

# Kanzlei am Steinmarkt

## RAe Kuchenreuter, Dr. Stangl & Alt

Rundschreiben / Ausgabe 03/2007

### Thema: AGG – Umsetzung im Unternehmen

#### 1. Einleitung

Bekannt ist allen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, das im August 2006 in Kraft getreten ist. Sowohl die bis dahin schon geltende Regelung des § 611a BGB über die geschlechtsbezogene Benachteiligung als auch die jetzige Regelung haben zumindest bei der Stellenausschreibung bei den Arbeitgebern noch zu keiner nachhaltigen Verhaltensänderung geführt. In der Chamer Zeitung vom 02.02.2007 auf einer Stellenseite befinden sich 16 Stellenanzeigen von Arbeitgebern, bei denen 8 Stellenanzeigen gegen die geschlechtsbezogene Benachteiligung verstoßen, eine davon verstößt auch noch gegen das Benachteiligungsverbot wegen Alters und eine wegen der Herkunft.

Es kann nur dringend geraten werden, solche fehlerhaften Stellenausschreibungen zu vermeiden.

#### 2. Organisationsmaßnahmen des Arbeitgebers gegen AGG-Hopping

Potentielle Bewerber könnten sich darauf spezialisieren, Schadenersatz bei Arbeitgebern einzuklagen. Ähnlich wie nach altem Recht (§§ 611a, 611b BGB) bietet es sich an, sich auf eine unter Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot in § 22 AGG ausgeschriebene Stelle zu bewerben und dann nach der vorhersehbaren Ablehnung auf Entschädigung zu klagen. Nach der alten Rechtsprechung konnte dem Entschädigungsanspruch der Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegengesetzt werden, falls eine Bewerbung erweislich nur zum Zweck des Erwerbs von Entschädigungsansprüchen erfolgt ist. Voraussetzung war, dass der Bewerber das ausgeschriebene Arbeitsverhältnis tatsächlich nicht begründen wollte.

Indizien dafür können sein:

- gleichzeitige, identische Bewerbungen ausschließlich auf Stellen, die für das andere Geschlecht ausgeschrieben sind
- ersichtliche Fehlqualifikation für die ausgeschriebene Stelle
- anderweitig bestehendes, ungekündigtes Arbeitsverhältnis mit höherer Vergütung etc.

Beweisbelastet ist dafür aber der Arbeitgeber.

Fraglich könnte bezüglich des Rechtsmissbrauchs sein, ob es einen Rechtsmissbrauch tatsächlich darstellt, eine rechtliche Konstruktion auszunutzen, die vom Gesetzgeber mit generalpräventiver Intension geschaffen wurde.

#### TIPP:

Wie hier die Rechtsprechung zukünftig nach dem AGG verfahren wird, bleibt abzuwarten. Die Kanzlei Gleiss, Lutz & Kollegen hat ein sogenanntes AGG-Archiv eingerichtet. Unter der E-Mailadresse [AGG-Archiv@gleisslutz.com](mailto:AGG-Archiv@gleisslutz.com), kann jeder Arbeitgeber, jeder Rechtsanwalt und jedes Gericht anfragen, ob ein bestimmter Bewerber in der Vergangenheit bereits mit Entschädigungsklagen wegen angeblicher Diskriminierung bei Bewerbungen aufgefallen ist (vgl. [http:// www.AGG-Hopping.de/AGG-Archiv.html](http://www.AGG-Hopping.de/AGG-Archiv.html)).

### 3. Organisationsmaßnahmen des Arbeitgebers bei Ausschreibung und Bewerbungsgespräch

Die Stellenausschreibung muss dem Gebot der neutralen Ausschreibung, § 11 AGG, entsprechen, sie darf nicht an ein Diskriminierungsmerkmal im Sinne des § 1 AGG anknüpfen (Alter, Geschlecht, etc.), es sei denn, dass nach § 8 AGG das Alter eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt. Dies hat aber im Streitfall wiederum der Arbeitgeber zu beweisen.

Äußerungen oder Handlungen im Bewerbungsgespräch können wesentliche Indizien zur Begründung eines Schadenersatz- oder Entschädigungsanspruchs bilden. Die Indizien hat zwar der Arbeitnehmer im Streitfall zu beweisen.

**TIPP:**

Der Arbeitgeber kann sich absichern, in dem das Gespräch auf Arbeitgeberseite von zwei Personen geführt wird, wovon mindestens einer in einem Prozess als Zeuge zu vernehmen wäre (also nicht die vertretungsberechtigten Organe – Geschäftsführer, Inhaber, etc.).

Bei der Bewerberauswahl erfolgt die Art der Entscheidungsfindung intuitiv häufig unter diskriminierenden Gesichtspunkten; Bewerber werden etwa ab einem bestimmten Lebensalter schon vorab aussortiert, auch unbewusst, weil der Personalsachbearbeiter diesem Personenkreis eine höhere Krankheitsanfälligkeit und verminderte Leistungsfähigkeit unterstellt. Kann ein Bewerber dies nachweisen, ohne dass ein weiterer Ablehnungsgrund zu erkennen ist, dürfte dies ein Indiz für eine benachteiligungsbedingte Auswahl darstellen.

Die Sortierung von Bewerbungen darf sich nicht an solchen diskriminierenden Merkmalen orientieren.

**TIPP:**

Dies muss man sich unbedingt bewusst machen und dann auch die Auswahl dokumentieren, so dass im Streitfall nachgewiesen werden kann, dass keine diskriminierende Auswahl getroffen wurde.

Im Ablehnungsschreiben können sich auch Indizien für eine diskriminierende Ablehnung ergeben (... weil ein anderer Bewerber besser zu unserem Unternehmen/in unser Team passt...). Dieses Nichtpassen, könnte auf ein Diskriminierungsmerkmal zurückzuführen sein.

**TIPP:**

Ablehnungsschreiben sollten keine Begründung enthalten. Bei einer telefonischen Absage ist auch diese schriftlich zu dokumentieren, gegebenenfalls mit einem auszufüllenden Formular.

#### 4. Organisationsmaßnahmen des Arbeitgebers im laufenden Beschäftigungsverhältnis:

Die Organisationspflichten nach § 12 AGG beinhalten folgendes:

Nach § 12 Abs. 5 AGG muss der Arbeitgeber den Text des Gesetzes sowie den Text des § 61b ArbGG in allgemeiner Form im Betrieb bekannt machen.

##### **TIPP:**

Ein Aushang oder eine Auslegung „an geeigneter Stelle“ genügt. Ein Aushang am schwarzen Brett oder die Platzierung der Informationen im Intranet reichen grundsätzlich aus. Ansonsten bietet sich das klassische „Rundschreiben“ in Papierform oder in elektrischer Form an alle Beschäftigten an. Dabei muss dann sichergestellt werden, dass auch neu eintretende Mitarbeiter ein derartiges Schreiben etwa als Anlage zum Arbeitsvertrag erhalten.

Bezüglich der bekannt zu gebenden Beschwerdestelle macht das Gesetz dem Arbeitgeber keine bestimmten Vorgaben. Es ist nicht erforderlich, eine solche Stelle neu zu schaffen; vielmehr genügt es, wenn die vorhandenen Vorgesetzten oder die vorhandene Personalabteilung als Beschwerdestelle fungieren. Es liegt insoweit in der Kompetenz des Arbeitgebers zu entscheiden, wie er dies organisiert. Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG besteht nicht, da die Entscheidung lediglich den Vollzug des Gesetzes betrifft. Nur soweit der Arbeitgeber Maßnahmen trifft, die darüber hinausgehen, etwa den Erlass konkreter Richtlinien über die Durchführung des Beschwerdeverfahrens, ist das Mitbestimmungsrecht der Beschäftigten und damit die „Ordnung des Betriebs“ im kollektivrechtlichen Sinn betroffen.

Der Umfang der erforderlichen präventiven Maßnahmen nach § 12 Abs. 1, Abs. 2 AGG ist schwierig zu bestimmen.

Gegenüber den Mitarbeitern auf der untersten Hierarchieebene dürfte der Hinweis ausreichen, aber auch notwendig sein, dass Diskriminierungen aus einem der in § 1 AGG genannten Gründe gegenüber anderen Mitarbeitern unzulässig sind und sie daher zu unterbleiben haben.

##### **TIPP:**

Dieser Hinweis kann ohne großen Aufwand zusammen mit der Information nach § 12 Abs. 5 AGG angebracht werden.

Bei Arbeitnehmern, die selbst Weisungsbefugnisse ausüben, ist in jedem Fall ein breiter angelegtes Vorgehen erforderlich. Denn diese Beschäftigten müssen in der täglichen Praxis das notwendige Fingerspitzengefühl haben, um mögliche horizontale oder vertikale Diskriminierungssachverhalte zu erkennen und zu vermeiden. Hier ist eine nähere Befassung mit den einzelnen Diskriminierungsformen, Rechtfertigungsmöglichkeiten und Rechtsfolgen des Gesetzes unerlässlich. Turnusgemäße Schulungen stellen auch sicher, dass neu eintretende Führungskräfte entsprechend informiert werden. Flankierend dazu wäre die Erarbeitung von Führungsrichtlinien sinnvoll, die das Verhalten der Führungskraft im Diskriminierungsfall detailliert regeln und die zum Gegenstand des Arbeitsvertrages gemacht werden. Eine Mitbestimmungspflicht des Betriebsrats besteht dabei nicht, denn Führungsrichtlinien regeln typischerweise allein die Ausführung der geschuldeten Tätigkeit.