

Gleiss Lutz

# Viel Lärm um nichts! – Das AGG im Unternehmeralltag

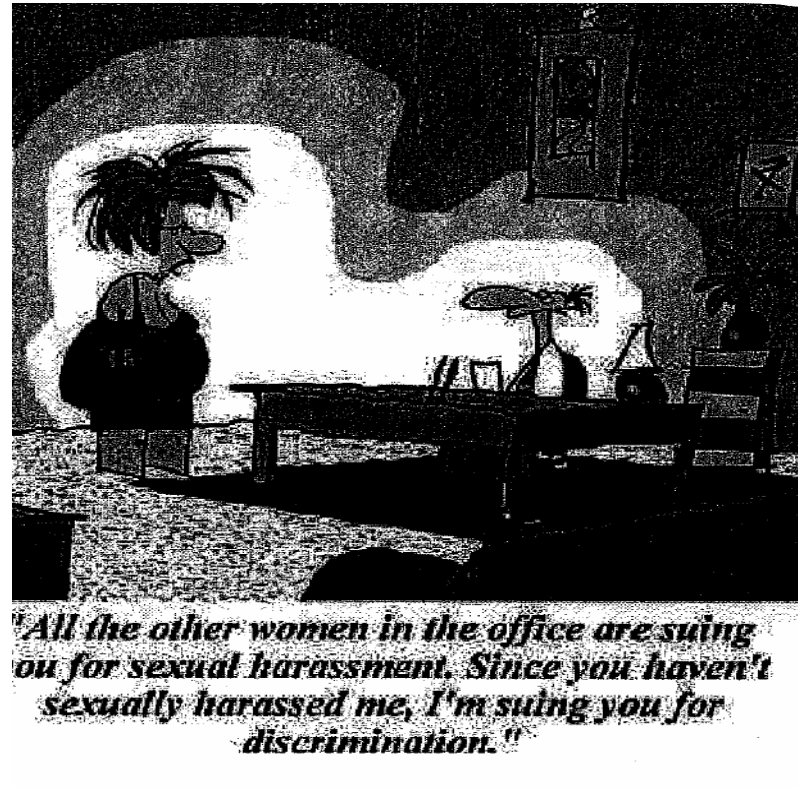
Kommunikationskongress Berlin

Dr. Jobst-Hubertus Bauer, 11. Oktober 2007

# Gliederung

- I. Einleitung
- II. Grundlagen
- III. Diskriminierungsmerkmal „Alter“
- IV. Schadensersatz und Entschädigung
- V. Beweislastverteilung
- VI. AGG in der betrieblichen Praxis
- VII. Erste Gerichtsentscheidungen
- VIII. Fazit und Ausblick

# I. Einleitung



# I. Einleitung

Edna Miller et al vs Department of Corrections  
California Supreme Court – 30 Cal Rptr 3d 797 (2005)

**„Sexual favoritism may create a hostile work environment and thus can be regarded as a violation of anti-harassment and anti-discrimination laws“**

# I. Einleitung

- **Focus 33/2007:** „Das Gesetz gegen Diskriminierung hat bisher noch keine Prozessflut ausgelöst.“
- **Die „andere“ Seite:**
  - In zwölf Monaten rund 2.300 Anfragen an die Antidiskriminierungsstelle, davon 40% wegen konkreter Einzelfälle (FAZ 15.8.2007, S. 12).
  - Dazu ungezählte Anfragen an Anwälte und Verbandsvertreter, außergerichtliche Vergleiche.
  - Mittelbare Bedeutung des AGG für andere Bereiche des Arbeitsrechts.
  - Volkswirtschaftliche Mehrkosten: EUR 1,73 Milliarden (Schätzung der Initiative Neue Soziale Marktwirtschaft).

## II. Grundlagen

- **Diskriminierungen** (§ 1 AGG, Art. 13 EGV und EG-Richtlinien 76/207, 2000/43, 2000/78) „aus Gründen“ bzw. „wegen“:

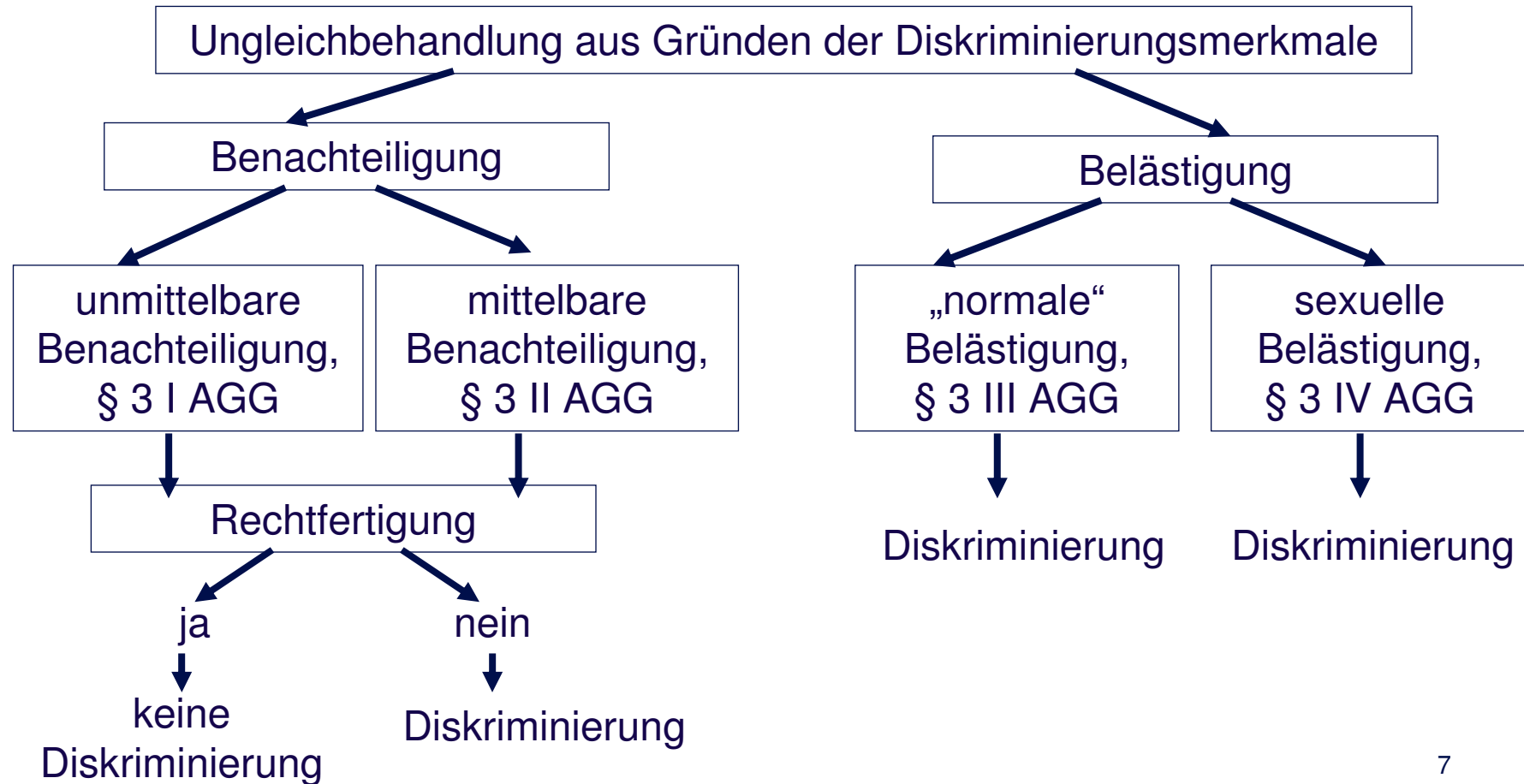
- Rasse und ethnische Herkunft
- Geschlecht
- Religion und Weltanschauung
- Behinderung
- Alter
- sexuelle Identität

sind **verboten** (§ 7 I AGG). Ebenso **Belästigungen** (§ 2 III, IV AGG).

- Bestimmungen in **Vereinbarungen**, die gegen dieses Verbot verstoßen, sind unwirksam. Was gilt dann?

## II. Grundlagen

- **Kurzüberblick**



## II. Grundlagen

- **Persönlicher Geltungsbereich, § 6 AGG.**
  - Arbeitnehmer
  - Auszubildende
  - Bewerber
  - Selbstständige und Organmitglieder bzgl. „Zugang zur Erwerbstätigkeit sowie den beruflichen Aufstieg“
- **Dilettantismus** des Gesetzgebers (Beispiele: § 2 II 2, IV AGG).

### III. Diskriminierungsmerkmal „Alter“

- Das Alter stellt das Diskriminierungsmerkmal dar, dessen Einführung die **größten Auswirkungen** auf das nationale Recht hat.
- **Beachte:** Geschützt ist sowohl „altes Alter“ als auch „junges Alter“. Dies ergibt sich sowohl aus den Richtlinien als auch der Begründung und dem Wortlaut des AGG (vgl. § 10 III Nr. 2). Anders USA: Geschützt sind ältere AN (über 40)!
- **Folge:** Der Arbeitgeber bewegt sich zwischen „Skylla und Charybdis“.
- **Differenzierung nach Alter** ist immer noch **gang und gäbe:** Mindest- bzw. Höchstalter bei Einstellung, Sozialauswahl, Alterssicherung (Beispiel Tarifverträge), Gehalt, Abfindungen, Altersabstandsklauseln bei Witwer-/Witwenversorgung.

# IV. Schadensersatz und Entschädigung

- **Schadensersatz** (§ 15 I AGG): Ersatz für nachgewiesenen materiellen Schaden (**Gretchenfrage**: Welche Höhe?).
- **Entschädigung** (§ 15 II AGG):
  - „**Schmerzensgeld**“ für diskriminierendes Verhalten.
  - Max. drei Monatsgehälter, wenn Bewerber auch ohne Diskriminierung nicht eingestellt worden wäre.
  - Sonst keine Obergrenze („**amerikanische Verhältnisse**“? „**punitive damages**“?).
- **Steuerfreie Entschädigung** statt steuerpflichtiger Abfindung bei Beendigung von Arbeitsverhältnissen?

# IV. Schadensersatz und Entschädigung

- **Haftung** des AG für Verhalten von
  - **Vorständen/Geschäftsführern** (§ 31 BGB).
  - **Vorgesetzten** bei Wahrnehmung von Arbeitgeberfunktionen (§ 278 BGB).
  - **Headhuntern/Personalberatern** und der **Bundesagentur für Arbeit** (§ 278 BGB)
  - **Beschäftigten?** Nur wenn **nicht** ausreichend **geschult!**
  - **Schulungen:** „Kirche im Dorf lassen!“

# IV. Schadensersatz und Entschädigung

- **Ausschlussfrist**
  - **Zweistufige** Ausschlussfrist für Schadensersatz und Entschädigung:
    - **Schriftliche Geltendmachung** innerhalb von **zwei Monaten** (§ 15 IV AGG).
    - **Klage** vor Gericht innerhalb von **drei Monaten** nach schriftlicher Geltendmachung (§ 61 b I ArbGG).

# V. Beweislastverteilung

- **Abgestufte Beweislastverteilung:**
  - AN muss **Indizien beweisen**, die eine verbotene Benachteiligung vermuten lassen (§ 22 AGG).  
Klassisches Beispiel: Diskriminierende Stellenanzeige.
  - Gelingt dies, muss **AG nachweisen**, dass keine verbotene Benachteiligung vorliegt oder dass die Benachteiligung gerechtfertigt ist.

## VI. AGG in der betrieblichen Praxis

- **Stellenausschreibungen/-anzeigen** und **Einstellungsfragebögen** auf Neutralität überprüfen.
- Mitarbeiter mit **Einstellungsbefugnis** und Mitarbeiter, die Auskunft über freie Stellen/Bewerbungsverfahren geben dürfen, unverzüglich und umfassend schulen.
- Auswahlvorgänge **dokumentieren** und mind. drei Monate aufbewahren.
- Text des AGG im Betrieb **aushängen**.
- **Beschwerdestelle** benennen und Beschäftigte darüber informieren.
- Belegschaft „zum Zwecke der Verhinderung von Belästigungen“ maßvoll **schulen**.

# VI. AGG in der betrieblichen Praxis

- **Bewerbungsgespräch**

- **Vermeidungsstrategien:**

- Soweit eine Kenntnis von diskriminierungsrelevanten Daten für die Abwicklung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist (z.B. Alter wegen Aufnahme in die betriebliche Altersversorgung): **nach** Einstellung aufnehmen.
    - **Nicht „negativ“** nach „Hindernissen“ **fragen**, sondern „positiv“ nach der Eignung des Bewerbers für die Stelle.
    - **Zulässige Frage:** „Sind Sie in der Lage, diese Tätigkeit – mit oder ohne geringfügige Hilfestellungen - auszuüben?“ (vgl. § 81 IV SGB IX).

# VI. AGG in der betrieblichen Praxis

- **Bewerbungsgespräch** (Forts.)
  - Umgang mit **kritischen Situationen**, z.B. aufgedrängtes Outing, Offenbarung einer Behinderung
    - nur **eine** richtige Antwort: „Das spielt für uns keine Rolle.“
    - **keine** Notizen machen.
    - **sofort** zu Sachfragen übergehen.

# VI. AGG in der betrieblichen Praxis

- **Personalentscheidung**

- **Sorgfältige Dokumentation**, weil es schwierig ist, durch „nachgeschobene Gründe“ ein etwaiges Indiz für eine Benachteiligung zu widerlegen.
- **Stichworte** genügen.
- **Zulässige Kriterien:**
  - „**hard facts**“ (Ausbildung, Noten, Zeugnisse, besondere Kenntnisse und Fähigkeiten)
  - „**soft skills**“ (Auftreten, Ausstrahlung, Motivation, Teamfähigkeit)
  - **Bauchgefühl**

17

# VI. AGG in der betrieblichen Praxis

- **Absage**

- Dokumentation des **Zugangs**?

- **Vorteil:** Geltendmachungsfrist endet zwei Monate nach Zugang der Absage (§ 15 IV AGG).
- **Nachteil:** Erheblicher Verwaltungsaufwand.

- Alternative Online-Bewerbungen: **Lesebestätigung** anfordern.

- **Vorsicht** bei der Angabe von Gründen für die Nichtberücksichtigung eines Bewerbers.

# VI. AGG in der betrieblichen Praxis

- **Schulung**

- Inhalt und Umfang:

- **Alle** Beschäftigten, auch Neueintritte.
    - Keine juristische Belehrung, sondern Vermittlung **ethischer Maßstäbe** („Alle Menschen sind gleich“).
    - **Aber**: Vollständig i.S.d. AGG, d.h. alle Benachteiligungsgründe (§ 1 AGG) und alle verbotenen Handlungen (§ 3 AGG).
    - Einbindung in betriebliche Aus- und Fortbildung zulässig (**Achtung**: Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 98 BetrVG).

# VI. AGG in der betrieblichen Praxis

- **Schulung** (Forts.)
  - Nicht notwendig durch **externe Anbieter**.
  - „**Schriftliche** Schulung“ genügt wahrscheinlich nicht.
  - **Turnus**: M.E. alle drei bis fünf Jahre.
- **Dokumentation** (Ausgabe von Schulungsunterlagen, Anwesenheitsliste).

# VI. AGG in der betrieblichen Praxis

- **Reaktionspflichten**

- Reaktionspflichten bestehen grds. erst bei **Nachweis** einer verbotenen Benachteiligung (Ausnahme: besonders schwere Fälle).

- Nach der Generalklausel in § 12 I AGG ist AG aber verpflichtet, dem **Verdacht** einer Benachteiligung nachzugehen.

- **Empfehlung:**

- Erstellung von Reaktionsmustern für Verdachtsfälle.
  - Bildung einer „Antidiskriminierung - task force“?

# VI. AGG in der betrieblichen Praxis

- Überprüfung betrieblicher Regelungen
- **Missbrauch** „AGG-Hopper“, **mangelnde Ernsthaftigkeit**, z.B. Bewerbung eines 54-jährigen Volljuristen mit u.a. folgendem Text in der Fußzeile seines Bewerbungsschreibens „cetero censeo“ (LAG Ba-Wü 13.8.2007 – 3 Ta 190/07):

*„Im Übrigen bin ich der Meinung, dass die Herren Lustmolche und Sittenstrolche, welche als die „Herren Freier“ regelmäßig in Bordellen verkehren, zu einer Sonderabgabe (Bordellumsatzsteuer) herangezogen werden müssten. Mit diesem Steueraufkommen sollte die Lebenssituation der Menschen in Pflegeheimen und Behinderteneinrichtungen verbessert werden.“*

In seinem **Lebenslauf** hieß es: „Seit 1.2.2000 von bezahlter Arbeit ausgeschlossen“ und „seit 1.1.2005 im Zuge der sog. Reform Harz IV auf Bahnhofspennerniveau verharzt“ ...

*„Februar 2004 Bewerbung als Vorstandsvorsitzender der Bundesagentur für Arbeit, Nürnberg, auserwählt: Herr Weise“*

## VII. Erste Gerichtsentscheidungen

### (1) EuGH 2.10.2006, Rs. C-17/05 „*Cadman*“

- Eine Differenzierung nach dem Dienstalter bei der Höhe des Entgelts ist gerechtfertigt. Sachlicher Grund ist die **Honorierung der Berufserfahrung**, die den AN befähigt, seine Arbeit besser zu verrichten.

### (2) EuGH 11.7.2006 – RS. C-13/05 „*Navas*“

- Das Benachteiligungsverbot wegen einer Behinderung schließt eine krankheitsbedingte Kündigung nicht aus.

## VII. Erste Gerichtsentscheidungen

### (3) ArbG Hannover 27.6.2007 – 8 Ca 564/06

- Das Vorhandensein eines Grundleidens (hier: **Multiple Sklerose**), das im maßgeblichen Kündigungszeitpunkt die Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben noch nicht beeinträchtigt, stellt keine Behinderung i.S.v. § 1 AGG dar.

### (4) ArbG Osnabrück 5.2.2007, NZA 2007, 626

- Die **Bildung von Altersgruppen** führt dazu, dass mehr ältere AN gekündigt werden als dies ohne die Altersgruppenbildung der Fall wäre. Sie **verstößt** daher gegen das Verbot der Diskriminierung älterer AN.

## VII. Erste Gerichtsentscheidungen

### (5) LAG Niedersachsen 17.7.2007 – 16 Sa 274/07

- Das **LAG Niedersachsen** ist dem ArbG Osnabrück nicht gefolgt. Anders auch schon LAG Berlin-Brandenburg 13.4.2007 – 13 Sa 2208/06). Die Problematik liegt nun dem BAG vor.

### (6) ArbG Ulm 21.3.2007 – 2 Ca 15/06

- Eine tarifliche Regelung, nach der AN ab einem bestimmten Lebensalter und einer bestimmten Betriebszugehörigkeit nicht mehr ordentlich gekündigt werden können, ist **nicht** wegen Verstoßes gegen das AGG **unwirksam**.

## VII. Erste Gerichtsentscheidungen

### (7) ArbG Frankfurt a.M. 14.3.2007 – 6 Ca 7405/06

- Eine tarifliche Regelung, nach der das Arbeitsverhältnis von **Piloten** der Deutsche Lufthansa AG mit Vollendung des **60. Lebensjahres** endet, verstößt nicht gegen das AGG (vgl. auch BAG 21.7.2004, EzA § 620 BGB 2002 Altersgrenze).

### (8) LAG Berlin 19.10.2006, LAGE § 611 a BGB 2002 Nr. 2

- Bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen geschlechtsbezogener Diskriminierung muss die AN ggfs. Hilfstatsachen darlegen und unter Beweis stellen, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen. Alleine das Vorliegen einer **Schwangerschaft** bei der gegenüber einem männlichen Mitbewerber nicht berücksichtigten Bewerberin um eine Beförderungsstelle reicht hierzu **nicht aus**.

26

# VII. Erste Gerichtsentscheidungen

## (9) LAG Hamburg 17.4.2007 – 3 TaBV 6/07

- Es ist nicht offensichtlich ausgeschlossen (§ 98 ArbGG), dass die Einrichtung einer **Beschwerdestelle i.S.v. § 13 AGG** einem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 I Nr. 1 BetrVG unterliegt.

## VIII. Fazit und Ausblick

- Antidiskriminierungsrecht = unverhältnismäßiger Eingriff in die **Privatautonomie** und **Vertragsfreiheit**.
- Antidiskriminierungsrecht = **staatlich verordnete Moral**, die an den Tugendterror der Jakobiner erinnert (vgl. *Säcker*, ZRP 2002, 286).
- „**Bekehrung**“ durch Gesetzeszwang funktioniert kaum. Statt dessen „gesetzlich verordnete **Heuchelei**“?

## VIII. Fazit und Ausblick

- „**Blüten**“ der Diskriminierungsverbote in Großbritannien (Welt am Sonntag 24.12.2006, S. 3; FAZ 23.12.2006, S. 3).
  - 74% der Unternehmen trauen sich nicht mehr, ihre Räume zu Weihnachten mit christlichem Festschmuck zu dekorieren.
  - Kaum ein Unternehmen sendet seinen Geschäftspartnern zu Weihnachten noch Karten mit dem Gruß „Merry Christmas“.
  - Die traditionelle Tombola steht vor dem Aussterben: Unternehmen befürchten die Inanspruchnahme wegen Diskriminierung durch Anhänger von Religionen, die Glücksspiele verbieten.
- **Betriebsfeste** in USA und Großbritannien mit „Ringelpitz und Anfassen“ aus Angst vor Millionen-Dollar/Pfund-Schadensersatzklagen kaum noch gebräuchlich.

29

### Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

bringt neue Herausforderungen für jeden im Arbeits- und Zivilrecht Tätigen. Sein Anwendungsbereich ist denkbar weit, der Kreis der möglichen Kläger groß.

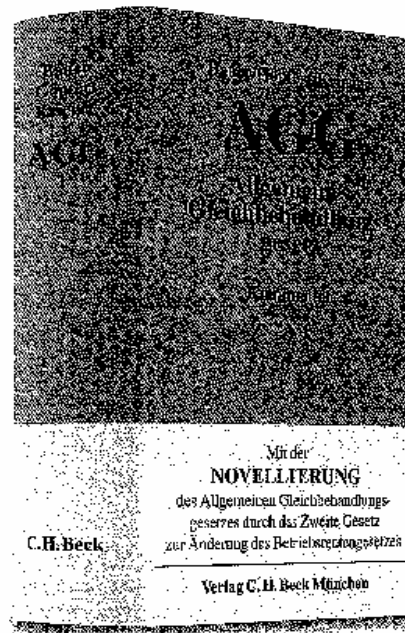
### Der neue Kommentar

gibt Antworten auf die zahlreichen ungeklärten Fragen und gibt praktische Hinweise für die Praxis. Erläutert sind hochaktuelle Themen wie:

- **Vorsorge von Unternehmen** im Hinblick auf das Inkrafttreten des AGG
- **Was darf in Stellenaussagen und Bewerbungsgesprächen gefragt werden?**
- **Effektive Verteidigung von Arbeitgebern gegen Ansprüche** (Kündigungsaufrechnung)
- **Richtige Strukturierung von Einstellungsverfahren und Personalentscheidungen**
- **Verantwortlichkeit des Arbeitgebers für das Handeln Dritter**
- **Verhältnis von KSchG und AGG**
- **Ansprüche auf Schadensersatz und Entschädigung**
- **Rechte von Betriebsräten und Gewerkschaften**
- **Begriff der Massengeschäfte**
- **Geltung für Mietverhältnisse**

### Die Adressaten sind:

Richter, Rechtsanwälte, Unternehmen, Arbeitgeberverbände, Gewerkschaften, Betriebsräte und – last but not least – natürlich auch die Betroffenen.



## Das neue Antidiskriminierungs-Recht

### Die Autoren

sind Rechtsanwälte einer renommierten internationalen Kanzlei und betonen in- und ausländische Unternehmen, die sich schon vor längerer Zeit auf antidiskriminierungsrechtliche Spielregeln einstellen wollten. Sie haben die Entstehung des AGG von Anfang an kritisch durch Publikationen und Vorträge begleitet.

### Fax-Coupon

\_\_\_\_\_ Fax: 908-7409-97160-5  
Rheinstraße 11, 80331 München, A 10000  
0180 5 3731, 406 Seiten, in Leinen € 45,-

Name \_\_\_\_\_  
Straße \_\_\_\_\_  
PLZ/Ort \_\_\_\_\_  
E-Mail-Adresse \_\_\_\_\_

Bitte beachten: Der Versand dieses Fax-Coupons ist nur möglich, wenn Sie den Namen, die Adresse und die E-Mail-Adresse des Empfängers angeben. Die Kosten für den Versand dieses Fax-Coupons werden von C.H. Beck übernommen. Bitte beachten: Bitte den Namen, die Adresse und die E-Mail-Adresse des Empfängers angeben.

Bestellen Sie bei Ihrem Buchhändler oder bei:  
C.H. Beck, Postfach 115, D-80331 München  
Fax: 089 21887-400, www.beck.de



Antidiskriminierungsrecht, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

# Goldener Handschlag oder Hartz IV?

## Das bewährte Handbuch

bearbeitet alle arbeits-, gesell-  
schafts-, steuer- und sozialver-  
sicherungsrechtlichen Fragen zur  
einvernehmlichen Beendi-  
gung von Arbeitsverhältnissen.  
Es zeigt

- wer welche Abfindung verlangen kann
- wie Unternehmen die Zahlung von Abfindungen vermeiden
- wer für Abfindungsausgaben zuständig ist
- wie Strafverurteilungen vermieden werden (Mannesmann).

Euchoten sind Tipps für die Ver-  
handlung, Checklisten für die  
Vertragsauflösung und viele  
sonst einschlägige Mustertext-  
entwürfe.

## Aktuell in der 8. Auflage:

- AGB-Kontrolle
- neue Spielregeln bei Sozial-  
versicherung und Steuern
- Neuerungen der Alterszeit
- Antidiskriminierung
- inMannesmann und die  
Folgen für Aufhebungsver-  
träge mit Organmitgliedern
- Aktualisierung der gesamten  
ein-schlägigen Rechtsprechung  
vom BAG, BSG, BGI und  
LuGH

## Guter Rat für

Rechtsanwälte, Unternehmen,  
Arbeitgeberverbände, Gewerk-  
schaften, Richter, Richter,  
Arbeitnehmer und vertretungs-  
berechtigte Organmitglieder.



## Der Autor

Koordinator Dr. Jost-Hubertus Bamer  
ig. Mitbewerber des NZA, der  
a.P. - Nachtragewerk des Bundesarbeits-  
gerichts - und des Sozialversicherungs-  
Arbeitsrecht. Er führt in den renommiert-  
testen Arbeitsrechtern Deutsches etc.

## Fax-Coupon

... (Imp. 200-100-1000-1)  
Bamer, Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge  
8. Auflage, 2003, Rand 730 Seiten  
In einem ca. 7,90 €-Preis im April 2003

Name \_\_\_\_\_  
Straße \_\_\_\_\_  
PLZ/Ort \_\_\_\_\_  
Wohnort/Telefon \_\_\_\_\_

Alle Rechte vorbehalten. Nachdruck, Vervielfältigung und Verbreitung, auch auszugsweise, ist ohne schriftliche Genehmigung des Verlages. Die Haftung für die Richtigkeit der Angaben ist nicht zu übernehmen. Die Haftung für die Richtigkeit der Angaben ist nicht zu übernehmen. Die Haftung für die Richtigkeit der Angaben ist nicht zu übernehmen.

Bestellen Sie bei Ihrem Buchhändler oder bei:  
Beck & Co. KG, Postfach 11 01, 70302 Stuttgart  
Telefon 07141 910-100, Fax 07141 910-101



ISBN 3 7089 1000 1

# Ihr Ansprechpartner



## **Dr. Jobst-Hubertus Bauer**

geboren 1945. Studium in Freiburg.  
Promotion 1976. Seit 1975 Rechtsanwalt  
im Büro in Stuttgart bei Gleiss Lutz, seit  
1980 Partner, seit 2004 Vorsitzender des  
Sozietätsrats, Fachanwalt für Arbeitsrecht.

Gleiss Lutz  
Dr. Jobst-Hubertus Bauer  
Maybachstraße 6  
D- 70469 Stuttgart  
T +49 711 8997-143  
F +49 711 855096  
[www.gleisslutz.com](http://www.gleisslutz.com)

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.