

Handlungsanleitung zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

Alle warten auf die Veröffentlichung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG), das unter der Vorgängerregierung noch Antidiskriminierungsgesetz (ADG) heißen sollte. Das Gesetz wird am Tag nach der Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt in Kraft treten. Ursprünglich sollte das Gesetz bereits ab 1. August gelten, doch handwerkliche Mängel und Schlampereien, die das gesamte Gesetzgebungsvorhaben gekennzeichnet haben, verhinderten eine rechtzeitige Unterzeichnung des Gesetzes durch den Bundespräsidenten.

Vor allem Arbeitgeber sollten das neue Gesetz sehr ernst nehmen, sonst kann es für sie richtig teuer werden. Ein Beispiel: „Bürokauffrau gesucht. Sie sind zwischen 25 und 40 Jahren und können einschlägige Berufserfahrung vorweisen? Dann schicken Sie Ihre aussagekräftigen Bewerbungsunterlagen mit Lichtbild an....“ Auf solche und ähnliche Formulierungen sollten Arbeitgeber auf der Suche nach neuen Mitarbeitern zukünftig tunlichst verzichten. Denn diese Stellenausschreibung verstößt gleich dreifach gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, das 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 sucht. Reicht eine abgelehnte Bewerberin aufgrund dieser Annonce Klage wegen Diskriminierung ein, kann das ein Unternehmen erheblich Geld kosten.

Die Arbeitgeber müssen also Vorkehrungen dafür treffen, ihre Personalarbeit diskriminierungsfrei zu gestalten. Das Gesetz legt den Arbeitgebern in § 12 dazu bestimmte Organisationspflichten auf. Doch nur die wenigsten Unternehmen sind, wie eine aktuelle Umfrage der Zeitarbeitsfirma Randstad und des Handelsblatts ergeben hat, bislang auf das neue Gesetz vorbereitet. Die nachfolgende Handreichung soll Ihnen deshalb helfen, Ihr Augenmerk auf einige Punkte zu richten, auf die in der betrieblichen Praxis künftig besonders geachtet werden sollte:

- Personalbeschaffung und Personalauswahlprozess
- Personalentwicklung bzw. laufendes Arbeitsverhältnis
- Personalbeurteilungssysteme und Auswahlrichtlinien und
- Organisationspflichten des Arbeitgebers

Es müssen nicht nur alle Maßnahmen vermieden werden, die unmittelbar im Sinne des AGG benachteiligend sein können. Es ist vor allem sicher zu stellen, dass keine Indizien geschaffen werden, aus denen möglicherweise auf eine Benachteiligung geschlossen werden könnte. Kann der Beschäftigte das Vorliegen derartiger Indizien beweisen, die eine Benachteiligung

gung vermuten lassen, so schlägt die Beweislast zu Lasten des Arbeitgebers um (§ 22 AGG).

1. Personalbeschaffung

• Stellenausschreibungen/Stellenanzeigen

Stellenausschreibungen und Stellenanzeigen sollten auf diskriminierende Formulierungen überprüft werden. Zu achten ist hier besonders auf Geschlechtsneutralität und auf den Verzicht auf ein Lichtbild und Nationalitätsaussagen. Problematisch erscheinen aus unserer Sicht beispielhaft folgende Formulierungen:

- "junge Verkäuferin gesucht" (Altersbezug)
- „Sie verfügen über einen Abschluss als Diplomkaufmann" (Geschlechtsbezug)
- Deutsch als Muttersprache (Rasse/ethnische Herkunft)
- Uneingeschränkte körperliche Belastbarkeit (Behinderung)
- „Sie sind (idealerweise) zwischen 25 und 35 Jahre alt" (Altersbezug)
- Rentner zum Nebenerwerb (Altersbezug)
- Berufsanfänger/Young Professionals (Altersbezug)
- „Sie sind deutsche(r) Staatsangehörige(r)" (Rasse/ethnische Herkunft)
- „Sie beherrschen die deutsche Sprache perfekt in Wort und Schrift" (Rasse/ethn. Herkunft)
- Muttersprachler (Rasse/ethnische Herkunft).

Das Haftungsrisiko könnte am ehesten durch konkret ausformulierte, arbeitsplatzbezogene Anforderungen (anhand einer Arbeitsanalyse) gemindert werden. Ferner müssen Auswahlkriterien und Ergebnisse für den Fall späterer Streitigkeiten ausreichend dokumentiert werden. Eine Umgehung durch die Beauftragung eines Personalvermittlers oder über die Zusammenarbeit mit einem Headhunter – jeweils ohne eigene Stellenausschreibung – dürfte dagegen keine Lösung darstellen. Hier hat die Rechtsprechung in der Vergangenheit eine Haftung des Arbeitgebers für das Handeln eines Externen bejaht.

Das Gesetz erfasst sowohl unmittelbare Benachteiligungen als auch so genannte mittelbare Benachteiligungen. Unmittelbare Benachteiligungen zielen darauf ab, direkt zu benachteiligen (Beispiel: deutsche Haushaltshilfe gesucht). Eine mittelbare Benachteiligung ist dadurch gekennzeichnet, dass die Regelung auf den ersten Blick unbedenklich erscheint. Die Benachteiligung bestimmter Personengruppen wird erst sichtbar, wenn man die tatsächlichen Folgen aufgrund statistischer Werte oder aufgrund von Erfahrungswerten betrachtet (Beispiel: starke körperliche Belastbarkeit erforderlich = mittelbare Diskriminierung von Frauen).

• Bewerberfragebögen

Vorgenanntes gilt gleichermaßen für Bewerberfragebögen inklusive digitaler Version. Deshalb sollten auch die Fragebögen auf diskriminierungsrelevante Formulierungen überprüft werden (Abfrage von Geburtsdatum, Herkunft, Muttersprache, Familienwunsch etc.).

2. Personalauswahlprozess/Einstellungsentscheidung

Zu beachten ist zunächst, dass der Entscheidungsspielraum des Arbeitgebers lediglich hinsichtlich der im AGG genannten Diskriminierungsmerkmale begrenzt wird. Unberührt bleiben daher Entscheidungen aus anderen Gründen. Kriterien hierfür lassen sich insbesondere aus Zeugnissen/Noten, dem bisherigen beruflichen Werdegang, Auslandserfahrung, Sprachkenntnissen, Teamfähigkeit, sozialer Kompetenz und der persönlichen „Chemie" gewinnen.

• **Bewerbungsgespräche**

Anzuraten ist, Bewerbungsgespräche aus Beweisgründen zukünftig durch mindestens zwei Unternehmensvertreter zu führen. Auf diese Weise steht im Bedarfsfall ein Zeuge zur Verfügung.

• **Interviewer-Schulung**

Die Unternehmensvertreter, die die Bewerbungsgespräche führen, sollten insbesondere zu den bestehenden Fragerechten geschult werden und den zulässigen Umfang des Fragerechts einhalten. Verboten sind unseres Erachtens Fragen nach dem Lebensalter, nach einer Schwangerschaft, nach dem Familienstand bzw. der Familienplanung, nach der Sicherstellung der Betreuung von Kindern/Angehörigen, nach einer Schwerbehinderung (§ 81 Abs. 2 SGB IX), nach einer konkreten körperlichen Einschränkung (sofern nicht das Nichtvorhandensein der Beeinträchtigung wesentliche und entscheidende Voraussetzung für die Tätigkeit ist), nach der Konfession (Ausnahme: Fragerecht der Kirchen) sowie nach sexuellen Neigungen. Wohl noch zulässig dürften Fragen nach dem beruflichen Werdegang sein. Der Gesundheitszustand/Erkrankungen sollten besser über die Einstellungsuntersuchung abgeklärt werden. Unzulässig dürfte z.B. auch die Frage nach einer Scientology-Zugehörigkeit sein (Religion/Weltanschauung).

• **Dokumentation**

Fragen und Antworten im Bewerbungsgespräch müssen sorgfältig dokumentiert werden, ebenso wie die Entscheidungsfaktoren auf der Grundlage diskriminierungsfreier Ablehnungsgründe.

• **Keine Begründung einer Ablehnung**

Um sich nicht unnötig angreifbar zu machen, empfiehlt es sich, das Absageschreiben künftig neutral und inhaltsleer zu gestalten. Insbesondere sollte keine detaillierte Begründung für die Ablehnung geliefert werden. Auch ein Hinweis auf die Nichtübereinstimmung mit dem Anforderungsprofil ist verzichtbar. Daneben sollte davon abgesehen werden, weitergehende mündliche Auskünfte zu erteilen. Anzuraten wäre überdies, bei Risikobewerbern, bei denen aufgrund des Vorliegens von Merkmalen (insbesondere Alter, Behinderung, Herkunft) und dem Verhalten im Bewerbungsverfahren mit der Geltendmachung einer Diskriminierung zu rechnen ist, einen Nachweis über den Zugang der Absage sicherzustellen, um so gegebenenfalls eine verspätete Geltendmachung bzw. Klage belegen zu können.

3. Durchführung des Arbeitsverhältnisses/Personalentwicklung

In diesem Stadium erscheint die Gefahr von Klagen aufgrund von Diskriminierungen vergleichsweise gering. Gleichwohl sollen nachfolgend einige Punkte herausgegriffen werden, wo möglicherweise Gefahr drohen könnte.

• **Beförderung**

Bei Beförderungen sollte man darauf achten, dass man keine Angriffsfläche für Benachteiligungsvorwürfe des nicht beförderten Arbeitnehmers bietet. Dies kann z.B. der Fall sein, wenn die Beförderung aufgrund von Homosexualität oder wegen einer Unterbrechung der Tätigkeit durch Kinderpause/Elternzeit **nicht** erfolgt. Gleiches gilt bei Zeiten in Teilzeitbeschäftigung. Am sichersten erscheint es, auf objektivierte Kriterien zurückzugreifen. Diese könnten z.B. liegen in beruflicher Qualifikation, Arbeitsleistung, Aufgabenstellung im Betrieb oder Bestand des Arbeitsverhältnisses an einem bestimmten Stichtag.

- **Qualifizierungsmaßnahmen**

Gleiches gilt bei Qualifizierungsmaßnahmen. Diskriminierungspotential ist hier in der Teilnehmerauswahl und der Wahl der Themen gegeben.

- **Notwendigkeit der Dokumentation**

Für den Arbeitgeber wird es künftig von besonderer Bedeutung sein, sämtliche personalpolitischen Maßnahmen nachvollziehbar zu dokumentieren. Denn nur eine Dokumentation kann ihm im Falle eines Prozesses helfen, darzulegen und zu beweisen, dass sämtliche personalpolitisch relevanten Entscheidungen benachteiligungsfrei getroffen wurden. Der Arbeitgeber gerät bereits in eine nachteilige Beweissituation, wenn der Bewerber oder Beschäftigte Indizien vorlegt, die eine Benachteiligung vermuten lassen. Daher ist es besonders wichtig, dass der Arbeitgeber durch ausführliche und nachvollziehbare Dokumentation seine Beweissituation verbessert. Aus seinen Aufzeichnungen sollte sich ergeben, welches die maßgeblichen Gründe für bestimmte personalpolitische Entscheidungen waren. Ferner sollte immer erkennbar sein, welche Personen an Bewerbungsverfahren, Mitarbeitergesprächen, Auswahlverfahren usw. auf Seiten des Arbeitgebers teilgenommen haben. Diese Personen sind möglicherweise entscheidende Zeugen im Streitfall.

- **Religiöse Bräuche**

Einen weiteren Problemkreis könnten zukünftig religiöse Bräuche darstellen. Hier könnten unterschiedliche Feiertagsregelungen sowie die Gestaltung der Kleiderordnung ebenso Diskriminierungspotential bieten, wie Regelungen zu religiösen Symbolen (z.B. Kopftuch) und Gebetspausen. Ferner kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Speiseplan in der Betriebskantine künftig zu Konflikten führen kann.

4. Personalbeurteilungssysteme/Auswahlrichtlinien

Auch bei Beurteilungssystemen und Auswahlrichtlinien gilt ganz allgemein, dass darauf zu achten ist, dass keine Anknüpfung an Diskriminierungsmerkmale vorhanden ist. So bietet es sich z.B. an, anstelle der erforderlichen Berufserfahrung oder eines bestimmten Lebensalters allein konkrete und nachvollziehbare Anforderungsprofile zu verwenden. (Siehe auch die Ausführungen zur Beförderung). Es sollte eine möglichst objektivierte Ausgestaltung gewählt und so weit wie möglich auf sogenannte „soft facts“ verzichtet werden.

5. Entgeltfindung

Auch im Bereich der Entgeltfindung lassen sich – außerhalb der Tarifentgelte – Berührungspunkte konstruieren. Problematisch könnte insbesondere die Berechtigung zum Bezug einzelner Entgeltkomponenten (Grundentgelt, Erfolgsbeteiligung, Leistungszulage) sein. Auch hier muss die Beurteilung anhand von arbeitsplatzbezogenen Kriterien erfolgen.

Ein weiterer Problemkreis dürfte in der Gehaltsdifferenzierung nach Geschlecht liegen. Hier sollte dringend ein Gehältercheck erfolgen: Werden Frauen im Schnitt schlechter bezahlt als Männer, obwohl sie gleichwertige Arbeit tun? Es muss sichergestellt werden, dass im Betrieb das Prinzip „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ gilt (§ 8 Abs. 2 AGG).

Darüber hinaus sind z.B. Sonderzahlungen und Familienzuschläge kritisch zu würdigen. Dasselbe könnte zukünftig für Altersentgeltstufen gelten. Auch ein sich am Lebensalter orientierender Urlaubsanspruch sollte einer Prüfung unterzogen werden. (Hier sind auch die

Tarifvertragsparteien gefragt, denn manche Tarifverträge enthalten entsprechende Regelungen.)

6. Organisationspflichten des Arbeitgebers

§ 12 Abs. 1 bis 4 AGG regelt die Pflichten des Arbeitgebers für den Fall, dass Beschäftigte oder Dritte gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen. Der Arbeitgeber wird verpflichtet, vorbeugende Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen zu treffen, wobei er insbesondere im Rahmen der beruflichen Aus- und Fortbildung auf die Unzulässigkeit solcher Benachteiligungen hinweisen und darauf hinwirken soll, dass diese unterbleiben. Die Verpflichtung des Arbeitgebers, die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz der Beschäftigten zu treffen, bezieht sich dabei auf jegliche und auch auf unbewusst begangene Benachteiligungen und Belästigungen im Sinne von § 3 AGG.

Auch wenn derzeit vollständig unklar ist, wie sich Schulungen auswirken – denkbar ist z.B. eine Exkulpierung des Arbeitgebers, so dass dieser nicht haftet, die Beeinflussung der Darlegungs- und Beweislast oder der Ausschluss von Ansprüchen aus § 831, § 823 BGB – sollten einige Punkte bedacht werden. Zu unterscheiden ist zunächst zwischen Kleinbetrieben, bei denen die Anforderungen geringer sein dürften und u. U. eine Information an die Arbeitnehmer genügt und größeren Unternehmen, wo dies anders sein dürfte. In letzteren sollte z.B. darüber nachgedacht werden

- für die Mitarbeiter verbindliche Regeln bezüglich eines diskriminierungsfreien Verhaltens zu formulieren (Verhaltenskodex) und zu kommunizieren (Flyer, Intranet-Veröffentlichung etc.),
- regelmäßige Computerschulungen per Selbsttests durchzuführen,
- Teamsitzungen der Führungskräfte mit Mitarbeitern vorzusehen und
- insbesondere Vorgesetzte mit Führungsverantwortung wegen des gesteigerten Haftungsrisikos besonders zu schulen.

Daneben muss der Arbeitgeber nach § 12 Abs. 4 AGG auch Maßnahmen gegen Benachteiligung durch Dritte, z.B. Lieferanten oder Kunden treffen. Auch hier hat der Gesetzgeber bislang nicht präzisiert, welche Pflichten konkret bestehen sollen. Hier sollte geprüft werden, betroffene Arbeitnehmer aus der Kundenbeziehung zu nehmen, einen ggf. bestehenden Unternehmenskodex auch Kunden zugänglich zu machen und entsprechende AGB-Klauseln in Verträge mit Dritten aufzunehmen.

7. Sonstige Maßnahmen und voraussichtliche Konsequenzen des Gesetzes

Daneben kommen weitere betriebliche Maßnahmen in Betracht, die man im Auge behalten sollte.

• Handlungspflichten

- *Information der Arbeitnehmer*

Der Gesetzestext des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes sowie der Text des § 61 b Arbeitsgerichtsgesetz (enthält die dreimonatige Klagefrist) sowie Informationen über die für Beschwerden zuständigen Stellen – zweckmäßigerweise sollte man hier die Personalabteilung benennen – sind im Betrieb durch Aushang am schwarzen Brett, durch Auslegung oder über das Intranet bekannt zu machen. Hier sollte auch der Betriebsrat aufgrund von §§ 84, 85 BetrVG mit eingebunden werden.

• Mögliche weitere Maßnahmen

- Überprüfung aller betrieblichen Regelungen

Sinnvoll könnte sein, die vorhandenen betrieblichen Regelungen systematisch nach Ungleichbehandlungen zu durchforsten. So dürften zukünftig etwa rein altersabhängige Zulagen wohl nicht mehr zulässig sein. Die Vergütung von der Beschäftigungsdauer abhängig zu machen, begegnet jedoch auch weiterhin keinen durchgreifenden Bedenken. In diesen Fällen wird der einzelne Kenntnisstand bzw. die Betriebstreue honoriert.

Es könnte sich anbieten, bestehende Betriebsvereinbarungen anzupassen und in diese konkrete Verhaltensregeln bezüglich möglicher Diskriminierungen aufzunehmen. Dabei ist das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zu beachten.

- Vereinbarung mit der Arbeitnehmervertretung?

Möglich erscheint in geeigneten Fällen auch der Abschluss einer neuen Betriebsvereinbarung (z.B. „Partnerschaftliches Verhalten und sozialadäquater Umgang am Arbeitsplatz“ oder „Verhaltenskodex zur Gleichbehandlung als Instrument der Nichtdiskriminierung“.) Ziel muss es sein, im Unternehmen ein diskriminierungsfreies Umfeld zu schaffen und darüber hinaus erforderliches Entlastungsmaterial für etwaige Prozesse bereitzustellen.

- Verhaltensordnung für Beschäftigte und Führungsmitarbeiter?

In diesem Zusammenhang sind in der jüngeren Vergangenheit zahlreiche Beispiele an die Öffentlichkeit gelangt. Teilweise waren diese auch Gegenstand von Gerichtsverfahren. Unabhängig davon, welche Namen im Einzelnen verwendet werden, z.B. Code of Conduct, MA-Richtlinien oder Policies, dienen sie alle der Aufstellung eines Verhaltenskodex. Häufig sind in Verhaltensordnungen arbeitsrechtliche Sanktionen bei Benachteiligungen durch Beschäftigte geregelt, so wie dies auch durch § 12 AGG gefordert wird. Auch hierdurch kann in gerichtlichen Verfahren das Risiko für das Unternehmen minimiert werden.

- Diversity Management?

Diversity Management ist ein Konzept der Unternehmensführung, das die Heterogenität der Beschäftigten beachtet und zum Vorteil aller Beteiligten nutzen möchte. Es handelt sich um ein Instrument, das überwiegend für größere Unternehmen geeignet erscheint. Ziel ist es, dass Führungskräfte ihre Mitarbeiter aus verschiedenen Kulturen, Geschlechtern und sexuellen Identitäten zu führen lernen, so dass ein Arbeitsklima entsteht, in dem der respektvolle Umgang miteinander und die gegenseitige Wertschätzung die Basis für Teamarbeit und Innovation bilden. Hinter einem Diversity Management verbirgt sich die Aussage, dass im Unternehmen eine diskriminierungsfreie Betriebsorganisation durch ein von Vielfalt geprägtes Arbeitsumfeld besteht. Ein solches gehört z.B. in den USA zum Standard. In deutschen Großunternehmen bestehen zum Teil bereits Netzwerke von Mitarbeitern potentieller Randgruppen. Auch solche Ausgestaltungen könnten als Indiz gegen das Vorliegen von Benachteiligungen angeführt werden.

• Voraussichtliche Konsequenzen des Gesetzes

- Zusätzliche Bürokratisierung

Zur Verhinderung von drohenden finanziellen Nachteilen zwingt das AGG den Arbeitgeber zu einer weit umfangreichen Dokumentationspflicht der Personalprozesse als bisher und zur Schulung von Vorgesetzten über den Inhalt des AGG.

- Keine komplett gerichtsverwertbare Dokumentation

Ein weiteres Problem dürfte darin liegen, dass die Personalauswahl in Zukunft nicht durchgängig gerichtsverwertbar dokumentiert werden kann. Bekanntermaßen spielen in der Praxis des Auswahlprozesses weiche Kriterien wie z.B. die Persönlichkeit des Bewerbers, seine Teamfähigkeit oder Motivation eine entscheidende Rolle.

Für eine bestmögliche Absicherung kann nur empfohlen werden, soweit wie möglich auf objektivierbare, auf den Arbeitsplatz bezogene Kriterien abzustellen und die insoweit relevanten Kriterien aus den verschiedenen Bewerbungen systematisch zu dokumentieren. Wird dem nur unzureichend nachgekommen, ist zu befürchten, dass zukünftig die Unternehmen ihre internen Maßstäbe, nach denen eine Einstellung erfolgt, im Gerichtsverfahren offen legen müssen.

- Zunahme an Unkalkulierbarkeit im Arbeitsrecht

Ferner ist davon auszugehen, dass das Arbeitsrecht auch weiterhin immer undurchschaubarer und unkalkulierbarer wird. Wahrer Herr des Allgemeinen Gleichbehandlungsrechts dürfte der Richter sein. In zweifelhaften Fragen ist eine mitunter jahrelange Rechtsunsicherheit zu befürchten. Mit Blick auf die jüngeren Urteile des BAG zu § 14 Abs. 3 TzBfG und zur Massenentlassungsanzeige, wo eine Rückwirkung von als europarechtswidrig eingestuften Regelungen einmal bejaht und einmal verneint wurde, kann nur nochmals unterstrichen werden, dass sich der Ausgang von Verfahren praktisch nicht mehr vorher sehen lässt.

- Schadenersatz / Entschädigungsansprüche

Verstößt der Arbeitgeber gegen die Vorschriften des AGG, stehen dem Betroffenen unterschiedliche Rechte zu. Das Gesetz sieht sowohl Schadenersatz als auch Entschädigungsansprüche vor. Hinsichtlich der Schadenersatzansprüche sieht das Gesetz keinerlei Obergrenzen vor. Es ist jedoch nicht zu erwarten, dass die Schadenersatzansprüche „amerikanische Verhältnisse“ annehmen werden („punitive damages“ sind im deutschen Schadenersatzrecht fremd). Bei den Entschädigungsansprüchen ist eine Obergrenze für die NichtEinstellung von abgelehnten Bewerbern gesetzlich festgeschrieben. Wird ein Bewerber benachteiligt, steht ihm ein Entschädigungsanspruch in Höhe von höchstens 3 Brutto-Monatsgehältern des in Aussicht genommenen Postens zu (§ 15 Abs. 2 AGG).

• Gesetzestext

Der Text des AGG in der vom Bundestag verabschiedeten Fassung kann im Internet unter folgendem Link abgerufen werden: <http://www.allgemeines-gleichbehandlungsgesetz.de/>

*Diese Handlungsanleitung basiert auf einem von SZV-Geschäftsführer Wolfgang Haas ergänzten und redigierten Papier der Abteilung Tarif- und Sozialpolitik des Bundesverbands des Deutschen Groß- und Außenhandels.
Stand 7. August 2006*