren, das ein (damals der SPD angehörender und nunmehr ganz rechts abgedrifteter) Oberlandesgerichtspräsident vorgeschlagen hatte: Bei der Einstellung von jungen Richtern solle man nicht mehr allein nach der Examensnote gehen, da dann ein Frauenanteil von ca. 60 Prozent entstehen würde. Viel mehr solle man auch Bewerbungsgespräche führen und diese so steuern, dass möglichst zu gut 60 Prozent Männer eingestellt würden. Nur weil die Sache aufflieg und Gegenstand eines Berichts im »Spiegel« wurde, ließ sich der Vorschlag nicht realisieren. Ein mangelhaftes Verfahren liegt auch dann vor, wenn der Arbeitgeber Merkmale nach § 1 AGG wissen will, auf die es bei der konkreten Stelle nicht ankommen darf. Werden etwa die Bewerberinnen nach einer Schwangerschaft gefragt, läge schon darin eine Benachteiligung gegenüber den männlichen Konkurrenten. Unzulässig, weil Männer diskriminierend, ist weiter die Frage nach dem Wehr- oder Zivildienst. Potenziell diskriminierenden Charakter hat auch die Bitte um Auskunft, wer denn die Kinder eines Bewerbers bzw. einer Bewerberin betreue. Nach aller Erfahrung wird dabei sehr viel häufiger bei Frauen als bei Männern ein Fall der Doppelbelastung sichtbar: Wer diese einräumen muss, ist weniger flexibel und hat im Regelfall schon deshalb geringere Einstellungschancen.²¹

Rechtsfolgen

Wer bei der Einstellungsentscheidung oder im Verfahren diskriminiert wurde, kann nicht verlangen, nachträglich eingestellt zu werden. § 15 Abs. 6 AGG schließt dies ausdrücklich aus. Ein solcher Anspruch würde dem Betroffenen auch nicht viel bringen: Ohne Kündigungsschutz in den ersten sechs Monaten wäre er seinen Arbeitsplatz schnell wieder los. Deshalb gibt § 15 Abs. 1 einen Scha-

19 BVerfG v. 16.11.1993 – 1 BvR 258/86, AP Nr. 9 zu § 61a BGG.
20 Beispiel nach Parr-Bertelsmann, Diskriminierung im Erwerbsleben, Baden-Baden 1989, S. 184.
21 DKK, BetrVG, 10. Aufl., Frankfurt 2006, § 94 Rdnr. 19; Fitting, BetrVG, 23. Aufl., München 2006, § 94 Rdnr. 20.
22 Einzelheiten bei Däubler/Bertzach-Deinert, Erläuterungen zu § 15 AGG.

Rolle des Betriebsrats

den.²² Der Betriebsrat muss nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG über die Einhaltung der Gesetze wachen und dazu zählt nunmehr auch das AGG. Wichtiger ist, dass er nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG eine Einstellung die Zustimmung verweigern kann, wenn diese gegen das AGG verstößt. Bei einer fehlerhaften Ausschreibung kann er sich auch auf § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG stützen. Werden Fragebogen benutzt, wird er sein Mitbestimmungsrecht nach § 94 BetrVG geltend machen. Auswahlrichtlinien nach § 95 Abs. 1 BetrVG kann er mit dem Argument blockieren, sie könnten zu einer Diskriminierung führen. Einzelheiten sollen in einem späteren Beitrag dargestellt werden.

Fazit

Das AGG bringt wichtige Veränderungen im Betrieb. Die so genannten verpönten Merkmale dürfen bei Entscheidungen grundsätzlich keine Rolle spielen. Dies gilt bei Einstellungen, aber auch schon im Vorfeld bei der Ausschreibung und bei der Befragung von Bewerbern.

DR. WOLFGANG DÄUBLER ist Professor für Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht, Bürgerliches und Wirtschaftsrecht an der Universität Bremen

aib-web.de
Arbeitsrecht im Betrieb online

Hierzu finden Sie im Internet:
eine Leseprobe aus dem Basiskommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz