

Christiane Nollert-Borasio

1.2 Zehn Jahre AGG – ein Gesetz auf dem Prüfstand

Christiane Nollert-Borasio, vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht München und Mitautorin eines arbeitsrechtlichen Basiskommentars zum AGG, zieht in ihrem Beitrag eine Bilanz über die Rechtswirksamkeit des AGG im Kontext relevanter Klagen und Entscheidungen deutscher und europäischer Gerichte.

Dabei weist sie auch nochmal auf die intendierten Schutzwirkungen des AGG für Arbeitnehmende, auf die Pflichten von Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern sowie die Möglichkeiten des Betriebsrats und der Gewerkschaften hin.

Anhand konkreter Fälle zeigt sie, wie Gerichte in verschiedenen Fallkonstellationen entschieden haben. Bemerkenswert ist dabei, dass aktuell überhaupt nur rund 1.350 AGG-Urteile veröffentlicht sind. Das deutet darauf hin, dass von Diskriminierung betroffene Menschen nur selten den Weg einer AGG-Klage wählen oder ihn auch gar nicht kennen.

Zehn Jahre ist es her, dass in Deutschland die Zeitungen voll waren mit Artikeln, die gewarnt haben vor diesem Gesetz, vor einer Klagewelle und vor einem befürchteten Missbrauch als Massenphänomen. Andere Stimmen haben das Gesetz als unzureichend kritisiert. Die Befürchtungen haben sich nicht realisiert. Das AGG hat sich in der Praxis der Arbeitsgerichte als eines von vielen Arbeitnehmerschutzgesetzen etabliert und bewährt. Für die überwiegende Mehrheit der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber gehört ein diskriminierungsfreier Umgang im Unternehmen zu ihrem Selbstverständnis. Die Rechtsprechung, nach der ein Verstoß gegen Schutzbestimmungen eine Vermutung für eine Benachteiligung begründet, hat vor allem im Schwerbehindertenrecht zu einer verbesserten Einhaltung der gesetzlichen Regelungen beigetragen. Der nachfolgende Beitrag befasst sich mit den geltenden Bestimmungen des AGG, bei denen es um einen Schutz im Arbeitsverhältnis und um den Zugang zu einem solchen geht und soll vermitteln, was nach der Rechtsprechung als Benachteiligung gesehen wird, wie Benachteiligungen verhindert werden können und welche Rechte Betroffenen zustehen. Schwerpunktmäßig wird die Rechtsprechung zu möglichen Benachteiligungen wegen der Ethnie oder der Religion behandelt.

Wie immer bei neuen Gesetzen hat die Rechtsprechung in einer Vielzahl von Verfahren zunächst Klarheit darüber geschaffen, wie die zum Teil unbestimmten Rechtsbegriffe auszulegen sind. Ja, die Benachteiligungsverbote sind im Kündigungsschutzrecht angewend-

bar, Altersgrenzen und die Berücksichtigung des Lebensalters im Rahmen von Sozialplänen und Urlaubsregelungen müssen angemessen sein, um ein legitimes Ziel zu erreichen und eingetragene Lebenspartnerschaften dürfen nicht benachteiligt werden. Und auch das Tragen eines Kopftuchs im Arbeitsverhältnis darf nicht so ohne Weiteres verboten werden (s. unten). Die derzeit eingehenden Klagen richten sich in ihrer Mehrzahl gegen eine Diskriminierung wegen des Alters und in etwas geringerem Um-

fang gegen eine Benachteiligung wegen einer Schwerbehinderung. Einen guten Überblick über die differenzierte Rechtsprechung finden Sie auf der Website der Antidiskriminierungsstelle des Bundes (Jahresrückblick 2015; Zusammenfassung ausgewählter EuGH-Entscheidungen zum Antidiskriminierungsrecht ab dem Jahr 2000, publiziert am 28.07.2016 und eine Rechtsprechungsübersicht zum Antidiskriminierungsrecht – Stand: 31.12.2015).

Welche Ziele verfolgt das AGG?

Das AGG verfolgt in § 1 die programmatische Zielsetzung, diskriminierende Benachteiligungen von Menschen aus rassistischen Gründen oder wegen ihrer ethnischen Herkunft, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter, sexuellen Identität oder ihres Geschlechts zu verhindern. Oft geht es um Vorurteile und Befürchtungen, die mit diesen Merkmalen zusammenhängen und die dazu führen können, dass Menschen erst gar nicht eingestellt werden oder im weiteren beruflichen Fortkommen benachteiligt werden. Das Gesetz setzt die Vorgaben aller vier Antidiskriminierungsrichtlinien der EU aus den Jahren 2000 bis 2004 [Richtlinie 2000/43/EG (Antirassismus-Richtlinie) vom 29.6.2000 (ABl. EG Nr. L 180 S. 22), Richtlinie 2000/78/EG (Rahmenrichtlinie Beschäftigung) vom 27.11.2000 (ABl. EG Nr. L 303 S. 16), Richtlinie 2002/73/EG (Gender-Richtlinie) vom 23.9.2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG (ABl. EG Nr. L 269 S. 15), Richtlinie 2004/113/EG (Gleichbehandlungs-Richtlinie wegen des Geschlechts außerhalb der

Arbeitswelt vom 13.12.2004 (ABl. EG Nr. L 373, S. 37)] in deutsches Recht um und gewährt einen Anspruch auf Schadensersatz und Entschädigung bei jeder Form der mittelbaren oder unmittelbaren Benachteiligung im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis. Es hat das Ziel, durch Prävention und durch finanzielle Ansprüche Betroffener in fühlbarer Höhe auf das Verhalten von Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern sowie Mitarbeitenden so einzuwirken, dass künftigen Benachteiligungen vorgebeugt wird.

Wer soll zum Schutz vor Diskriminierung beitragen?

Die Aufgabe, mögliche Diskriminierungen zu verhindern, obliegt gem. § 17 Abs. 1 AGG gleichermaßen den Tarifvertragsparteien, Arbeitgebern, Beschäftigten und dem Betriebsrat. Das AGG sieht zum einen präventive Maßnahmen vor und regelt zum anderen die Ansprüche von Beschäftigten bei erfahrenen Diskriminierungen.

Zunächst ist der Arbeitgeber verpflichtet, präventiv die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligungen zu treffen (§ 12 Abs. 1, 2 und 5 AGG). Neben einer Information (zumindest besteht eine Pflicht zur Bekanntmachung der geltenden Regelungen) und einer Schulung der Beschäftigten ist für eine wirkliche Prävention zunächst das generelle und deutliche Bekenntnis des Arbeitgebers zur Ablehnung von Benachteiligung und Belästigung ganz wesentlich. In vielen Betrieben gibt es Betriebsvereinbarungen, die für alle Mitarbeitende klarstellen, dass Diskriminierungen nicht geduldet werden und auch darauf hinweisen, wo Betroffene sich im Betrieb beschweren können, wenn sie sich nicht gleich gem. §§ 84, 85 BetrVG an die Betriebsrätin beziehungsweise den Betriebsrat wenden wollen (eine Musterbetriebsvereinbarung finden Sie in Nollert-Borasio/Perreng, AGG, 4. Auflage 2015, Bund Verlag, S. 319 ff). Aber auch kleinere Betriebe und Betriebe ohne Betriebsrat müssen grundsätzlich präventiv tätig werden und eine Beschwerdestelle benennen.

Was kann nun die Betriebsrätin beziehungsweise der Betriebsrat tun?

Die Betriebsrätin beziehungsweise der Betriebsrat hat die originäre Aufgabe zu überwachen, dass jede unterschiedliche Behandlung, die an ein Merkmal des § 1 AGG anknüpft, unterbleibt (§ 75 Abs. 1 BetrVG). Zudem

hat er gem. § 80 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG die allgemeine Aufgabe der Förderung einer Integration ausländischer Arbeitnehmender sowie der Beantragung von Maß-

Für eine wirkliche Prävention ist das generelle und deutliche Bekenntnis des Arbeitgebers zur Ablehnung von Benachteiligung und Belästigung wesentlich

nahme zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, die ausdrücklich als möglicher Gegenstand einer freiwilligen Betriebsvereinbarung gem. § 88 Nr. 4 BetrVG genannt sind. Er kann dafür Sorge tragen, dass Arbeitgeber ihrer Pflicht, die Sensibilität für Diskriminierungen im Betrieb zu schärfen, durch Hinweise und Schulungen (gem. § 12 Abs. 2 AGG) nachkommen. Die Betriebsrätin beziehungsweise der Betriebsrat selbst hat einen Anspruch auf Schulung unabhängig davon, ob konkrete Diskriminierungen oder Ungleichbehandlungen bisher im Betrieb festgestellt werden konnten oder nicht. Zudem kann die Betriebsrätin beziehungsweise der Betriebsrat bei diskriminierender Stellenausschreibung oder einem sonstigem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot gem. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG einer Einstellung widersprechen und gem. § 99 Abs. 2 Nr. 6 BetrVG die Einstellung von Personen verhindern, die die Rechte anderer Arbeitnehmender aus dem AGG bedrohen. Hinsichtlich der Ausgestaltung des Beschwerdeverfahrens bei der vom Arbeitgebenden einzurichtenden oder zu benennenden Beschwerdestelle (§ 13 Abs. 1 AGG) hat die Betriebsrätin beziehungsweise der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht.

Für den Diskriminierungsschutz wichtig ist die eigenständige Klagemöglichkeit von Betriebsrat und Gewerkschaft (§ 17 Abs. 2 AGG) bei groben Verstößen des Arbeitgebers gegen das bestehende Benachteiligungsverbot. Dieser Möglichkeit kommt besondere Bedeutung zu, wenn von einer diskriminierenden Maßnahme (noch) niemand direkt betroffen ist. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hatte zu entscheiden im Fall des belgischen Unternehmens Feryn, in dem einer der Di-

rektoren öffentlich geäußert hat, dass er keine Beschäftigten mit einer bestimmten ethnischen Herkunft einstellt (EuGH 10. 7. 08 – C-54/07 – [Feryn] NZA 08, 929)

Wichtig ist die eigenständige Klagemöglichkeit von Betriebsrat und Gewerkschaft bei groben Verstößen des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot

und hat eine Benachteiligung klar bejaht. Die Tatsache, dass noch keine konkrete Bewerberin oder kein Bewerber gemeint sein muss, damit Menschen, die eines der Merkmale tragen, benachteiligt sind, hat der EuGH bestätigt in einem Fall von homophoben Äußerungen eines einflussreichen „Patrons“ eines Profifußballvereins in Bulgarien, die auf eine diskriminierende Einstellungspraxis schließen ließen (EuGH 25.04.2013 – C-81/12 – [Asociatia ACCEPT]). Aber auch in den Fällen, in denen die Betroffenen wegen fehlender Informationen oder Angst vor Sanktionen den Weg einer Individualklage nicht beschreiten können oder wollen, ist die Klagemöglichkeit von Betriebsrat und Gewerkschaft wichtig. So hat der Betriebsrat die Aufgabe der Überwachung des Grundsatzes der Entgeltgleichheit (§ 75 Abs. 1 BetrVG i.V. m. § 8 Abs. 2 AGG). In diesem Zusammenhang kommt auch eine statistische Auswertung der Höhe der für vergleichbare Arbeit gezahlten Vergütung gem. den Kriterien des § 1 AGG in Betracht, die dem Betriebsrat aufgrund seines Einblicksrechts in die Bruttoentgeltlisten (einschließlich dem Fertigen von Notizen) gem. § 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG möglich ist. Bisher sind nur wenige Fälle einer Klage einer Betriebsrätin oder eines Betriebsrats dokumentiert. In Hessen und im Saarland gab es jeweils einen Fall, in dem der Betriebsrat erfolgreich einen Unterlassungsanspruch gegen eine diskriminierende Ausschreibungspraxis geltend gemacht hat, bei der Stellenausschreibungen ausschließlich für „Mitarbeiter im ersten Berufsjahr“ erfolgt sind. Dies hat mittelbar zu einer Altersdiskriminierung geführt (BAG 18. 8. 09 – 1 ABR 47/08 – AuR 09, 310 und LAG Saarland 11. 2. 09 – 1 TaBV 73/08:). Vielleicht das erfolgreichste Verfahren betraf die Klage des Betriebsrats auf der Grundlage von § 17 Abs. 2 AGG wegen der Anwendung unterschiedlicher Tarifverträge

für Männer und Frauen mit der Folge, dass die Frauen durchschnittlich monatlich 300 Euro brutto weniger für die gleichen Tätigkeiten verdienten. Der Betriebsrat konnte dort erreichen, dass der Arbeitgeber sich zunächst durch einen gerichtlichen Vergleich und anschließend durch eine betriebliche Vereinbarung zur Aufgabe dieser Praxis bereit fand. Das Verfahren wurde daraufhin durch Beschluss vom Arbeitsgericht (ArbG) Hamburg eingestellt. Selbstverständlich ist dieser Fall, der hier eine statistisch auffällige Schlechterstellung wegen des Geschlechts betraf, auch auf die anderen Merkmale übertragbar. In einem weiteren Fall hat das ArbG Berlin (27.01.2012 – 28 BV 17992/11) den Anspruch des Betriebsrats gegenüber dem Arbeitgeber gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 AGG bejaht, aktive Maßnahmen zur Unterbindung und zum Schutz gegen die Wiederholung „sexueller Belästigungen“ des weiblichen Personals durch den Geschäftsführer zu treffen (Handgreiflichkeiten bei einer Feier eines Jubiläums). Für die Betroffenen wurde so ein wirksamer Schutz erzielt, ohne dass die einzelnen Frauen klagen und alle Details schildern mussten (s. auch Beitrag Nielebock in diesem Dossier).

Wann liegt eine Benachteiligung vor?

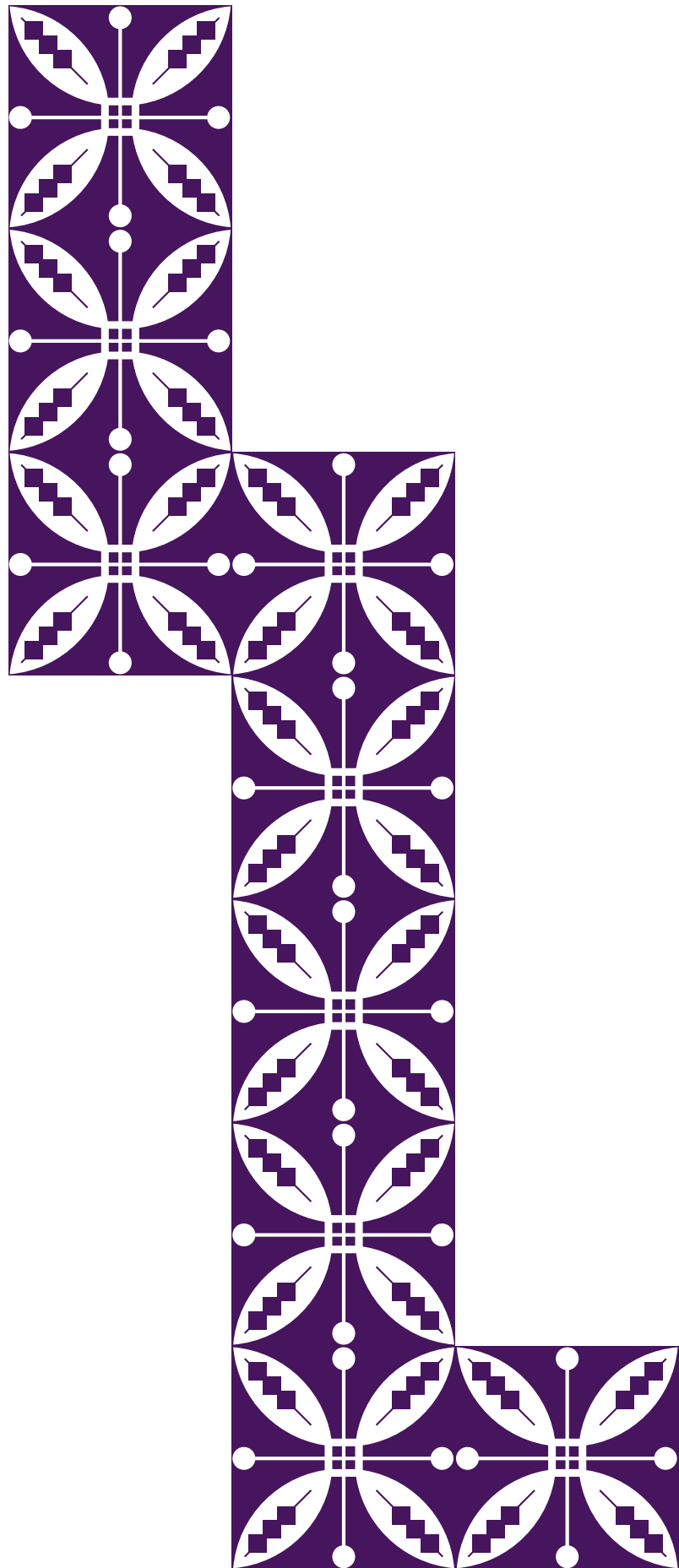
Dem AGG geht es nicht um Gleichmacherei, sondern darum, Vorurteile anderen Menschen gegenüber, die auf der ethnischen Herkunft, einer rassistischen Zuschreibung, der Religion oder Weltanschauung, der Behinderung, des Alters, der sexuellen Identität oder dem Geschlecht beruhen, zu überwinden und Menschen, die sehr wohl die erforderliche Eignung und Qualifikation haben, die gleichen Chancen im Arbeitsleben einzuräumen. Das fängt mit der Einstellung an, geht mit den Arbeitsbedingungen – insbesondere einer fairen Bezahlung – weiter und verbietet auch eine diskriminierende Benachteiligung bei der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses. Das AGG schützt dabei vor unmittelbarer Diskriminierung, die ohne Rechtfertigung direkt an einem der genannten Merkmale anknüpft genauso wie vor mittelbarer Diskriminierung, bei der scheinbar neutrale Vorschriften oder Kriterien faktisch zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung wegen eines der Merkmale führen. Unmittelbar diskriminierend sind nach dem Gesetz auch nachhaltige Belästigungen und sexuelle Belästigungen. Bei der Frage, welche Form von Belästigung verboten ist, hat das AGG über den eigentlichen Anwen-

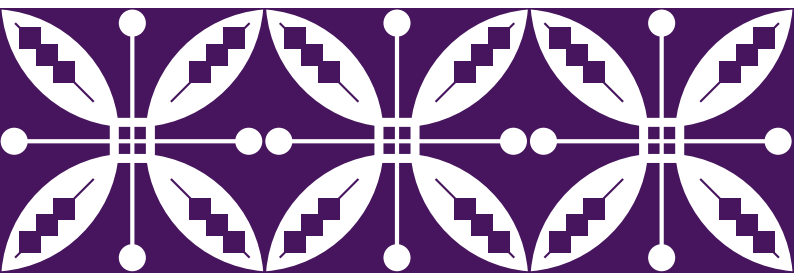
dungsbereich hinaus zu einer Klärung beigetragen. Die Definition des AGG ist nunmehr nach ständiger Rechtsprechung für alle Fälle des sogenannten „Mobbing“ relevant und macht trotz vieler unbestimmter Rechtsbegriffe klar, worum es geht: Verboten ist generell ein unerwünschtes Verhalten, das eine Würdeverletzung bezweckt oder bewirkt und ein feindliches Umfeld schafft, das durch Einschüchterung, Anfeindung, Erniedrigung, Entwürdigung oder Beleidigung gekennzeichnet ist. Bei allen Formen der Diskriminierung geht das AGG von den Betroffenen aus und lässt es genügen, wenn die entsprechende Benachteiligung eintritt. Vorsatz oder Verschulden sind nicht notwendig.

Voraussetzung für die Geltendmachung von Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot gem. § 7 AGG und die daraus resultierenden Ansprüche, insbesondere auf Beseitigung oder Unterlassung der Benachteiligung, sowie auf Schadensersatz und Entschädigung ist das Vorliegen einer Benachteiligung, die nicht durch wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen gerechtfertigt ist, die in angemessener Weise einem rechtmäßigen Zweck dienen. Bei einer mittelbaren Benachteiligung reicht das Vorliegen eines sachlichen Grundes.

Nach dem Wortlaut von § 1 geht es bei der Benachteiligung „wegen der Rasse oder der ethnischen Herkunft“ um nur einen Benachteiligungsgrund im Sinne von § 4, sodass eine eindeutige Abgrenzung der Begriffe untereinander nicht erforderlich ist. Die Merkmale sollen einen möglichst lückenlosen Schutz vor ethnisch motivierter Benachteiligung gewährleisten und sind EU-rechtlich in einem umfassenden Sinne zu verstehen. Die Begriffe umfassen die Kriterien aus dem Internationalen Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (ICERD) vom 7. März 1966: Benachteiligungen auf Grund der „Rasse“, der Hautfarbe, der Abstammung, des nationalen Ursprungs oder des Volkstums und übernehmen einen aus heutiger Sicht veralteten Wortlaut, wie er sich auch in Art. 13 des EG-Vertrags und Art. 3 Abs. 3 GG findet. Die europäische Antirassismusrichtlinie stellt daher noch einmal explizit klar, dass sie Theorien ablehnt, die die Existenz verschiedener menschlicher „Rassen“ behaupten und dass die Verwendung des Begriffs „Rasse“ lediglich den sprachlichen Anknüpfungspunkt zu dem Begriff des „Rassismus“ bildet und der Bekämpfung rassistischer Tendenzen dient (s. Beitrag Sow in diesem Dossier).

Das Merkmal der „ethnischen Herkunft“ ist vom Schutzzweck her weit auszulegen. Ethnie meint ganz allgemein eine Menschengruppe, die kulturell, sozial und historisch eine Einheit bildet und durch ein Gefühl der Zusammengehörigkeit verbunden ist. Erfasst werden sowohl Fälle, in denen die Benachteiligung eine





bestimmte Herkunft betrifft, als auch solche, in denen die Benachteiligung allein daran anknüpft, dass der Betroffene nichtdeutscher Herkunft ist. Maßgebend ist, ob aus der vorurteilsbehafteten Sicht des Benachteiligenden die Zugehörigkeit zu einer Menschengruppe besteht, der er bestimmte soziale und kulturelle Eigenschaften zuschreibt und nicht, ob die Gruppenbildung tatsächlich die Anforderungen an den Begriff Ethnie erfüllt. § 7 Abs. 1 Satz 1 lässt es ausreichen, wenn subjektiv aus der Sicht des Benachteiligenden ein in § 1 genanntes Merkmal vorliegt. Eine unterschiedliche Behandlung, die an die Staatsangehörigkeit anknüpft, bleibt im Rahmen des EU-Rechts insbesondere für Angehörige von Nicht-EU-Staaten möglich und bedeutet noch keine Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft. Allerdings ist in der Praxis zu prüfen, ob nicht tatsächlich die ethnische Zugehörigkeit gemeint ist, wenn eine Maßnahme vordergründig nach der Staatsangehörigkeit unterscheidet. Auch Benachteiligungen wegen nichtdeutscher Herkunft fallen in den Anwendungsbereich.

Besonders sensibel ist im Hinblick auf die grundgesetzlich geschützte Freiheit der Berufswahl und der Berufsausübung (Art. 12 GG) der Zugang zum Beruf. Daher ist ein diskriminierungsfreies Einstellungsverfahren von großer Wichtigkeit. Relativ häufig waren in der Rechtsprechung Fälle einer mittelbaren Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft durch die Anforderung von sprachlichen Kenntnissen, die für die Tätigkeit, um die es geht, nicht benötigt werden und daher auch nicht sachlich gerechtfertigt sind. Nicht berechtigt ist generell die Ausschreibung einer Arbeitsstelle „nur für deutsche Muttersprachler“, weil es für eine Tätigkeit allenfalls um fließende Sprachkenntnisse geht, aber nicht um die Herkunft (Landesarbeitsgericht (LAG) Frankfurt, Urteil vom 15.06.2015 – 16 Sa 1619/14. Der Fall ist aktuell beim Bundesarbeitsgericht (BAG) anhängig unter dem Aktenzeichen: 8 AZR 402/15). Das Gleiche dürfte gelten, wenn in einer Stellenausschreibung „akzentfreies Deutsch“ verlangt

wird. In sonstigen Fällen kommt es maßgeblich auf die Anforderungen für eine konkrete Tätigkeit an. Im Auswahlverfahren für Postzusteller, für die ausreichende Sprachkenntnisse in Wort und Schrift gefordert waren, war es nicht zulässig, einen telefonischen Erstkontakt vorzusehen, um anhand eines kurzen Gesprächs einen Eindruck über eine klare und deutliche Aussprache im Deutschen zu gewinnen und danach zu entscheiden, ob die Person in die nähere Auswahl gezogen wird. Durch dieses Vorgehen entstand für Personen, deren Muttersprache nicht Deutsch ist, ein nicht gerechtfertigter Nachteil bei Schwierigkeiten im mündlichen Sprachausdruck, der für die vorgesehene Arbeit keine Relevanz hatte (ArbG HH, 26.1.2010, 25 Ca 282/09).

Was ist die Folge, wenn Betroffene unzulässig im Einstellungsverfahren benachteiligt werden?

Gem. § 15 Abs. 6 AGG besteht kein Anspruch auf die Begründung eines Arbeitsverhältnisses. Allerdings muss der Arbeitgeber regelmäßig nach § 15 Abs. 2 AGG eine Entschädigung zahlen. Die Chancen in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren stehen gut, wenn durch eine schriftliche Stellenausschreibung, die entgegen § 11 AGG einen diskriminierenden Inhalt hat, die Vermutung für eine Benachteiligung begründet wird. Auf ein Verschulden, das in der Praxis häufig schwer nachweisbar ist, kommt es nicht an. Wichtig bei einer Klage ist die Einhaltung der sehr kurzen Fristen für die Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs (§ 15 Abs. 4 AGG: Zweimonatsfrist für die schriftliche Geltendmachung) und für die Klageerhebung (§ 61b Abs. 1 ArbGG: Dreimonatsfrist), da ansonsten ohne Rücksicht auf das tatsächliche Bestehen eines Entschädigungsanspruchs eine Geltendmachung ausgeschlossen ist.

Neben einer diskriminierenden Stellenausschreibung sind auch Testing-Verfahren geeignet, eine Vermutung für eine Benachteiligung zu begründen. Bei Testing-Verfahren wird eine Vergleichsperson eingesetzt, um zu überprüfen, ob ein Verhalten gegenüber einer Per-

son, bei der eines der in § 1 genannten Merkmale vorliegt, gleichermaßen auch gegenüber der Vergleichsperson erfolgt, bei der dies nicht der Fall ist. Bewirbt sich zum Beispiel eine Person A mit einem ausländisch klingenden Namen und erhält die Auskunft, dass die Stelle leider schon besetzt ist und erhält kurze Zeit später eine deutsche Testperson sofort einen Vorstellungstermin, begründet dies die Vermutung, dass A wegen ihrer ethnischen Herkunft benachteiligt wird.

Nach § 22 AGG muss der Arbeitgeber in diesen Fällen beweisen, dass keine ungerechtfertigte Benachteiligung vorliegt. Die Entschädigung ist gem. § 15 Abs. 2 S. 2 AGG nur dann auf drei Monatsbruttobeträge beschränkt, wenn der Bewerber oder die Bewerberin ansonsten die Stelle nicht erhalten hätte. Auch dann, wenn der benachteiligende Arbeitgeber aus einem Bündel von Motiven heraus gehandelt hat und das Merkmal nach § 1

AGG jedenfalls gegenüber anderen Motiven nicht völlig unbedeutend ist, liegt eine verbotene Benachteiligung vor. Ein Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung ist ausgeschlossen, wenn dem Bewerber oder der Bewerberin B, objektiv die Eignung fehlt oder die Bewerbung nicht ernst gemeint ist (BAG 18. 3. 10 – 8 AZR 77/09 – DB 10, 1534).

In einem laufenden Arbeitsverhältnis kann sich eine Benachteiligung in einer geringeren Bezahlung oder fehlenden Beförderung oder auch durch eine Belästigung ausdrücken. Allerdings gilt in Deutschland außerhalb der Geltung von Tarifverträgen der Grundsatz „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ nicht allgemein. In Fragen der Vergütung besteht Vertragsfreiheit, die lediglich durch die Diskriminierungsverbote eingeschränkt wird. Wenn zwei Mitarbeitende mit der gleichen Tätigkeit unterschiedlich viel verdienen, ist dies also auch dann, wenn der Eine ein geschütztes Merkmal aufweist, noch kein Grund, eine Diskriminierung zu vermuten. Dafür, dass eine Benachteiligung vorliegt, kann sich eine Vermutung aus einem widersprüchlichen Verhalten der Arbeitgeberin beziehungsweise des Arbeitgebers oder einer statistisch auffälligen Schlechterstellung einer Gruppe von Arbeitnehmenden ergeben, die ein bestimmtes Merkmal aufweisen. So kann sich eine Vermutung für eine Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft i.S.d. § 22 AGG daraus ergeben, dass der Entscheidung des Arbeitgebenden, Mitarbeitende nicht in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zu übernehmen, in sich widersprüchliche Begründun-

gen vorausgegangen sind (BAG 21.6.2012, 8 AZR 364/11). Bei arbeitsnotwendigen Sprachkenntnissen stellt die Aufforderung zur Teilnahme an einem Deutschkurs außerhalb der Arbeitszeit und auf eigene Kosten keine Diskriminierung dar, auch wenn die Forderung selbst unzulässig ist (BAG, 22.06.2011, 8 AZR 48/10). Bei Vorliegen einer Diskriminierung haben die Betroffenen dann zum einen Anspruch darauf, dass der

Wichtig bei einer Klage ist die Einhaltung der sehr kurzen Fristen für die Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs und für die Klageerhebung

Arbeitgeber dafür Sorge trägt, dass die Benachteiligung unterbleibt und gegebenenfalls Maßnahmen gegenüber Mitarbeitenden trifft, die für die Benachteiligung verantwortlich sind. Zum anderen besteht bei einer dem Arbeitgeber zuzurechnenden Benachteiligung ein Anspruch auf Entschädigung.

Im Rahmen der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses durch eine diskriminierende Kündigung hat eine rechtswidrige Benachteiligung zwei Folgen: Die Kündigung ist unwirksam und außerdem haben Betroffene einen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung. Für die Höhe einer Entschädigung ist maßgebend, dass die Antidiskriminierungsrichtlinien wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen verlangen. Der finanzielle Spielraum für eine Einigung beim Arbeitsgericht ist dadurch größer, dass Schadensersatz und Entschädigung – anders als eine Abfindung – steuer- und sozialabgabenfrei sind. Die Ansprüche stehen nebeneinander. Häufig kommt es hier auf die Frage einer Rechtfertigung an. Die Arbeitgeberin beziehungsweise der Arbeitgeber darf beispielsweise Nachteile auch an fehlende Sprachkenntnisse knüpfen, wenn dies von der geschuldeten Tätigkeit her gerechtfertigt ist. So hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass eine personenbedingte Kündigung einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers sozial gerechtfertigt ist, wenn diese beziehungsweise dieser wichtige Arbeits- und Prüfanweisungen nicht lesen kann und Maßnahmen zur Verbesserung der Deutschkenntnisse verweigert (BAG 28.01.2010, 2 AZR 764/08).

Religion und Kopftuch

Vereinzel kommen bei Gericht Klagen an, bei denen es um eine Benachteiligung bei der Religion geht. Die Frage nach der Religionszugehörigkeit ist grundsätzlich unzulässig, weil ein Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit regelmäßig fehlt. Eine solche Frage kann abhängig vom Gesamtzusammenhang die Vermutung für eine Benachteiligung begründen. Nur bei der Einstellung durch eine Religionsgemeinschaft gilt gem. § 9 Abs. 1 etwas anderes. Die katholische und die evangelische Kirche in Deutschland gehören zu den ganz großen Arbeitgebern und fordern zum Teil die Zugehörigkeit zu einer christlichen Religionsgemeinschaft. Seit Inkrafttreten des AGG war es einer der Kritikpunkte, dass die besonderen Bedingungen, unter denen Kirchen und Religionsgemeinschaften ihre Bediensteten aussuchen dürfen im deutschen Recht weiter formuliert sind, als dies nach EG-Recht zulässig ist. Nach § 9 Abs. 1 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder Weltanschauung ohne Ansehen der Art der Tätigkeit auch dann gerechtfertigt, wenn aufgrund des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaft die Religion oder Weltanschauung aus deren Sicht eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt.

Die Frage nach der Religionszugehörigkeit ist grundsätzlich unzulässig, weil ein Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit regelmäßig fehlt

Bei richtlinienkonformem Verständnis kann dies nur dann der Fall sein, wenn die berufliche Anforderung in Bezug auf die konkrete berufliche Tätigkeit verhältnismäßig ist. Bei einem Fall, in dem eine Stelle von einem Werk der Evangelischen Kirche in Deutschland für das Projekt „Parallelberichterstattung zur UN-Antirassismuskonvention“ ausgeschrieben war, hieß es in der Ausschreibung: „Die Mitgliedschaft in einer evangelischen oder der ACK angehörenden Kirche und die Identifikation mit dem diakonischen Auftrag setzen wir voraus. Bitte geben Sie Ihre Konfession im Lebenslauf an.“ Eine konfessionslose Bewerberin, deren Bewerbung nach einer ersten Bewerbungssichtung des Beklagten noch im Aus-

wahlverfahren verblieben war, wurde nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen und sieht sich aufgrund ihrer fehlenden Religionszugehörigkeit als benachteiligt. Das Bundesarbeitsgericht hat mit Beschluss vom 17.03.2016 (8 AZR 501/14 (A)) nunmehr den Europäischen Gerichtshof in diesem Fall um Entscheidung gebeten, ob es mit Europarecht vereinbar ist, wenn eine Kirche selbst bestimmen kann, ob eine bestimmte Religion eine wesentliche und gerechtfertigte berufliche Anforderung für eine Tätigkeit darstellt (s. Beitrag Gekeler in diesem Dossier).

Ein weiteres aktuelles Thema ist bei muslimischen Frauen das Tragen eines Kopftuches in der Öffentlichkeit: dies ist als Teil ihres religiösen Bekenntnisses und Akt der Religionsausübung anerkannt, sodass eine Anknüpfung hieran eine unmittelbare Benachteiligung wegen der Religion darstellt und gerechtfertigt werden muss (BAG 24. 9. 2014, 5 AZR 611/12). Bisher wurde eine Rechtfertigung gesehen für eine kirchliche Einrichtung, in der das Tragen eines Kopftuchs als Kundgabe einer abweichenden Religionszugehörigkeit untersagt werden durfte. An öffentlichen Schulen ist ein Kopftuchverbot nur dann gerechtfertigt, wenn durch das Tragen des Kopftuchs eine hinreichend konkrete

Gefahr der Beeinträchtigung des Schulfriedens oder der staatlichen Neutralität ausgeht. Ein pauschales Kopftuchverbot für muslimische Lehrerinnen ist unzulässig (Bundesverfassungsgericht (BVerfG), 27. 01.2015, 1 BvR 471/10 und 1 BvR 1181/10). Umstritten ist noch, ob muslimische Juristinnen während ihres Referendariats im Gerichtssaal ein Kopftuch tragen dürfen. Das Verwaltungsgericht Augsburg hat das in Bayern praktizierte Kopftuchverbot wegen einer fehlenden

gesetzlichen Grundlage für unzulässig erklärt (30.06.2016, Au 2 K 15.457). Das Kammergericht Berlin ermöglicht auch Referendarinnen, die ihr Kopftuch während der Referendarzeit grundsätzlich tragen möchten, die Zulassung zum Dienst und den Abschluss ihrer Ausbildung. Allerdings hat es diese aus Gründen des Respekts gegenüber möglichen Verfahrensbeteiligten zur Wahrung der staatlichen Neutralität von der Ausübung hoheitlicher Befugnisse ausgeschlossen. Hier bleibt eine grundsätzliche Entscheidung noch abzuwarten.

Außerhalb dieser Bereiche ist für andere Arbeitgebende zu differenzieren: In privaten Arbeitsverhältnissen wird der Arbeitgebende solche religiösen Symbole, wie

ein Kopftuch, nur verbieten dürfen, wenn es dafür objektive Gründe, wie zum Beispiel Hygienevorschriften oder Sicherheitsvorschriften gibt. Diskriminierende Kundenwünsche rechtfertigen in aller Regel keine diskriminierende Einstellungspolitik eines Unternehmens (EuGH 10. 7. 08 – C-54/07 – [Feryn] NZA 08, 929). Der Arbeitgebende kann nicht einfach nur behaupten, seine Kundinnen und Kunden würden beispielsweise ein Kopftuch bei einer Verkäuferin im Kaufhaus nicht akzeptieren. Es muss entweder einen gesicherten Erfahrungsschatz geben, dass dies tatsächlich so ist. Bei einem bestehenden Arbeitsverhältnis ist es dem Arbeitgebenden zumindest zunächst einmal zuzumuten, die betroffenen Beschäftigten vertragsgemäß einzusetzen und abzuwarten, ob sich seine Befürchtungen in einem entsprechenden Maße realisieren und ob etwaigen Störungen nicht auf andere Weise begegnet werden kann (BAG 10. 10. 02, 2 AZR 472/01) (s. Beitrag Shooman in diesem Dossier).

Fazit

Alles in allem ermöglichen es das AGG und die hierzu ergangene Rechtsprechung Betroffenen, gegen erlittene Diskriminierungen mit guten Erfolgsaussichten vorzugehen. Hier stellt sich allerdings die Frage, warum bei Umfragen die gefühlte Diskriminierung wegen der Ethnie oder der Religion wesentlich größer ist als sich dies im Gerichtsalltag durch Klagen widerspiegelt. Möglicherweise liegen viele Probleme außerhalb der Einflussosphäre der Arbeitsgerichte.

In den Beratungsstellen insbesondere für ausländische Frauen im Niedriglohnbereich oder osteuropäische Mitarbeitende ohne deutsche Sprachkenntnisse zeichnet sich das Bild ab, dass bei Missachtung geltender Regelungen eine große Hilflosigkeit der Betroffenen besteht, die durch schlechte Sprachkenntnisse und zum Teil kurze Aufenthaltszeiten im Inland verstärkt wird. Häufig kommt ein generelles Misstrauen gegenüber einer staatlichen Gerichtsbarkeit hinzu. Die Folge ist, dass dann die geltenden Schutzbestimmungen nicht in Anspruch genommen werden und sich für die unredlichen Arbeitgeber ein gesetzeswidriges Verhalten auszahlt. Betroffen sind dann nicht nur diejenigen, die Benachteiligung erfahren, sondern auch die gesetzestreuen Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber, die im Wettbewerb um Aufträge durch höhere Kosten oft das Nachsehen haben. Hier sind alle gesellschaftlichen Kräfte gefragt, um Missbrauch in diesem Bereich zu verhindern.



Christiane Nollert-Borasio

ist vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht München und ausgebildete Wirtschaftsmediatorin. Der Schutz vor Diskriminierung bildet seit dem Erscheinen des AGG einen ihrer Arbeitsschwerpunkte.

Basiskommentar „Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)“ zu den arbeitsrechtlichen Regelungen von Christine Nollert-Borasio und Martina Perrong: www.bund-verlag.de/shop/arbeits-und-sozialrecht/allgemeines-gleichbehandlungsgesetz-978-3-7663-6345-9.html

