

## I. Ziel des Gesetzes

Am 18. August 2006 trat das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) in Kraft. Mit dem AGG wurden verschiedene Richtlinien des Rates und des Europäischen Parlaments umgesetzt.

Die Grundidee des AGG war von einem breiten gesellschaftlichen Konsens getragen: Bekämpfung von Diskriminierung der Arbeitnehmer. Die Bekämpfung von Diskriminierung ist in großen und international agierenden Unternehmen eine Selbstverständlichkeit.

So definiert § 1 des AGG das Ziel wie folgt.

*„Ziel des Gesetzes ist, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.“*

Geschützte Personen sind neben Arbeitnehmer, Auszubildende, arbeitnehmerähnliche Personen und Heimarbeiter auch Bewerber, auch Personen, deren Beschäftigungsverhältnis bereits beendet ist und auch Selbständige, Geschäftsführer und Vorstände.

## II. Überblick über die individuellen Ansprüche nach dem AGG

Der Schutz vor Diskriminierungen gilt für alle abhängigen Beschäftigungsverhältnisse im öffentlichen und privaten Sektor.

Er reicht von der **Bewerbung** über die **Einstellung**, die **Beförderung**, die **Arbeitsbedingungen** (z.B. die Höhe des Einkommens, die Arbeitszeit, Urlaub und die würdevolle Behandlung im Arbeitsumfeld) bis zur **Kündigung** und **betrieblichen Altersvorsorge**.

Das AGG gibt den von Diskriminierungen betroffenen Arbeitnehmern eine Reihe von Rechten, nämlich:

- a) ein Beschwerderecht, § 13 AGG
- b) ein Recht zur Leistungsverweigerung, § 14 AGG,
- c) ein Unterlassungsanspruch nach § 15 Abs. 5 AGG, §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB, und schließlich
- d) einen Rechtsanspruch auf Schadensersatz § 15 Abs. 1 AGG und
- e) einen Rechtsanspruch auf Entschädigung/Schmerzensgeld, § 15 Abs. 2 AGG.

### Wichtig:

Gemäß § 2 Abs. 4 AGG gelten für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum Kündigungsschutzrecht.

### **a) Beschwerderecht bei Diskriminierung, § 13 AGG**

Von einer Diskriminierung betroffene Arbeitnehmer haben gemäß § 13 AGG das Recht, sich bei „den zuständigen Stellen“ zu beschweren.

Eine solche „Stelle“ muss es allerdings erst einmal geben. Wenn ein Betriebs- oder Personalrat oder eine Mitarbeitervertretung besteht, ist dieses Gremium als Beschwerdestelle im Sinne des AGG anzusehen.

### **b) Leistungsverweigerungsrecht, § 14 AGG**

§ 14 AGG gibt dem von einer Diskriminierung betroffenen Arbeitnehmer ein Recht zur Leistungsverweigerung.

Das Leistungsverweigerungsrecht bedeutet, dass der betroffene Arbeitnehmer der Arbeit bis auf weiteres fern bleiben kann, d.h. nicht zur Arbeit gehen muss. Der Anspruch auf die Vergütung bleibt während der Dauer der berechtigten Leistungsverweigerung aufrechterhalten, d.h. der Arbeitgeber befindet sich im Annahmeverzug.

Das Recht zur Leistungsverweigerung besteht allerdings nur in zwei Sonderkonstellationen:

- der Belästigung, § 3 Abs. 3 AGG, und
- der sexuellen Belästigung, § 3 Abs. 4 AGG.

Voraussetzung dafür ist außerdem, dass

- der Arbeitgeber von der Diskriminierung Kenntnis hat,
- keine oder nur offensichtlich ungeeignete Maßnahmen zur Unterbindung ergriffen werden.

### **c) Unterlassungsanspruch § 15 Abs. 5 AGG, §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB**

Der benachteiligte beschäftigte kann die Unterlassung und Beseitigung der Diskriminierung verlangen.

### **d) Recht auf Schadenersatz, § 15 Abs. 1 AGG**

§ 15 Abs. 1 AGG verschafft Arbeitnehmern, die unter **Verstoß gegen §§ 1, 7 Abs. 1 AGG** benachteiligt wurden, einen Anspruch auf Ersatz des durch die Diskriminierung entstandenen **materiellen Schadens**.

Dies setzt voraus, dass der Arbeitgeber die Benachteiligung „zu vertreten“, d.h. verschuldet, hat.

Ein solches **Verschulden** liegt dann vor, wenn der Arbeitgeber die Diskriminierung entweder selbst vorsätzlich oder fahrlässig begangen hat oder wenn einer seiner „Erfüllungsgehilfen“, d.h. zum Beispiel ein Vorgesetzter, in dieser Weise gehandelt hat.

## e) Recht auf Entschädigung, § 15 Abs. 2 AGG

Wer in rechtlich verbotener Weise diskriminiert wird, kann neben dem Ersatz seines materiellen Schadens auch einen **angemessenen Ausgleich** für die erlittenen **immateriellen Einbußen** verlangen, d.h. eine **Art von Schmerzensgeld**.

Dieser Anspruch setzt - anders als der Schadenersatzanspruch - nicht voraus, dass der Arbeitgeber die Benachteiligung zu „vertreten“ bzw. verschuldet hat, und er setzt auch nicht voraus, dass der Betroffene einen materiellen Schaden erlitten hat bzw. einen solchen Schaden konkret beziffern kann.

Da eine konkrete Berechnungsgrundlage wie beim Schadenersatzanspruch fehlt, fragt man sich natürlich, wie hoch die Geldentschädigung sein muss, um „angemessen“ zu sein.

Die europäischen Richtlinien, die mit dem AGG in deutsches Recht umgesetzt sind, verlangen eine ausreichende Abschreckungswirkung. Daher dürfen deutsche Arbeitsgerichte bei der Umsetzung dieser Vorschrift nicht zu kleinlich verfahren. Wenn die erlittene Diskriminierung keine „bloße Lappalie“ ist, wird man etwa **drei bis sechs Monatsgehälter** verlangen können. Bei gravierenden Diskriminierungen kann auch einen Betrag **bis zu einem Jahresgehalt** angemessen sein.

Bei **Benachteiligungen im Zusammenhang mit einer Einstellung** ist die Geldentschädigung - wie nach früherem Recht auch schon für den

Fall der geschlechtsbezogenen Einstellungsdiskriminierung - auf **höchstens drei Monatsverdienste** begrenzt, wenn der Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Bewerberauswahl nicht eingestellt worden wäre (weil andere Bewerber besser geeignet waren).

**Beachte:**

In der Praxis behandeln die Arbeitsgerichte die Dreimonatsgehaltsgrenze als eine Art allgemeine Obergrenze (was sie nach dem Gesetz nicht ist) und sprechen bei "normalen" Bewerberdiskriminierung ein bis zwei Gehälter als Geldentschädigung zu.

**f) Kein Recht auf Einstellung**

Gemäß § 15 Abs. 6 AGG führt ein Verstoß des Arbeitgebers gegen das gesetzliche Benachteiligungsverbot nicht zu einem Anspruch des Betroffenen auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses, Berufsausbildungsverhältnisses oder auf einen beruflichen Aufstieg.

Ein „Einstellungsanspruch“ ist nach dem Gesetz ausdrücklich ausgeschlossen.

Der Grund für diese Regelung ist die mangelnde Durchführbarkeit eines Einstellungs- bzw. Beförderungsanspruchs: Ein Arbeitsverhältnis, das der Arbeitgeber - und sei es aufgrund verbotener Diskriminierung - „partout“ nicht haben will, soll ihm nicht von der Rechtsordnung aufgezwungen werden, da dieses Arbeitsverhältnis aller Wahrscheinlichkeit nach ohnehin recht bald wieder gelöst werden würde.

## **g) Beweislast, § 22 AGG**

Nach § 22 AGG gilt im Streitfall: Wenn der Betroffene „Indizien“ beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes „vermuten lassen“, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligungen vorgelegen hat.

**Konkret heißt das:** Der betroffene Arbeitnehmer muss vor Gericht

- a) eine **Benachteiligung vortragen**, also etwa die Tatsache, dass er nicht eingestellt, nicht befördert oder schlechter als andere bezahlt wurde,  
und er muss
- b) sog. **Vermutungstatsachen vorbringen**, d.h. Umstände, die einen diskriminierenden Grund für die Benachteiligung vermuten lassen.

Wird ein solcher Tatsachenvortrag bestritten, muss man ihn beweisen.

Ist einem dies aber erst einmal gelungen, kann sich der klagende Arbeitnehmer entspannt zurücklehnen und die Gegenseite „rudern lassen“: Dann muss der Arbeitgeber beweisen, dass die (bewiesene) Benachteiligung trotz der (bewiesenen) Diskriminierungsindizien rechtlich in Ordnung war, d.h. nicht auf diskriminierenden Gründen beruht, die durch das Gesetz verboten sind.

### III. Durchsetzungsmöglichkeiten im Betrieb – Aufgaben und Mitbestimmung des Betriebsrats beim AGG

#### 1. AGG-Beschwerdestellen

Bei den AGG-Beschwerdestellen zeigt sich eher Ernüchterung. Soweit es welche gibt, wie einen Betriebsrat, einen Personalrat oder eine Mitarbeitervertretung, die als Beschwerdestellen dienen können, werden sie selten genutzt.

Im BetrVG besteht ungeachtet des § 13 AGG das Beschwerderecht des Arbeitnehmers in § 84 BetrVG.

Der Betriebsrat hat nach § 85 BetrVG Beschwerden von Arbeitnehmern entgegenzunehmen und, falls er sie für berechtigt erachtet, beim Arbeitgeber auf Abhilfe hinzuwirken. Über § 85 Abs. 2 BetrVG kann sodann auch die Einigungsstelle eingerichtet werden.

#### 2.

Nach § 17 Abs. 2 AGG sind der Betriebsrat und die im Betrieb vertretenen Gewerkschaften in betriebsratsfähigen Betrieben (§ 1 Abs. 1 BetrVG) befugt, bei **groben Verstößen gegen das AGG gegen den Arbeitgeber vor dem Arbeitsgericht zu klagen (Beschlussverfahren).**

§ 17 Abs. 2 AGG setzt einen groben Verstoß gegen die Vorschriften der §§ 6 - 18 AGG voraus. Es muss sich dabei um Verstöße gegen die



Rechtspflichten des Arbeitgebers auf Durchführung bestimmter Maßnahmen, Duldung oder Unterlassung, die sich aus § 7, §§ 11 - 16 AGG ergeben, handeln. Insbesondere kommen in Betracht Verstöße gegen das Benachteiligungsverbot durch den Arbeitgeber (§ 7 AGG).

Ebenso kann ein grober Verstoß im Sinne § 17 Abs. 2 AGG bei einer diskriminierenden Stellenausschreibung vorliegen, § 11 AGG.

Ein grober Verstoß liegt generell nur dann vor, wenn dieser objektiv erheblich und offensichtlich schwerwiegend ist. Unbeachtlich ist, ob ein Verschulden des Arbeitgebers vorliegt, oder ob der Betriebsfrieden gefährdet wird.

Bereits ein einmaliger Verstoß kann „grob“ im Sinne des § 17 Abs. 2 AGG sein, wenn er objektiv erheblich ist. Andererseits können wiederholte leichtere Verstöße ebenfalls als grober Verstoß in diesem Sinne aufzufassen sein. Der grobe Verstoß muss jedoch schon eingetreten sein. Es reicht nicht aus, wenn er unmittelbar davor steht.

Unerheblich ist es, ob ein Schaden oder eine Beeinträchtigung bei den Beschäftigten eingetreten ist. Auch wenn der Verstoß folgenlos ist, reicht dies für einen groben Verstoß.

Mit dem Antrag auf Unterlassung des rechtswidrigen Verhaltens kann der Betriebsrat den Antrag verbinden, den Arbeitgeber für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die gerichtlich auferlegte Verpflichtung zu einem Ordnungsgeld zu verurteilen. Die Höhe des Ordnungsgeldes wird im

Einzelfall festgelegt. Einfluss auf die Höhe hat die Schwere des Verstoßes, die Gründe für den Verstoß, die Wiederholung u.a. Das Höchstmaß beträgt 10.000,- € (§ 17 Abs. 2 Satz 1 AGG i.V.m. § 23 Abs. 3 Satz 5 BetrVG).

### 3.

Es gehört zu den Aufgaben des Betriebsrates, die Umsetzung des AGG im Betrieb zu überwachen, **§ 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG**.

Der Betriebsrat kann die Lohn- und Gehaltslisten anfordern und dabei verlangen, **§ 80 Abs. 2 BetrVG**, dass diese nach bestimmten Kriterien geordnet sind, z.B. Alter und Geschlecht.

Grundsätzlich ist der Betriebsrat nur für Arbeitnehmer im Sinne des § 5 BetrVG zuständig, nicht aber für die sonstigen Beschäftigten im Sinne des § 6 AGG. Er hat ausnahmsweise einen Informationsanspruch, wenn dies zur Umsetzung des diskriminierungsfreien Betriebs erforderlich ist. Das Gleichbehandlungsgebot des AGG bezieht sich auf alle Beschäftigten, nicht nur auf die Arbeitnehmer im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes. Er hat daher Anspruch auf Informationen über die Beschäftigungsbedingungen und insbesondere die Gehälter/Honorare von leitenden Angestellten, freien Mitarbeitern und sonstigen Beschäftigten.

Weiter ist der Betriebsrat verpflichtet, sich an der Verwirklichung der im AGG genannten Ziele zu beteiligen, durch Förderung **§ 80 Abs. 1 Nr. 7**

und oder Abschluss einer Betriebsvereinbarung zur Antidiskriminierung.  
§ 88 Nr. 4 BetrVG.

#### 4.

Der Betriebsrat kann nach § 93 BetrVG die interne Ausschreibung von Arbeitsplätzen verlangen. Er hat insofern ein Initiativrecht.

Er kann die **Zustimmung zur Einstellung eines Arbeitnehmers verweigern**, wenn die angeforderte interne Ausschreibung unterblieben ist, § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG. Das Verweigerungsrecht besteht auch, wenn zwar eine interne Ausschreibung vorliegt, diese aber gegen das Diskriminierungsverbot verstößt. Bei Streitigkeiten zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber über Umfang, Art und Weise der innerbetrieblichen Stellenausschreibungen entscheidet das Arbeitsgericht.

Der Betriebsrat kann ebenso die Zustimmung verweigern, wenn eine Einstellung, Versetzung, Eingruppierung oder Umgruppierung gegen Benachteiligungsverbote verstößt. Es liegt dann ein Verstoß gegen ein Gesetz (AGG) vor, § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG.

#### 5.

Der Betriebsrat hat bei der Ausgestaltung der Personalfragebögen, § 94 BetrVG darauf zu achten, dass keine diskriminierenden Fragen enthalten sind (z.B. keine Frage nach Schwangerschaft, Schwerbehinderung, Konfession).

Das gleiche gilt für die Ausgestaltung von Auswahlrichtlinien, § 95 BetrVG.

## 6.

Der Betriebsrat hat die Aufgabe, über die diskriminierungsfreie Behandlung der Beschäftigten zu wachen, § 75 BetrVG. Dies ist hinsichtlich einer möglichen Lohndiskriminierung nur möglich, wenn er diese Listen erhält. Weiterbildungsmaßnahmen sind häufig die Voraussetzung für eine spätere Beförderung und/oder Gehaltserhöhung. Daher hat der Betriebsrat zu prüfen, ob die Vergabe von Weiterbildungsmaßnahmen diskriminierungsfrei erfolgt, **§§ 96 - 98 BetrVG.**

## 7.

Der Betriebsrat kann bei groben Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot nach §§ 75 BetrVG – und damit auch gegen das AGG – die Entlassung oder Versetzung des störenden Arbeitnehmers verlangen, § 104 BetrVG.

## **IV. Übersicht über die aktuelle Rechtsprechung**

### **1. Stellenanzeigen/Anforderungsprofile**

- a) Stellenanzeige mit der Überschrift „Frauen an die Macht, zur weiteren Verstärkung unseres Verkaufsteams suchen wir eine selbstbewusste, engagierte und erfolgshungrige Verkäuferin“

Das **ArbG Köln, Urteil vom 10.02.2016 – 9 Ca 4815/15**, entschied, dass die Stellenanzeige zwar einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot enthalte, da sie sich nur an Verkäuferinnen richte. Diese unterschiedliche Behandlung sei aber ausnahmsweise zulässig, wenn der Arbeitgeber das Ziel verfolge, seinen Kunden Verkaufsberater beider Geschlechter zur Verfügung zu stellen. Der Arbeitgeber hatte angeführt, der Frauenanteil unter den Kunden liege bei 25-30 %, bestimmte Einstiegsmodelle seien bei Frauen besonders gefragt und es seien auch schon ausdrückliche Kundennachfragen nach einer Verkäuferin erfolgt.

- b) Stellenanzeige für eine Bürohilfe, als Anforderung wurde „Deutsch als Muttersprache“ vorausgesetzt. Ein Bewerber, der fließend Deutsch spricht, dessen Muttersprache jedoch Russisch ist, wurde nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen und klagte auf Entschädigung.

Das **LAG Hessen, Urteil vom 15.06.2015 – 16 Sa 1619/14** sprach dem Kläger eine angemessene Entschädigung in Geld zu, weil die Beklagte ihn entgegen § 7 Abs. 1 iVm. § 1 AGG wegen seiner Ethnie benachteiligt

hat. Es liegen Indizien für die Vermutung vor, dass der Kläger wegen seiner Ethnie benachteiligt worden ist. Ausreichend für den erforderlichen Kausalzusammenhang ist, dass das verpönte Merkmal Bestandteil eines Motivbündels ist, welches die Entscheidung beeinflusst hat. Auf ein schuldhaftes Handeln oder gar eine Benachteiligungsabsicht kommt es nicht an. Anknüpfungspunkt für die Vermutung einer Benachteiligung ist der Text der Stellenausschreibung (**BAG 24.01.2013 – 8 AZR 429/11**).

Der Begriff Muttersprache knüpft an die Herkunft der betreffenden Person zu einem bestimmten Sprachraum an, die von dem einzelnen nicht beeinflusst werden kann. Mit der Anforderung „Deutsch als Muttersprache“ werden sämtliche Bewerber, die nicht in ihrer frühen Kindheit ohne formalen Unterricht Deutsch lernten, wegen Nichtzugehörigkeit zur deutschen Ethnie ausgeschlossen, unabhängig davon ob und auf welchem Niveau sie die deutsche Sprache sprechen.

Der Entschädigungsanspruch wurde auf € 3.200,-, zwei Monatsgehälter, festgesetzt.

#### c) Mindestgröße für Pilotinnen und Piloten

Das **Arbeitsgericht Köln, Urteil vom 28.11.2013 – 15 Ca 3879/13**, hat entschieden, dass die tarifliche Regelung einer notwendigen Körpergröße von 165 cm bis 198 cm für Pilotinnen und Piloten weibliche Bewerber mittelbar diskriminiert, da diese Regelung deutlich mehr Frauen als Männer von der Pilotenausbildung ausschließe. Eine sachliche Rechtfertigung liege nicht vor. Allerdings konnte ein Anspruch auf Entschädigung

nicht durchgesetzt werden, da § 15 Abs. 3 AGG verlangt, dass das beklagte Luftunternehmen vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt haben muss.

## **2. Diskriminierung bei Ablehnung von Bewerbern/innen**

- a) Ein schwerbehinderter Arbeitssuchender mit einem Grad der Behinderung von 70 bewarb sich mit Lebenslauf und Zeugnissen, fügte jedoch kein Anschreiben bei. Der Bewerber erhielt eine Absage ohne Einladung zu einem Vorstellungsgespräch.

Das **LAG Mainz, Urteil vom 20.08.2015 – 2 Sa 27/15**, wies die Klage auf Entschädigung wegen Diskriminierung ab.

Grundsätzlich wird eine Diskriminierung nur angenommen, wenn die Vermutung naheliegt, dass die Behinderung des Bewerbers die Entscheidung des Arbeitgebers (mit-) beeinflusst hat, vgl. § 22 AGG. Ein Arbeitssuchender muss deutlich auf seine Schwerbehinderteneigenschaft hinweisen, wenn er sie im Rahmen des Bewerbungsverfahrens berücksichtigt wissen will. Der Arbeitgeber muss explizit von der Schwerbehinderung des erfolglosen Bewerbers gewusst haben, als er seine Entscheidung gefällt hat. Grundsätzlich gehört der Hinweis in das Anschreiben. Ein Hinweis im Lebenslauf genügt, wenn er besonders hervorgehoben und an übersichtlicher Stelle erscheint. Geht die Information dagegen in der Fülle der übrigen Lebenslaufangaben unter, kann nicht erwartet werden, dass der Arbeitgeber von der Behinderung des Bewerbers weiß.

Vorliegend war es zulässig, wie vom Arbeitgeber vorgetragen, Bewerbungen ohne Anschreiben vorab auszusortieren.

- b) Einem schwerbehinderten bzw. gleichgestellten Bewerber wurde, nachdem er an einem Vorstellungsgespräch teilgenommen hatte, eine Absage erteilt. Als die Stelle fünf Wochen später erneut ausgeschrieben wurde, bewarb er sich erneut, wurde jedoch nicht nochmal eingeladen. Der Bewerber berief sich auf § 81 Abs. 2 SGB IX.

Das **ArbG Köln, Urteil vom 26.01.2016**, wies die Klage ab.

Der Schutzzweck des § 82 Satz 1 SGB IX besteht darin, dass ein schwerbehinderter Bewerber bei einem öffentlichen Arbeitgeber die Chance eines Vorstellungsgesprächs bekommen muss, selbst wenn seine fachliche Eignung zweifelhaft, aber nicht offensichtlich ausgeschlossen ist. Selbst wenn sich der öffentliche Arbeitgeber aufgrund der Bewerbungsunterlagen schon die Meinung gebildet hat, ein oder mehrere andere Bewerber seien so gut geeignet, dass der schwerbehinderte Bewerber nicht mehr in die nähere Auswahl komme, muss er den schwerbehinderten Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einladen. Diese Chance ist dem Kläger zuvor eingeräumt worden.

Das **BAG** hat nun mit **Urteil vom 11.08.2016 - Aktz.: 8 AZR 375/15**, die Einladungspflicht modifiziert: Lassen bereits die Bewerbungsunterlagen zweifelsfrei erkennen, dass die durch das Anforderungsprofil zulässig vorgegebenen fachlichen Kriterien nicht erfüllt werden, besteht für den



öffentlichen Arbeitgeber keine Verpflichtung, den schwerbehinderten Menschen zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen.

### **3. Urlaubstage für ältere Mitarbeiter**

#### **a) BAG, Urteil vom 21.10.2014 - 9 AZR 956/12**

Die Beklagte gewährte Arbeitnehmer/Innen, die das 58. Lebensjahr vollendet haben, zwei Urlaubstage mehr als der jüngeren Klägerin. Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Urlaubsregelung sei altersdiskriminierend.

Das BAG bestätigt zwar eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters iSd. § 3 Abs. 1 AGG Satz 1 AGG. Diese sei jedoch gemäß § 10 Satz 1, 2 und Satz 3 Nr. 1 AGG gerechtfertigt.

§ 10 AGG lässt eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters ungeachtet der Regelung des § 8 AGG zu, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. § 10 Satz 3 Nr. 1 AGG konkretisiert u.a. das legitime Ziel der Sicherstellung des Schutzes älterer Beschäftigter.

Dem Arbeitgeber steht bei freiwilligen zusätzlichen Leistungen - wozu auch die Gewährung von übergesetzlichem Mehrurlaub gehört - ein von den Gerichten zu respektierendes Gestaltungs- und Ermessenspielraum zu. Die Beklagte gewährt den Arbeitnehmern in ihrem Produktionsbetrieb nach der Vollendung des 58. Lebensjahres aufgrund ihres gesteigerten

Erholungsbedürfnisses zwei weitere Urlaubstage im Kalenderjahr und bezweckt damit die Sicherstellung des Schutzes älterer Beschäftigter.

Die Ansicht, als Erfahrungssatz anzunehmen, dass mit zunehmendem Alter das Erholungsbedürfnis von Arbeitnehmern steige, ist höchst umstritten. Die Annahme eines Erfahrungssatzes dahingehend, dass bei körperlich belastenden Berufen das Erholungsbedürfnis im höheren Alter steigt, begegnet keinen Bedenken. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass die physische Belastbarkeit mit zunehmendem Alter abnimmt. Zwar sei dieser Zweck nicht unmittelbar der schriftlich fixierten Regelung zu entnehmen, dies sei aber aus dem Kontext zu entnehmen.

#### **b) BAG, Urteil vom 15.11.2016 - 9 AZR 534/15**

Der Tarifvertrag sah hier eine Differenzierung in der Gestalt vor, dass die Dauer des Erholungsurlaubs grundsätzlich 28 Arbeitstage beträgt, nach Vollendung des 50. Lebensjahres 30 Arbeitstage.

Das BAG sprach der 33-jährigen Klägerin kalenderjährlich zwei weitere Urlaubstage zu. Die Urlaubsregelung im Tarifvertrag verstößt gegen §§ 1, 3 Abs. 1 AGG und ist daher gemäß § 7 Abs. 2 AGG unwirksam. Das BAG sieht die Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer als sachlich nicht nach §§ 8, 10 AGG gerechtfertigt an. Dem Arbeitgeber obliegt, darzulegen, welches legitime Ziel angestrebt wird und dass die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.

Vorliegend war das Ziel nicht genannt und nicht ersichtlich. Wenn eine Tarifregelung die Urlaubsdauer nach dem Lebensalter staffelt, liegt die Annahme nahe, die Tarifvertragsparteien hätten einem mit zunehmendem Alter gesteigerten Erholungsbedürfnis älterer Beschäftigter Rechnung tragen wollen. Ein Erfahrungssatz, infolge einer Abnahme der physischen Belastbarkeit sei bei Beschäftigten, die das 50. Lebensjahr vollendet haben, generell von einem erhöhten Urlaubsbedürfnis auszugehen, existiert in der Allgemeinheit nicht. Der Arbeitgeber hätte darlegen müssen, aufgrund welcher konkreter Umstände unter Berücksichtigung des den Tarifvertragsparteien zustehenden Ermessensspielraums und ihrer grundsätzlichen Befugnis zur Generalisierung und Typisierung bei der Gruppenbildung anzunehmen ist, das bei sämtlichen Arbeitnehmern, die das 50. Lebensjahr vollendet haben, unabhängig von ihrer ausgeübten Tätigkeit, ein gegenüber anderen Arbeitnehmern ein erhöhtes Erholungsbedürfnis vorliegen soll.

#### **4. Geschlechtsbezogene Diskriminierung - Entgelt**

Das **LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 28.10.2015 - Aktz.: 4 Sa 12/14**, hat der Klägerin gegen die Beklagte wegen geschlechtsbezogener Entgeltdiskriminierung einen Anspruch auf Zahlung der Vergütungsdifferenzen zwischen dem tatsächlich gezahlten Lohn sowie sonstiger Vergütungsbestandteile und derjenigen Vergütung, welche die Beklagte in diesem Zeitraum an ihre männlichen Produktionsmitarbeiter gezahlt hat, zugesprochen.

Dieser Anspruch stellt keinen Schadensersatz nach § 15 Abs. 2 AGG dar, sondern ist ein Erfüllungsanspruch auf die vorenthaltenen Leistungen. Zusätzlich wurde der Klägerin ein Entschädigungsanspruch in Höhe von € 6.000,-, eingeräumt. Hierbei steht dem Gericht grundsätzlich ein Beurteilungsspielraum zu, die Härte der Sanktion muss der Schwere des Verstoßes entsprechen, indem sie insbesondere eine wirklich abschreckende Wirkung gewährleistet, zugleich aber den allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt.

## **5. Kündigung/Beendigung des Arbeitsverhältnisses**

- a) Die Klägerin wurde durch eine künstliche Befruchtung schwanger. Die Kündigung erfolgte zwischen dem Embryonentransfer und der erfolgreichen Einnistung (Nidation) ohne behördliche Genehmigung.

Das **BAG** entschied in seinem **Urteil vom 26.03.2015 - Aktz.: 2 AZR 237/14**, dass der besondere Kündigungsschutz des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG bereits ab dem Zeitpunkt der Einsetzung der befruchteten Eizelle gilt. Zudem verstoße die Kündigung gegen Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG iVm. §§ 1, 3 AGG.

Der Europäische Gerichtshof hat mit Urteil vom 26.02.2008 (C-506/06) entschieden, es könne eine unmittelbare Diskriminierung des Geschlechts vorliegen, wenn eine Kündigung hauptsächlich aus dem Grund ausgesprochen werde, dass die Arbeitnehmerin sich einer Behandlung zur In-vitro-Fertilisation unterzogen habe.

- b) Nach dem Urteil des **BAG vom 05.03.2013 - 1 AZR 417/12**, sind Altersgrenzen in Betriebsvereinbarungen, nach denen das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des Kalendermonats endet, in dem der Arbeitnehmer die Regelaltersgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung erreicht, wirksam.

GBR und Arbeitgeber können in einer freiwilligen Gesamtbetriebsvereinbarung eine Altersgrenze für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen regeln. Dabei haben sie die Grundsätze von Recht und Billigkeit (§ 75 Abs. 1 BetrVG) zu beachten. Diese sind gewahrt, wenn die Altersgrenze an den Zeitpunkt anknüpft, zu dem der Arbeitnehmer die Regelaltersgrenze aus der gesetzlichen Rentenversicherung beziehen kann.

- c) Sexuelle Diskriminierung kann nach § 12 Abs. 3 AGG zu einer außerordentlichen oder ordentlichen Kündigung führen. Ob eine solche Kündigung gerechtfertigt ist oder nicht, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, u.a. von seinem Umfang und seiner Intensität (z.B. **LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 17.07.2013 - Aktz.: 13 Sa 141/12**).

## **6. Betriebsrat und AGG**

- a) Der Betriebsrat kann nach § 17 Abs. 2 Satz 1 AGG, § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG beanspruchen, dass die Arbeitgeberin in ihren innerbetrieblichen Stellenausschreibungen zukünftig die Angabe des

ersten Berufs-/Tätigkeitsjahres im Sinne einer als Höchstanforderung verstandenen Voraussetzung unterlässt.

Die Arbeitgeberin hat in den Stellenausschreibungen Arbeitnehmer, die sich nicht im ersten Berufs-/Tätigkeitsjahr der niedrigsten Vergütungsgruppe der jeweils einschlägigen Einzelhandelsstarifverträge befinden, von einer Bewerbung auf die ausgeschriebenen Arbeitsplätze ausgeschlossen. Die Beschränkung der innerbetrieblichen Stellenausschreibung auf Arbeitnehmer im ersten Berufs-/Tätigkeitsjahr stellt eine mittelbare Benachteiligung wegen des Alters iSd. § 3 Abs. 2 AGG und damit eine Zuwiderhandlung gegen die sich für die Arbeitgeberin aus § 11 AGG iVm. § 7 Abs. 1 AGG ergebende Pflicht zur benachteiligungsfreien Stellenausschreibung dar. Der Verstoß der Arbeitgeberin war auch grob iSv. § 17 Abs. 2 Satz 1 AGG. **(BAG, Beschluss vom 18. August 2009 – 1 ABR 47/08, BAGE 131, 342-350, Rn. 27)**

b) Mitbestimmung bei sog. Ethikrichtlinien, **BAG v. 22.07.2008 - Aktz: 1 ABR 40/07**

Zu prüfen ist jeweils, ob bereits eine gesetzliche Regelung über den durch die Passage des Verhaltenskodexes betroffenen Gegenstand besteht, § 87 Abs. 1 Eingangshalbsatz BetrVG. Die Bestimmungen der §§ 1, 3, 7 und 12 AGG regeln das Verbot “unwillkommener sexueller Zu-dringlichkeiten oder Körperkontakte, Gesten und Aussagen sexuellen Inhalts” inhaltlich.

Nach § 12 Abs. 1 Satz 1 AGG ist der Arbeitgeber verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zu treffen. Nach § 12 Abs. 3 AGG hat er, sofern Beschäftigte gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG verstoßen, Maßnahmen zur Unterbindung der Benachteiligung zu ergreifen.

Nach § 7 Abs. 1 AGG dürfen Beschäftigte nicht wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt werden. Nach § 7 Abs. 2 AGG sind Bestimmungen in Vereinbarungen, die gegen das Benachteiligungsverbot des Absatzes 1 verstoßen, unwirksam. Zu den in § 1 AGG genannten Gründen zählt u.a. die Benachteiligung wegen des Geschlechts. Nach § 3 Abs. 4 AGG ist eine "sexuelle Belästigung" dann eine - unzulässige - Benachteiligung, wenn "ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten ... bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird". Hiernach sind die im Verhaltenskodex bezeichneten "unwillkommenen sexuellen Zudringlichkeiten oder Körperkontakte, Gesten und Aussagen sexuellen Inhalts" bereits gesetzlich verboten. Das Verbot hat der Arbeitgeber durchzusetzen. Diese Pflicht können die Betriebsparteien weder abmildern noch relativieren (im Ergebnis ebenso Schlachter FS Richardi S. 1067, 1071; Kolle/Deinert AuR 2006, 177, 183; Eisenbeis/Nießen FS Leinemann S. 697, 716).

Handlungsspielraum besteht insoweit nur bei Fehlen einer abschließenden gesetzlichen Regelung.

- c) Ein knapp viertägiges Betriebsratsseminar zum Thema: "Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz", das sich u.a. mit Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrats im Rahmen des AGG und der Ausarbeitung einer Musterbetriebsvereinbarung befasst) ist unabhängig davon erforderlich im Sinne der §§ 37 Abs. 6, 40 BetrVG, dass konkrete Diskriminierungen oder Ungleichbehandlungen bisher im Betrieb nicht festgestellt werden konnten. (Rn.24)

**(Hessisches Landesarbeitsgericht,  
Beschluss vom 25.10.2007 – 9 TaBV 84/07)**

## **V. Fazit**

Die Entscheidungen zeigen, dass höchst unterschiedlich und stark sachverhaltsbezogen geurteilt wird.

Das anfangs befürchtete „AGG-Hopping“ hat sich nicht durchgesetzt.

Exkurs: Der Entschädigungsanspruch ist unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs ausgeschlossen, § 242 BGB, wenn die Bewerbung allein deshalb erfolgt ist, um Entschädigungsansprüche zu erlangen. Hierfür ist der Arbeitgeber darlegungs- und beweisbelastet. Anerkannte Indizien sind: Krasses Missverhältnis zwischen Anforderungsprofil der zu vergebenden Stelle und der Qualifikation des Bewerbers, nicht bereits eine Vielzahl von Bewerbungen.

Statt auf die damals von den Arbeitgebern befürchtete Klagewelle mit überhöhten Forderungen, zeigt die Rechtspraxis deutlich, was unter Dis-



kriminierung in der Arbeitswelt und im gesellschaftlichen Bereich tatsächlich zu verstehen ist. Die Entschädigungssummen bewegen sich in einem „übersichtlichen“ Bereich.

Für Personalverantwortliche und Arbeitsrechtler ist das Antidiskriminierungsrecht dagegen inzwischen ein etabliertes und wichtiges Betätigungsfeld geworden. Betriebsräte haben das Gesetz praktisch in ihren Sprachgebrauch übernommen - sobald eine „Ungleichbehandlung“ vermutet wird, heißt es: "Verstoß gegen das AGG".

Hier gibt es eine Vielfalt von Maßnahmen, die entwickelt wurden. Insbesondere in den USA hat das Antidiskriminierungsrecht eine große Bedeutung mit zum Teil erheblichen Rechtsfolgen.

Insgesamt ist in Deutschland die Umsetzung des AGG in der Praxis eher "harmlos" verlaufen. In der betrieblichen Praxis ist das AGG aber „angekommen“, gleichwohl vorgesehene innerbetriebliche Beschwerdestellen nicht ausreichend eingerichtet worden sind. Die Betriebsräte sollten von dem Arbeitgeber fordern, dass diese dafür sorgen, dass diese Stellen eingerichtet und mit kompetenten Ansprechpartnern ausgestattet werden.

Teils wird gefordert, dass die gesetzlichen Fristen, in der Ansprüche geltend gemacht werden sollen, von zwei auf sechs Monate ausgedehnt werden sollen, um den Betroffenen mehr Zeit zu geben, sich über die Rechte zu informieren. Dies ginge zu Lasten von schneller Rechtsklar-

heit und naturgemäß erschwert sich die Aufklärung je länger ein Vorfall zurückliegt.