

I. Begrüßung

II. Gleichheit vor dem Recht - ein Grundpfeiler jeder Rechtsordnung

Ungleichbehandlung verletzt unser Gerechtigkeitsgefühl elementar. Die Forderung nach Gleichheit vor dem Recht spiegelt sich seit der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung vom 4. Juli 1776 in allen Verfassungstexten, sogar die gegenwärtige nordkoreanische Verfassung¹ gewährt „alle(n) Bürger(n) ... gleiche Rechte“, ohne allerdings zu sagen, welchen Inhalt diese Rechte haben. In Art. 3 Abs. 3 Satz 1 unseres Grundgesetzes heißt es seit dem 23. Mai 1949: „Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden.“ Antidiskriminierungsrecht ist also eigentlich eine Selbstverständlichkeit und ein alter Hut.

Könnte man denken. Die Wahrheit ist komplizierter. Die in der Verfassung niedergeschriebenen Grundrechte zielten nämlich ursprünglich allein auf das Verhältnis zwischen Staat und Bürger. Sie sollten Ungleichbehandlungen durch die Obrigkeit unterbinden, Privilegien zB für die Kirche und den Adel abschaffen, nicht aber einen Unternehmer zu einer vorurteilsfreien Einstellungspolitik zwingen oder einen Händler veranlassen, an alle Kunden zum selben Preis zu verkaufen. Ob und wie auch in privaten Rechtsbeziehungen, zB dem Eherecht, dem Kaufrecht und den Arbeitsbeziehungen Gleichheitsgebote wichtig sein könnten, war durch den Erlass des Grundgesetzes also noch lange nicht klar². Und auch althergebrachte Vorurteile gegen Frauen, Behinderte, Homosexuelle, Andersgläubige, Fremde, Juden, Kommunisten und „Zigeuner“ schleppte die traditionell konservative Justiz noch bis in die 90er Jahre mit. Männliche Homosexualität war bis 1994 in gewissen Fällen strafbar. Und immerhin bis 1974 stand im Gesetz (§ 1356 BGB), dass die Frau den Haushalt zu führen hat und nur arbeiten gehen darf, wenn es den Mann und die Kinder nicht stört. Was schließlich rassistische Diskriminierung betrifft, so verweigerte der Bundesgerichtshof noch im Jahre 1956 Roma und Sinti Entschädigungen wegen KZ-Haft mit der Begründung, und nun wörtlich: "Zigeuner(n) ... fehlen ... vielfach die sittlichen Antriebe der Achtung vor fremdem Eigentum, weil ihnen wie primitiven Urmenschen ein ungehemmter

¹ Art. 65: „Alle Bürger haben in allen Bereichen des staatlichen und gesellschaftlichen Lebens gleiche Rechte.“, vgl. <http://www.nordkorea-info.de/die-verfassung.html>

² es war ein erbitterter Streit um die „Drittwirkung der Grundrechte“, vgl. zB Nipperdey RdA 1950, 121; Dürig, Festschrift Nawiasky 1956, 157; Stree DÖV 1958, 173 ff.

Okkupationstrieb eigen ist." So würde heute nicht einmal Björn Höcke reden und zur Ehrenrettung der Justiz sei gesagt, dass die BGH-Präsidentin Jutta Limberg sich im Jahre 2015 für die Urteile der 50er Jahre ausdrücklich entschuldigte³.

III. Grenzen der Gleichbehandlung

Rechtsgleichheit steht oft in einem Spannungsverhältnis zu dem anderen großen Prinzip der Aufklärung, nämlich der Freiheit des Einzelnen⁴. Warum, so fragt sich mancher, sollte die Freiheit des einzelnen Unternehmers nicht das Recht umfassen, lieber mit jungen rheinischen Katholiken als mit alten behinderten Protestanten aus Sachsen oder mit verschleierten Musliminnen zusammenzuarbeiten?⁵. Wir werden gleich sehen, ob das rechtens wäre, aber auf jeden Fall zwingt der individuelle Freiheitsanspruch dazu, der Gleichbehandlung Grenzen zu setzen. Und auch das Sozialstaatsgebot, das wir unter dem Namen Brüderlichkeit aus der französischen Revolution kennen, kann Einschränkungen der Gleichheit rechtfertigen. Der Staat darf Eheleute, erst recht Familien mit Kindern, steuerlich besser stellen als Nichtverheiratete. Nach dem Kündigungsschutzgesetz müssen sogar Alter, Unterhaltspflichten und Behinderung berücksichtigt werden, was eine Benachteiligung junger, gesunder und kinderloser Menschen mit sich bringt. Gleichbehandlung sollte also niemals bedeuten, „alles über einen Kamm zu scheren“. Zum Beispiel kann Gleichbehandlung von alten und jungen Menschen nicht bedeuten, dass ein 18jähriger Anspruch auf Betriebsrente haben muss. Und natürlich darf ein Unternehmen für Heiratsvermittlung auf Wunsch eines vierzigjährigen männlichen Kunden eine weibliche, heterosexuell orientierte, gleichaltrige, altkatholische Frau suchen. Wir werden sehen, dass die Bestimmung der Grenzen von Gleichbehandlung eines der immer neu auftretenden Probleme bei der rechtlichen Ausgestaltung des Gleichheitsgebotes im Einzelnen ausmacht.

IV. Beginn der Gleichbehandlung im Arbeitsrecht

Anders als in anderen Gerichtszweigen setzte bei den Gerichten für Arbeitssachen früh der „wind of change“ ein, hin zu einem

³ Pressemitteilung Nr. 32/2015 des BGH vom 12. März 2015, abrufbar unter bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2015&Sort=3&nr=70455&pos=0&anz=32

⁴ „Sozialismus ohne Freiheit ist Barbarei“ soll der russische Anarchist Michail Bakunin gesagt haben, allerdings auch, „dass Freiheit ohne Sozialismus Privilegienwirtschaft und Ungerechtigkeit bedeutet“.

⁵ Wo jeder seine individuellen Talente frei entfalten kann, müsste dem Gemeinwesen am besten gedient sein, sagte Wilhelm von Humboldt, der am 22. Juni 1767 geboren wurde, vgl. Wilhelm von Humboldt, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen, Reclams Universal-Bibliothek Nr. 1991, Stuttgart 1967

diskriminierungsfreien Zivilrecht; Gleichbehandlung stand von Anfang an auf dem Programm des Bundesarbeitsgerichts.

In einer Entscheidung aus dem Jahre 1958 ging es um Gleichbehandlung von Frauen und Männern. Eine Schaffnerin bei der Berliner Verkehrsgesellschaft war Mitglied der betrieblichen Ruhegeldkasse. Sie heiratete einen Arbeitskollegen, der ebenfalls Mitglied der Ruhekasse wurde. Als der Ruhegeldanspruch des Mannes unverfallbar wurde, freute sich das Ehepaar über nunmehr zwei Rentenansprüche. Die Freude währte nicht lange. Denn der Arbeitgeber teilte kurz darauf der Frau mit, ihr eigener Ruhegeldanspruch habe sich erledigt. Tatsächlich sah die betriebliche Ruhegeldordnung vor, dass der Ruhegeldanspruch einer Frau null und nichtig wurde, wenn ihr Mann ebenfalls einen solchen Anspruch erwarb. Das Bundesarbeitsgericht erklärte diesen Passus der Ruhegeldordnung für unwirksam. Es leitete aus dem Grundgesetz ab, dass Richtlinien einer Ruhegeldkasse für Frauen und Männer gleiche Rechte vorsehen müssen⁶.

Auch auf Kündigungen wendete das BAG die Diskriminierungsverbote des Grundgesetzes frühzeitig an. 1960 hielt es eine Kündigung für sittenwidrig nach § 138 BGB, wenn sie allein wegen der kommunistischen Weltanschauung des Gekündigten ausgesprochen werde⁷. Bis in die 80er und 90er Jahre des vorigen Jahrhunderts entwickelte sich eine auf das Grundgesetz und sogar schon auf europäisches Recht gestützte, detaillierte Gleichbehandlungs-Rechtsprechung und eine ebensolche Gesetzgebung⁸. Verboten wurden Diskriminierungen aus politischen Gründen⁹ und wegen des Geschlechts, auch wegen des Alters¹⁰, der Teilzeitbeschäftigung¹¹, der Behinderung¹², der Nationalität¹³, der sexuellen Orientierung¹⁴ und ganz allgemein wegen aller unsachlichen Gründe (zB Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten¹⁵). Es hatte sich für alle

⁶ BAG 28. März 1958 - 1 AZR 336/57

⁷ BAG 30. November 1960 - 3 AZR 480/58: Es war dem Angestellten eines städtischen Bildarchivs gekündigt worden, weil er Mitglied der Gesellschaft für deutsch-sowjetische Freundschaft (GDSF) war und Verbindungen zur Presse des sowjetischen Sektors von Berlin unterhalten habe

⁸ vgl. etwa § 611 a BGB a.F., § 612 a a.F., § 75 BetrVG a.F., und die umfangreiche Rechtsprechung zum arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz als eigenständiger Anspruchsgrundlage, vgl. schon BAG 3. April 1957 - 4 AZR 644/54; BAG 27. Juli 1988 - 5 AZR 244/87

⁹ BAG 16. Dezember 1993 - 8 AZR 15/93 (SED)

¹⁰ BSG 17. Februar 1981 - 7 RAR 94/79; BAG 20. November 1987 - 2 AZR 284/86

¹¹ BAG 6. April 1982 - 3 AZR 303/80 (Teilzeitbeschäftigung als Ansatzpunkt mittelbarer Frauendiskriminierung, vgl. auch auch für Großbritannien House of Lords London 3. März 1994)

¹² EuGH 13. Dezember 1972 - C-44/72, zum Fall der Kündigung wegen einer ansteckenden Krankheit (AIDS): LAG Düsseldorf 10. Mai 1988 - 8 Sa 314/88, BAG 16. Februar 1989 - 2 AZR 347/88

¹³ wie FN 5

¹⁴ BAG 30. Juni 1983 - 2 AZR 524/81

¹⁵ BAG 21. März 1991 - 2 AZR 296/87 (B)

arbeitsrechtlichen Teilbereiche die Erkenntnis durchgesetzt, dass unterschiedliche Behandlung durch den Arbeitgeber keine Rechtswirkungen entfalten durfte, außer es gab einen plausiblen Grund dafür. Mitglieder der Deutschen Kommunistischen Partei konnten zB Studienräte werden und bleiben, es sei denn, sie selbst hatten sich aktiv verfassungsfeindlich betätigt¹⁶.

V. Das System des Antidiskriminierungsrechts nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz vom 18. August 2006

Als am 18. August 2006 das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz - kurz AGG - in Kraft trat, handelte es sich also inhaltlich keineswegs um eine Revolution. Denn der im Grundgesetz angelegte, differenzierte Geist der Antidiskriminierung hatte sich in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte längst durchgesetzt. Warum musste es das neue Gesetz überhaupt geben und was änderte sich durch das AGG?

1. Europäisches Recht

Es war das europäische Recht, das die Bundesrepublik Deutschland zum Erlass eines Antidiskriminierungsgesetzes zwang¹⁷. In den Jahren von 2000 bis 2004 hatte der Europäische Rat insgesamt vier Richtlinien verabschiedet, mit denen die Mitgliedsstaaten verpflichtet wurden, Diskriminierung gezielt zu bekämpfen¹⁸. Das AGG jedenfalls ist bis in den Wortlaut hinein fast durchweg Umsetzung europäischen Rechts in nationales Recht. Das ist aus zwei Gründen wichtig:

¹⁶ BAG 5. März 1980 - 5 AZR 604/78 - DKP-Lehrer; die Grundsätze gelten übrigens heute noch genauso, ZB für NPD-Mitglieder im öffentlichen Dienst: BAG 12. Mai 2011 - 2 AZR 479/09; 6. September 2012 - 2 AZR 372/11

¹⁷ Aus europäischer Sicht war das folgerichtig: Eine Rechtsgemeinschaft mit so vielen und so unterschiedlichen Kulturen, Religionen, Sitten und Sprachen kann nur dann funktionieren, wenn die Unterschiede nicht zu Benachteiligungen führen.

¹⁸ Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, Amtsblatt Nr. L 180 vom 19/07/2000 S. 0022 - 0026

Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (Text von Bedeutung für den EWR) Amtsblatt Nr. L 269 vom 05/10/2002 S. 0015 - 0020

Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf Amtsblatt Nr. L 303 vom 02/12/2000 S. 0016 - 0022
RICHTLINIE 2004/113/EG DES RATES vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen

Erstens gilt unser bisheriges Antidiskriminierungsrecht als nationales Recht weiter. Wenn sich also irgendwann die EU auflösen sollte oder der EuGH seine Arbeit einstellt, haben wir in Deutschland immer noch ein gutes und bewährtes rechtliches System, um Diskriminierungen entgegenzuwirken.

Zweitens ist die Erkenntnis, dass das AGG europarechtlich geprägt ist, deswegen wichtig, weil damit die Auslegung und Anwendung des AGG zugleich Auslegung und Anwendung europäischen Rechts ist. Das wiederum hat zur Folge, dass aufkommende Zweifelsfragen nicht, wie bei rein nationalem Recht, von den deutschen Gerichten - einschließlich des Bundesverfassungsgerichts - zu entscheiden sind, sondern vom Unionsgerichtshof in Luxemburg, dem EuGH.

Die in Luxemburg gebräuchlichen Formen der Rechtsfindung unterscheiden sich von denen der nationalen Gerichte fundamental. Das beginnt schon bei der Sprache. Es gibt zwar eine einheitliche Arbeitssprache, nämlich Französisch. Und viele EuGH-Richter sind wunderbar polyglotte Menschen und sprechen gut Französisch - aber erklären Sie mal als Finne einem Griechen auf Französisch, was sich die Bulgaren unter Arbeit auf Abruf im Unterschied zum Bereitschaftsdienst nach deutschem Recht vorstellen. Da jedes Mitgliedsland einen Richter stellt und kein Richter auch nur annähernd alle 24 Sprachen der Gemeinschaft spricht, versteht man sich oftmals entweder gar nicht oder falsch, sagen wir bestenfalls rudimentär und muss sich auf Dolmetscher verlassen. Das macht die Rechtsanwendung zwangsläufig kompliziert und langwierig. Es muss immer damit gerechnet werden, dass die europäischen Richter, die ja alle von ihren nationalen Rechtskulturen geprägt sind, wenig bis keine Verbindung zu den tatsächlichen betrieblichen und gesellschaftlichen Gegebenheiten besitzen, in die hinein ihre Urteile wirken. Woher soll die litauische Richterin das komplexe Zusammenspiel von Tarifvertragsrecht und Betriebsverfassungsrecht in Deutschland kennen? Woher soll der bulgarische Richter das irische Betriebsrentenrecht kennen? Es gibt zwar 600 festangestellte und mehrere hundert freiberufliche Übersetzer beim EuGH; aber die Rechtsbegriffe der europäischen Sprachen sind so gut wie nie inhaltlich deckungsgleich, weil sie in unterschiedlichen kulturellen, sprachlichen und juristischen Kontexten entstanden sind und weiterwirken. Das bedeutet für die Rechtsfindung im EuGH, dass sie zwangsläufig auf einer hohen Abstraktionsebene, um nicht zu sagen: im luftleeren Raum stattfinden muss. So wurden Lebensfremdheit, Erfahrungsarmut, Großspurigkeit und Widerspruchsreichtum die beinahe ständigen Begleiterinnen der Rechtsprechung des EuGH, der sich auch deshalb als Symbol der wasserköpfigen EU einen traurigen Ruhm erworben hat.

2. Herkunft und Zweck des europäischen Antidiskriminierungsrechts

Das europäische Antidiskriminierungsrecht unterscheidet sich vom grundrechtlich geprägten Verständnis, das bis 2006 in Deutschland herrschte, fundamental. Die deutschen Juristen implementierten die grundrechtlichen Vorgaben mit einiger Behutsamkeit in das bestehende Arbeitsrecht, indem sie die im BGB und im Kündigungsschutzgesetz verwendeten allgemeinen Rechtsbegriffe wie „Treu und Glauben“ (§ 242 BGB), „Sittenwidrigkeit“ (§ 138 BGB) oder „Sozialwidrigkeit“ (§ 1 KSchG) mit den grundgesetzlichen Diskriminierungsverboten „aufluden“, also gewissermaßen neuen Wein in alte Schläuche füllten, ohne aber am Rechtssystem selbst etwas zu ändern. Ganz im Gegensatz dazu verlangt das europäische Recht einen europaweiten, proaktiven und dezidierten, mit eigenen Behörden und neu geschaffenen Rechtsansprüchen unternommenen Kampf des Staates gegen Diskriminierung. Das europäische Recht lehnt sich damit an die in den 60er Jahren in den Vereinigten Staaten begründete, sehr ins Einzelne gehende Antidiskriminierungsstrategie an. Schon im civil rights act, den der damalige Präsident Lyndon B. Johnson in Gegenwart von Martin Luther King am 2. Juli 1964 unterschrieb, ist minutiös geregelt, dass zB Schwarze nicht vom Kinobesuch, vom Bibliotheksbesuch, vom öffentlichen Nahverkehr etc. ausgeschlossen werden dürfen. In Deutschland wären solche Diskriminierungen ebenso verboten gewesen, aber man hätte sie nicht einzeln ausdrücklich verboten, sondern generell und ohne Sondergesetz als sittenwidrig angesehen. Zur Durchsetzung der Gleichbehandlung wurden in den USA abschreckend hohe Entschädigungsansprüche mit deutlichem Strafcharakter eingeführt, um diskriminierende Praktiken im Arbeitsleben zu bestrafen und zu verhindern. So musste im Dezember 2009 der Einzelhändler Wal-Mart einer Apothekerin eine Million Dollar als Entschädigung wegen diskriminierender Kündigung zahlen¹⁹: Die Frau hatte ein falsches Medikament abgegeben. Damit hatte sie zwar gegen ihre Pflichten verstoßen und hätte gekündigt werden können. Der diskriminierungsrechtliche Haken war aber, dass ein männlicher Kollege, der denselben Fehler gemacht hatte wie die Frau, ohne Kündigung davongekommen war.

3. Neue Rechtskultur

Das deutsche Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz gilt seit dem 18. August 2006. Es hat 7 Abschnitte. Im ersten sind die sogenannten „verpönten“ Merkmale benannt, also die Eigenschaften eines Menschen, die keinen rechtlichen Unterschied machen dürfen: ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Identität.

¹⁹ vgl. von Steinau-Steinrück, management-blog der Wirtschaftswoche vom 27. Juni 2013, <http://blog.wiwo.de/management/2013/06/27/laxe-diskriminierungsstrafen-hier-horrorsummen-in-den-usa-gastbeitrag-von-arbeitsrechtler-von-steinau-steinruck/>

Außerdem sind zentrale Begriffe definiert. Es gibt zB zwei Arten von Benachteiligung, die unmittelbare Benachteiligung und die mittelbare. Ferner stellt das Gesetz klar, dass auch Belästigungen, zB sexuelle Belästigungen, grundsätzlich Benachteiligungen sind. Der 2. Abschnitt legt fest, dass Benachteiligungen wegen der „verpönten Merkmale“ grundsätzlich unzulässig sind, aber unter gewissen Voraussetzungen ausnahmsweise doch stattfinden dürfen, zB sollen religiös oder weltanschaulich gebundene Unternehmen gewisse Freiheiten bei der Auswahl ihres Personals haben und kann das Alter ausnahmsweise ein zulässiges Unterscheidungskriterium sein. Ebenfalls im zweiten Abschnitt werden dem Arbeitgeber gewisse Vorkehrungen gegen Diskriminierung vorgeschrieben. ZB muss er nach § 12 Abs. 3 AGG einem Arbeitnehmer, der sich diskriminierend verhält, unter Umständen kündigen. Geregelt sind im zweiten Abschnitt auch die Rechte, die ein diskriminierter Arbeitnehmer hat: Er kann sich beschweren, er kann die Arbeit verweigern und er kann Schadensersatz und Entschädigung verlangen. Von besonderem Interesse ist der 4. Abschnitt. Er enthält für alle Diskriminierungsprozesse eine Beweislastregel. Sie besagt, dass derjenige, der sich diskriminiert fühlt, keinen vollen Beweis erbringen muss. Er darf sich vielmehr damit begnügen, gewisse Indizien vorzubringen. Tut er das, kippt die Beweislast und der Arbeitgeber muss nun beweisen, dass er ausschließlich aus diskriminierungsneutralen Motiven gehandelt hat. Wir kommen auf all das gleich gesondert zurück, ich will aber schon an dieser Stelle sagen, dass Arbeitgeber gut daran tun, in allen irgendwie diskriminierungsnahen Angelegenheiten die Unbedenklichkeit ihrer Handlungsmotive gerichtsfest zu dokumentieren. Nicht unerwähnt lassen will ich noch den 6. Abschnitt des Gesetzes. Dort tut der Gesetzgeber, was er immer tut, wenn er das Gefühl hat, man könnte auch sonst noch so einiges tun, ohne zu wissen, was genau: Er schafft eine Behörde. In diesem Fall ist es die Antidiskriminierungsstelle des Bundes. Sie sitzt in Berlin und trägt die Abkürzung ADS. Das ist eine bemerkenswerte Abkürzung, weil ADS, wie ein Blick in jedes Lexikon zeigt, die Bezeichnung der Mediziner für eine Krankheit ist, an der manche Kinder und auch manche öffentliche Stellen leiden: ADS heißt „Aufmerksamkeits-Defizit-Syndrom“. Hauptsymptom ist maximale Aktivität bei minimaler Effektivität.

VI. Die einzelnen Diskriminierungsmerkmale

Wir haben die - leider etwas komplexe - rechtliche Grundkonstellation betrachtet und werden uns nun typischen Fallkonstellationen widmen, wie sie aus der betrieblichen Praxis vor die Gerichte kommen. Wir wollen zunächst sehen, welche Sachverhalte hinter den einzelnen Diskriminierungsmerkmalen stehen, um uns dann mit typischen Fallkonstellationen, Fragen der Beweislast und einigen häufig auftretenden Sonderprobleme zu beschäftigen.

1. Rasse und ethnische Herkunft

Rassismus und Fremdenfeindlichkeit haben in den letzten Jahren nicht nur in Deutschland allem Anschein nach zugenommen²⁰. Das macht sich gelegentlich auch vor den Arbeitsgerichten bemerkbar. ZB dann, wenn ein Arbeitnehmer rassistische Bemerkungen fallen lässt und der Arbeitgeber, wie es das AGG fordert, darauf durch Abmahnung oder Kündigung reagiert. So geschah es vor einem Jahr bei einem Finanzdienstleister in Frankfurt. Einer der Direktoren soll in der Kantine bei einer dunkelhäutigen Serviererin mit genüsslich-sarkastischem Unterton einen „Negerkuss“ bestellt und auf Nachfrage eines Kollegen erklärt haben, er sei nun mal Rassist, dazu stehe er. Der Gekündigte erklärte, es sei alles nur ein Scherz gewesen. Später entschuldigte er sich. Das Gericht erklärte die Kündigung für unwirksam, eine Abmahnung hätte ausgereicht und die Entschuldigung rücke den Vorfall in milderes Licht²¹. Wenn ansonsten im Arbeitsrecht das Stichwort „Ethnie“ fällt, dann meist im Zusammenhang mit der Sprache, zB weil Arbeitnehmer, deren Muttersprache nicht Deutsch ist, sich durch die Anforderungen des Arbeitgebers an ihre Deutschkenntnisse überfordert fühlen. Erfolg haben diese Klagen so gut wie nie: Sprachdefizite müssen die Arbeitnehmer prinzipiell selbst ausgleichen, sagt das Bundesarbeitsgericht. Zum Beispiel in der Aufforderung an eine muttersprachlich kroatische Kassenwärtlerin in einem Schwimmbad, sie möge einen Deutschkurs besuchen, sieht das BAG zwar eine Ungleichbehandlung; diese sei aber gerechtfertigt, wenn die entsprechenden Sprachkenntnisse für die Arbeit notwendig seien²². Das gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer die Kosten des Deutschkurses tragen soll²³.

Rechtlich interessant wurde der Begriff der Ethnie in einem ganz anderen Zusammenhang. Im Jahre 2009 und 2010 hatten sich zwei Arbeitsgerichte mit der Frage zu befassen, ob ehemalige Bürger der DDR eine von Bürgern der alten Bundesrepublik unterscheidbare „Ethnie“ bilden. Einer der Kläger, ein in Ostdeutschland geborener Koch, arbeitete in der Truppenküche der US-Streitkräfte in Schweinfurt und war dort von Kollegen als „Ossi-Schwuchtel“, „Ossi-Lusche“ und „Ossi-Schlampe“ bezeichnet worden²⁴. In einem anderen Fall hatte sich eine aus der ehemaligen DDR stammende Frau um eine Stelle als Buchhalterin beworben. Als bald bekam sie schriftlich eine mit den üblichen Dankesbekundungen verbundene Absage nebst Lebenslauf zurück. Auf Letzterem hatte eine Mitarbeiterin des Arbeitgebers geschmackvoller Weise in großen Buchstaben das Wort „Ossi“ geschrieben, mit einem daneben

²⁰ Es gab beides auch früher schon im Arbeitsleben, vgl. den Fall, der dem Urteil des BAG vom 1. Juli 1999 - 2 AZR 676/98 - zugrunde lag.

²¹ ArbG Frankfurt/Main 13. Juli 2016 - 15 Ca 1744/16

²² BAG 22. Juni 2011 - 8 AZR 48/10

²³ ähnlich: BAG 28. Januar 2010 - 2 AZR 764/08

²⁴ ArbG Würzburg 23. Januar 2009 - 3 Ca 664/08

eingekreisten fetten Minuszeichen verziert und im Übrigen zu Tätigkeitszeiten der Klägerin vor 1988 an 2 Stellen „DDR“ vermerkt²⁵. Sowohl der Koch als auch die Buchhalterin verlangten Entschädigung wegen ethnischer Diskriminierung. Erfolg hatten sie nicht: Die Gerichte stellten sich auf den - wie ich finde: zutreffenden - Standpunkt, dass DDR-Bürgerschaft keine ethnische Zugehörigkeit bedeutet. Immerhin verband die Deutschen in der DDR mit denen in der BRD eine jahrhundertealte gemeinsame Sprache und Kultur, gegen die die 4 Jahrzehnte Trennung eher als eine Episode anzusehen sind. Die Fälle stießen aber eine Diskussion über die Frage an, was eigentlich eine Ethnie genau sein soll. Das Gesetz schweigt dazu. In Kommentaren findet man die Aussage, „Ethnie“ seien Personenmehrheiten, die durch eine gemeinsame Muttersprache, gemeinsame Kultur, Religion, Bräuche u.ä. zusammengehalten werden. Eigentlich bedeutet das griechische Wort „Ethnos“ nichts anderes als „Volk“. Nun stößt der Begriff „Volk“ gerade in Deutschland auf vielfältige historisch bedingte Verlegenheiten. Wenn man weit genug zurückschaut, findet man neben dem Volk der Bayern auch das Volk der Schwaben, der Sachsen usw. Die DDR hatte einen sozialistischen Kampfbegriff von Volk, die Nazis hatten und haben wieder einen rassistisch geprägten Begriff. Diese Verlegenheiten haben zu dem Vorschlag geführt, den Begriff der Ethnie rechtssoziologisch zu definieren, gemeint sind dann alle Angehörigen einer Personengruppe, die man gemeinsam wegen der Gruppenzugehörigkeit beleidigen kann²⁶. Das Problem dieser Definition ist, dass sie auf Türken genauso gut passt wie auf Juristen, die man natürlich als sonderbares Völkchen bezeichnen kann, aber doch sicher nicht als Ethnie. Also man kommt nicht so richtig klug aus der Sache raus, wenn man einmal angefangen hat über das Thema nachzudenken.

Sicher ist nur, dass jedenfalls bisher für das Wort Ossi keine Entschädigung nach § 15 AGG fällig wird. Allerdings, und das ist das Schöne, haben wir ja immer noch, Sie erinnern sich, unser Grundgesetz und in dem steht immerhin, dass niemand wegen seiner „Heimat“ benachteiligt werden darf. Es gelten dann zwar nicht die Rechtsfolgen des AGG, aber die allgemeinen Gesetze bieten, denke ich, mit der Strafbarkeit der Beleidigung sowie mit dem Deliktsrecht des BGB genügend Schutz gegen Diskriminierungen von Wessis, Osis, Ösis, Piefkes, Saupreußen und Düsseldorfern.

2. Geschlecht und sexuelle Identität

Diskriminierung wegen des Geschlechts spielte bis in die 90er Jahre des vorigen Jahrhunderts hauptsächlich als Frauendiskriminierung eine Rolle im

²⁵ ArbG Stuttgart 15. April 2010 - 17 Ca 8907/09

²⁶ sehr instruktiv: Däubler in Däubler/Bertzbach, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 3. Auflage, München, Rn 21 ff. zu § 1 Ziel des Gesetzes

Arbeitsrecht. Bei Einführung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes war dieses Problem - wohlgemerkt: rechtlich gesehen - bereits weitgehend gelöst. Frauen dürfen nicht schlechter behandelt werden als Männer, das ist eigentlich alles. Die Jahre seit 2006 brachten nicht viel Neues, sondern eher hier und da eine Korrektur oder Klarstellung²⁷.

Aus den letzten Jahren ist hauptsächlich erwähnenswert die Frage des Sonderkündigungsschutzes für werdende Mütter bei künstlicher Befruchtung. Hier hatte das BAG im Jahr 2015 folgenden Fall zu entscheiden:

Eine Frau arbeitete als Versicherungsvertreterin. Am 15. Januar 2013 teilte sie dem Arbeitgeber mit, dass sie seit mehreren Jahren einen bisher unerfüllten Kinderwunsch hege und ein erneuter Versuch einer künstlichen Befruchtung anstehe. Der Embryonentransfer erfolgte am 24. Januar 2013. Am 31. Januar 2013 sprach der Beklagte - ohne behördliche Zustimmung - eine ordentliche Kündigung aus. In der Folge besetzte er die Stelle mit einer älteren Arbeitnehmerin. Am 7. Februar 2013 wurde bei der Klägerin eine Schwangerschaft festgestellt. Hierüber informierte sie den Beklagten am 13. Februar 2013.

Nach dem Mutterschutzgesetz²⁸ kann einer Frau während der Schwangerschaft nur mit Zustimmung der zuständigen Behörde gekündigt werden, wenn der Arbeitgeber bei Kündigung von der Schwangerschaft weiß oder innerhalb zweier Wochen davon erfährt. Die Frage ist hier natürlich, ab wann die Klägerin schwanger iSd MuSchGes war. Das BAG²⁹ sagt: Die Schwangerschaft beginnt bei der In-vitro-Fertilisation bereits ab dem Zeitpunkt der Einsetzung der befruchteten Eizelle (sog. Embryonentransfer) und nicht erst mit ihrer erfolgreichen Einnistung (Nidation). Es folgte damit dem EuGH³⁰, der eine Kündigung nach In-vitro-Fertilisation als geschlechtsdiskriminierend ansieht³¹.

²⁷ vgl. etwa BAG 15. Oktober 2013 - 3 AZR 653/11: „Die den Anspruch auf Hinterbliebenenversorgung einschränkende Voraussetzung, dass die Ehe vor dem Ausscheiden des Mitarbeiters aus dem Arbeitsverhältnis geschlossen worden sein muss, führt nicht zu einer unzulässigen Diskriminierung wegen des Geschlechts.“; BAG 28. Mai 2013 - 3 AZR 635/11: Mindestaltersgrenze von 30 für den Erwerb eines unverfallbaren Anspruchs auf Betriebsrente diskriminiert Frauen nicht, auch wenn sie häufiger vor dem Erreichen des 30. Lebensjahres ausscheiden;

²⁸ § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG

²⁹ BAG 26. März 2015 - 2 AZR 237/14

³⁰ EuGH 26. Februar 2008 - C-506/06

³¹ Dagegen sieht es das BAG nicht als diskriminierend an, wenn sich ein Arbeitgeber, der, ohne von der Schwangerschaft zu wissen, kündigt und erst nach Ablauf der für Kündigungsklagen geltenden dreiwöchigen Frist von der Schwangerschaft erfährt, weigert, die Kündigung zurückzunehmen, BAG 17. Oktober 2013 - 8 AZR 742/12

Zu Verwirrungen kann das im Gesetz enthaltene Merkmal „sexuelle Identität“ führen. Der Ausdruck ist eine deutsche Besonderheit. Im europäischen Antidiskriminierungsrecht ist von „sexueller Ausrichtung“³² die Rede. Man muss aber trotzdem nicht darüber rätseln, ob Homosexualität tatsächlich eine sexuelle Identität ist, was ja zur Folge hätte, dass mit dem Wechsel zur Heterosexualität ein Identitätswechsel verbunden wäre. Das deutsche Gesetz erfasst laut Gesetzesbegründung³³ genau denselben Personenkreis wie das europäische Recht, nämlich homosexuelle Männer und Frauen ebenso wie bisexuelle, transsexuelle oder zwischengeschlechtliche Menschen. Nicht geschützt sind natürlich krankhafte und sozialschädliche Triebkonstellationen wie Pädophilie oder sadistische Neigungen.

Die meisten Fälle, die zum Merkmal der sexuellen Identität vor die Gerichte kommen, betreffen homosexuelle Menschen, und zwar vor allem, wenn es um Familienzuschläge und Fragen der Altersversorgung geht. Nahezu alle tariflichen und gesetzlichen Regelungen dieser Fragen aus der Zeit bis etwa 2000/2005 sind auf heterosexuelle Verbindungen zugeschnitten. Nach Inkrafttreten des AGG, mehreren Entscheidungen des BAG und vor allem des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2012 ist es nun gesicherte Rechtserkenntnis, dass eingetragene Lebenspartner mit Verheirateten gleichgestellt werden müssen. Gleichgeschlechtliche Lebenspartner haben also im Prinzip dieselben arbeitsrechtlichen Ansprüche wie Verheiratete³⁴. Im Übrigen tut auch der Gesetzgeber seine Arbeit, zB Elterngeld und Elternzeit können inzwischen auch „verpartnerte“ Menschen beanspruchen³⁵.

Neben diesen letztlich einfach zu lösenden Problemen gibt es natürlich eine große Spannweite von Fällen, in denen vermeintliche oder angebliche Diskriminierung wegen sexueller Identität eine Rolle spielen kann. Zwei Beispiele will ich nennen:

Das erste spielt ganz hier in der Nähe, irgendwo bei Mönchengladbach. Ein homosexueller Verkaufsreisender für Kaffeegenuss war seit 20 Jahren für seinen Chef im Auto unterwegs und verkaufte Kaffee. Im Juli 2015 hatte sein Chef eine, wie er fand, fulminante Werbeidee. Er ließ eine Werbefolie auf das Auto

³² Kapitel I Art. 1 RICHTLINIE 2000/78/EG DES RATES vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf

³³ BT-Drucksache 16/1780 Seite 31

³⁴ BVerfG 1. August 2012 - 2 BvR 1397/09; vgl. auch: Ausgewählte Entscheidungen deutscher Gerichte zum Antidiskriminierungsrecht, herausgegeben von der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, im Internet als pdf-Datei erhältlich unter http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Rechtsprechungs%C3%BCbersicht/rechtsprechungsuebersicht_zum_antidiskriminierungsrecht.pdf?__blob=publicationFile

³⁵ § 1 Abs. 1 Satz 2 BEEG

kleben. Mit der Folie sah das Auto so aus, als ob die Beifahrertüre offen stehe und sich im Auto neben dem Werbespruch „verführerisch lecker“ eine weitgehend unbekleidete Frau in Kaffeebohnen räkele. Von der Frau waren nur die nackten Beine und lasziv-locker sitzende rote Stöckelschuhe zu sehen. Der Verkaufsreisende fuhr einen Tag lang mit dem so beklebten Auto herum und hatte dann die Nase voll. Mit einem solchen „Puffauto“ fahre er nicht, das sei unzumutbar, sagte er, und machte außerdem geltend, er fühle sich wegen seiner Homosexualität durch die aggressive heterosexuelle Anmutung der Werbung gedemütigt und diskriminiert. Er stellte folglich die Arbeit ein. Woraufhin der Arbeitgeber kündigte.

Das Arbeitsgericht Mönchengladbach³⁶, das diesen Fall zu entscheiden hatte, war der Meinung, die Arbeitsleistung in dem anstößig beklebten Auto sei doch zumutbar. Mit der Homosexualität des Klägers habe die Werbung nichts zu tun. Jedenfalls umfasse das Recht auf unternehmerische Freiheit auch das Recht auf geschmackslose Werbung.

In einem vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fall, den ich hier leicht abgewandelt wiedergebe, hatte der Arbeitgeber eine Stelle ausgeschrieben. Es bewarb sich durch einen Vermittler eine Frau M. Als der Personalleiter Frau M. an der Pforte abholen wollte, stand ein bärtiger Mensch mit tiefer Stimme vor ihm. Der Personalleiter war überrascht. Er stutzte und sagte dem bärtigen Menschen, ihm sei eine *Frau* M. angekündigt worden. Der Bart antwortete, er *sei Frau* M. Der Personalleiter rief seine Sekretärin an und sagte dann erneut, er habe eine Frau erwartet. Nachdem der Bart erneut erwiderte, er sei eine Frau, zeigte ihm der Personalleiter die betreffende Arbeitsstelle, besprach Lohn- und Arbeitszeitfragen, verabschiedete Frau M. und schickte ihr einige Tage später eine Absage. Frau M. erhob Klage auf Entschädigung, weil sie wegen Transsexualität benachteiligt worden sei. Der Arbeitgeber sagte, er habe von der Transsexualität nichts gewusst und Frau M. schon deshalb nicht deswegen benachteiligen können. Wie der Fall ausging, sage ich Ihnen gleich.

3. Religion und Weltanschauung

Dass Menschen, ja ganze Völker im Namen ihrer Götter einander an die Gurgel gehen, ist, vom Standpunkt der Vernunft betrachtet, schwer zu verstehen. Dennoch ist es bis heute eine Tatsache. Die Notwendigkeit etwas gegen religiöse Diskriminierung zu tun, liegt auf der Hand. Das Einfachste wäre natürlich, alle Religionen gleichmäßig zu unterdrücken. Aber das geht nicht, weil es offenkundig ein unausrottbares Bedürfnis sehr vieler Menschen gibt, in irgendeiner Form an metaphysische Kräfte zu glauben und ihr Leben danach

³⁶ ArbG Mönchengladbach 14. Oktober 2015 - 2 Ca 1765/15

auszurichten. Soweit bekannt sind alle Staatsordnungen, die über diese Tatsache hinweggehen wollten, gescheitert. In Deutschland ist die Freiheit der Religionsausübung rechtlich garantiert, die Diskriminierung untersagt und dem Staat Neutralität auferlegt. Und zwar sowohl nach der Europäischen Menschenrechtscharta, der Grundrechtscharta der Europäischen Union und dem deutschen Grundgesetz. Einerseits müssen also Religionen toleriert werden, andererseits dürfen sie regelmäßig kein rechtliches Unterscheidungskriterium sein. Das sind, wie auch in der Rechtsprechung zum Arbeitsrecht immer wieder zu bemerken ist, Gesetzesziele, die in einem Spannungsverhältnis zueinander stehen, dessen Ausgleich den Kern aller Rechtsstreitigkeiten zu diesem Thema ausmacht.

Das AGG untersagt unterschiedliche Behandlung wegen der Religion, gewährt aber andererseits den Religionsgesellschaften auch staatlichen Schutz, zB dürfen die Kirchen ihre Anforderungen an Religionslehrer selbst bestimmen³⁷, das Erzbistum Köln muss also keine muslimischen oder atheistischen Lehrer einstellen. In vielen Fällen ist die Sache allerdings weniger einfach, wobei es nicht immer so kurios zugeht wie im Fall des LAG München, in dem ein nichtchristlicher ausländischer Arbeitnehmer sich zunächst diskriminiert fühlte, weil der Chef ihn zur Weihnachtsfeier einlud, ein Jahr später fühlte er sich dann diskriminiert, der Leser wird es schon ahnen, genau: Weil der Chef ihn *nicht* zur Weihnachtsfeier einlud³⁸.

a. Religiöse Symbole

Klassisch sind die Streitigkeiten, die um religiöse Symbole geführt werden. Schon 1995 missbilligte das Bundesverfassungsgericht eine bayerische Regelung, nach der in den Klassenräumen von Grundschulen Kruzifixe anzubringen waren³⁹, weil darin ein Bekenntnis des Staats zur christlichen Religion liege, das Nichtchristen diskriminiere. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte erlaubt dagegen Kruzifixe in italienischen Schulen; sie seien nur passive Symbole⁴⁰.

³⁷ vgl. § 8 AGG

³⁸ Landesarbeitsgericht München, Urteil vom 04. September 2014 - 3 Sa 465/14 -, juris

³⁹ BVerfG 16. Mai 1995 - 1 BvR 1087/91; ähnlich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) 3. November 2009 - 30814/06

⁴⁰ so EGMR 18. März 2011 - 30814/06: das Kruzifix sei nur ein «passives Symbol, welches nicht mit einem didaktischen Vortrag oder mit der Teilnahme an einer religiösen Handlung»; mit der Entscheidung vom 18. März 2011 wurde diejenige vom 3. November 2009 aufgehoben

Das Tragen von Kopftüchern nach islamischem Ritus hat sowohl das BAG als auch das Bundesverfassungsgericht mehrfach beschäftigt⁴¹, und zwar mit wechselnden Ergebnissen. Mal stellten die Gerichte die religiöse Freiheit der einzelnen muslimischen Frauen in den Vordergrund, mal die staatliche Neutralitätspflicht und die Religionsfreiheit der zB von kopftuchtragenden Lehrerinnen unterrichteten christlichen Kindern und deren Eltern. Eine einheitliche Linie im Sinne strikter Verbote oder umfassender Toleranz war nicht zu finden. Aus dieser Not hat nun der Europäische Gerichtshof in zwei, wie ich finde, sehr klugen Entscheidungen eine Tugend gemacht. Er sagt, und das ist auch für private Arbeitgeber die jetzt gültige Richtschnur:

Ein privates Unternehmen darf eine interne Regel aufstellen, nach der das sichtbare Tragen jedes politischen, philosophischen oder religiösen Zeichens am Arbeitsplatz verboten ist. Eine mittelbare Diskriminierung kann in einem so begründeten Verbot nur ausnahmsweise liegen, zB wenn sich herausstellt, dass das scheinbar umfassende Verbot sich in Wahrheit nur gegen Muslime richtet. Besteht eine solche generelle betriebliche Neutralitätsregel nicht, dann kann auch der Wunsch eines einzelnen Kunden, nur von kopftuchlosen Frauen bedient zu werden, kein individuelles Verbot rechtfertigen⁴². Ein Arbeitgeber, der Streitereien um Kopftücher, Kreuze u.ä. aus dem Weg gehen will, ist also gut beraten, sich eine möglichst verschriftlichte Neutralitätsrichtlinie zu geben, in der alle weltanschaulichen und religiösen Bekundungen untersagt werden.

b. Moralische Fragen

Die moralischen Anforderungen, die eine Religion an den Menschen stellt, werden häufig identisch mit denen des staatlichen Rechts sein. Keine mir bekannte Religion hat bisher der Ungerechtigkeit einen Altar errichtet, oder feiert den Diebstahl, die Körperverletzung oder den Betrug als religiöse Handlung. Aber es gibt einzelne Punkte, in denen die religiöse Moral mit der Rechtslage nicht übereinstimmt.

⁴¹ mit schwankenden Ergebnissen: BAG 10. Oktober 2002 - 2 AZR 472/01: das Tragen eines - „islamischen“ - Kopftuchs allein rechtfertigt regelmäßig noch nicht die ordentliche Kündigung einer Verkäuferin in einem Kaufhaus aus personen- oder verhaltensbedingten Gründen; BAG 10. Dezember 2009 2 AZR 55/09: „islamisches“ Kopftuch in Schule darf Lehrerin verboten werden, wenn ein Landesgesetz das vorsieht; BAG 12. August 2010 : 2 AZR 593/09: „islamisches“ Kopftuch in Kita darf Erzieherin verboten werden, wenn ein Landesgesetz das ermöglicht; BAG 24. September 2014 - 5 AZR 611/12: „islamisches“ Kopftuch in evangelischer Einrichtung darf untersagt werden; vgl. auch einerseits BVerfG 24. September 2003 - 2 BvR 1436/02: Kopftuchverbot zulässig, wenn gesetzliche Grundlage vorhanden ist, andererseits BVerfG 27. Januar 2015 - 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10: Kopftuchverbot auch bei vorhandener gesetzlicher Grundlage nur ausnahmsweise zulässig, wenn Unfrieden droht

⁴² EuGH 14. März 2017 - C 157/15 - G4S Secure Solutions und C 188/15 - Bougnaoui und ADDH

Zum Beispiel ist es nach deutschem Recht nicht verboten, Bierkästen zu tragen. Die Anweisung an einen Ladenhelfer in einem Lebensmittelmarkt, Bierkästen zu tragen, ist auf den ersten Blick unverdächtig. Was aber, wenn er sagt: Ich habe eine religiöse Erweckung gehabt, ich bin jetzt strenggläubiger Adventist oder Muslim, jede Berührung mit Alkohol ist für mich Sünde? Kann der Arbeitgeber dann wegen Arbeitsverweigerung kündigen?

Nicht ohne weiteres, sagte das BAG 2011⁴³. Die Quintessenz ist: In solchen Fällen muss der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber erklären, worin genau die religiösen Gründe bestehen, und, an welchen Tätigkeiten genau er sich gehindert sieht. Tut er das, so kann der Arbeitnehmer nicht gezwungen werden, eine Arbeit auszuführen, die seine Religion ihm verbietet. Der Arbeitgeber muss versuchen, im Rahmen des vernünftigerweise Möglichen eine andere Beschäftigung zu finden. Geht das nicht, so kann der Arbeitgeber kündigen, zwar nicht wegen Arbeitsverweigerung, wohl aber, weil der Arbeitnehmer persönlich nicht mehr in der Lage ist, den Vertrag zu erfüllen. Der Glaubenskonflikt wird, man verzeihe die etwas unpassende Parallele, arbeitsrechtlich wie eine Krankheit behandelt.

Sehr viel häufiger als Kollisionen der islamischen Moral mit dem weltlichen Recht sind allerdings Konflikte zwischen den Anforderungen insbesondere der katholischen Ehemoral mit den wesentlich liberaleren Normen des staatlichen Rechts. Diese Fälle gibt es seit den 50er Jahren, sie treten aber seit etwa 2 Jahrzehnten immer häufiger auf. Den Kirchen ist nach dem Grundgesetz das Recht vorbehalten, ihre eigenen Angelegenheiten nach ihren Vorstellungen zu regeln, was nach Lesart des Bundesverfassungsgerichts auch das Recht einschließt, von den Arbeitnehmern kirchentreue Moral zu verlangen. Das war bis in die 80er Jahre hinein arbeitsrechtlich zwar ein Problem, aber kein sehr großes, weil es nicht so viele kirchliche Arbeitnehmer gab. Deren Zahl hat sich aber seit der Wende auf rund 2 Millionen fast verdreifacht, weil die Kirchen sich massiv in sozialen Diensten aller Art engagieren - auch in den neuen Bundesländern, wo Atheismus oftmals die Mehrheitsreligion ist. Es gibt derzeit in Deutschland etwa 2 Millionen kirchliche Arbeitnehmer.

Der rechtlich spektakulärste Fall betrifft einen katholischen Chefarzt in einem katholischen Krankenhaus in Düsseldorf. Als er um das Jahr 2000 seine Stelle antrat, war er allem Anschein nach glücklich verheirateter Familienvater. Einige Jahre später wandte sich aber seine Frau von ihm ab und ließ sich schließlich scheiden. Der Chefarzt seinerseits schmollte eine Weile, schenkte sein Herz dann einer Kollegin und lebte ein Jahr in sogenannter wilder Ehe mit ihr

⁴³ 24. Februar 2011 - 2 AZR 636/09

zusammen, was er als Katholik und auch nach seinem Vertrag nicht durfte. Indes gab es im Krankenhaus noch weitere Chefarzte, die ein zweites Mal verheiratet, allerdings zT nicht katholisch waren. Im Krankenhaus wussten alle von der wilden Ehe des Klägers und alle drückten die Augen zu (der Kläger hatte einen guten Ruf in der Düsseldorfer Haute Volée und machte richtig guten Umsatz), bis die neue Freundin sagte, sie wolle jetzt heiraten. Der Arzt kam dem Wunsch nach, die Kunde drang von Düsseldorf nach Köln ins Generalvikariat und, man schrieb das Jahr 2009, das Krankenhaus kündigte. Der Kläger ging vor das Arbeitsgericht. Er gewann 2011 vor dem Bundesarbeitsgericht⁴⁴, ua mit der Begründung: Die Kirche kann zwar ihre moralischen Vorstellungen zur Richtschnur machen; wenn sie das tut, muss sie aber stringent sein. Dazu passt es nicht, einerseits die wilde Ehe zu dulden, die reguläre aber zu bestrafen, andererseits dem einen Chefarzt die Wiederverheiratung durchgehen zu lassen dem andern aber nicht. Diese Entscheidung wurde vom Bundesverfassungsgericht 2014 aufgehoben⁴⁵ und an das Bundesarbeitsgericht zurückverwiesen mit der, wiederum etwas überpointiert wiedergegebenen Begründung, die Kirche könne bis zu einer nicht näher definierten Grenze tun was sie wolle, das hätten die Arbeitsgerichte zu akzeptieren. Vor ungefähr einem Jahr musste sich dann also das Bundesarbeitsgericht erneut mit dem Fall befassen. Und das BAG weigerte sich, dem BVerfG zu folgen. Stattdessen berief es sich auf das - wie ich eingangs sagte - europarechtlich vorgegebene Diskriminierungsverbot des AGG und stellte sich auf den Standpunkt, die Rechtsauffassung des Bundesverfassungsgerichts verstoße möglicherweise gegen Europarecht. Mit dieser Begründung legte es den Fall dem Europäischen Gerichtshof vor. Die Frage lautet, ob katholische Kirchenunternehmen in Loyalitätsfragen unterscheiden dürfen zwischen katholischen Arbeitnehmern und solchen, die einer anderen oder keiner Kirche angehören⁴⁶.

Nun warten alle Beteiligten gespannt auf das Wort aus Luxemburg, während der Chefarzt übrigens bis heute in der Klinik weiterarbeitet und die Klinik, die im Prozess seit 8 Jahren beklagt, wie unzumutbar ihr die Beschäftigung ist, ihn sogar auf ihrer Webseite präsentiert⁴⁷.

4. Behinderung

Wenn Benachteiligungen behinderter Menschen vor die Gerichte kommen, dann handelt es sich fast immer um Stellenbewerbungen oder Beförderungen. Das scheint ein Indiz dafür zu sein, dass viele Arbeitgeber die Beschäftigung

⁴⁴ BAG 8. September 2011 - 2 AZR 543/10

⁴⁵ BVerfG 22. Oktober 2014 - 2 BvR 661/12

⁴⁶ BAG 28. Juli 2016 - 2 AZR 746/14 (A)

⁴⁷ <http://www.vinzenz->

duesseldorf.de/unsere_kliniken/innere_medizin/fachveranstaltungen_fuer_aerzte/

behinderter Menschen als riskant einordnen und deshalb am liebsten ganz davon Abstand nehmen. Das ist nicht schön, erklärt sich aber durch die den Arbeitgebern zum Schutz behinderter Menschen aufgebürdeten zusätzlichen Pflichten, insbesondere beim Urlaub und bei Kündigungen⁴⁸. Es ist wohl ein Teufelskreis: Je mehr Schutz die Gesetze behinderten Menschen geben, umso schwerer wird es für sie, in dauerhafte und lukrative Beschäftigung zu kommen⁴⁹. Anders als homosexuelle und fremd aussehende Menschen haben Behinderte weniger mit vorwiegend irrationalen, sondern eher mit rational, nämlich wirtschaftlich begründeten Vorbehalten zu rechnen. Sie gelten als Kostenverursacher. Die Vielfalt der Konstellationen, in denen es um Diskriminierung wegen Behinderung geht, macht es unmöglich, einen auch nur annähernd repräsentativen oder gar vollständigen Überblick zu geben. Ich will mich deshalb hier auf einen Hinweis beschränken, der mir besonders wichtig zu sein scheint.

Das Diskriminierungsverbot bei Behinderung gilt nicht nur, wie manche glauben, für schwerbehinderte Menschen also solche mit einem Ausweis, der einen Grad der Behinderung von mindestens 50 bescheinigt. Als Behinderung im Sinne des Antidiskriminierungsrechts gilt nach europäischem Recht jede Einschränkung, die „u. a. auf langfristige physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist, die den Betroffenen in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, hindern können“⁵⁰. Das ist nicht schon bei jeder chronischen Krankheit der Fall; zB hat der EuGH entschieden, dass Übergewichtigkeit eine Behinderung sein kann, aber nicht muss⁵¹. Wann eine Einschränkung langfristig ist, ist nach deutschem Sozialrecht einigermaßen klar, nämlich dann, wenn nach ärztlichem Gutachten die körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen⁵². Allerdings muss der Begriff der Behinderung nach europäischem Recht und zwar für die ganze EU einheitlich ausgelegt werden, sagt der Europäische Gerichtshof⁵³. Und da ist vor allem die Frage der Langfristigkeit ungeklärt. Sind es sechs Wochen, 6 Monate, 2 Jahre?

⁴⁸ Nach dem am 1. Januar 2017 in Kraft getretenen Bundesteilhabegesetz ist nunmehr neben der Zustimmung des Integrationsamts (§§ 85 ff. SGB IX) und der Anhörung des Betriebsrates (§ 102 BetrVG) auch die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung (§ 95 Abs. 2 Satz 3 SGB IX)

⁴⁹ Dass staatliche Belastungen kontraproduktiv wirken können, zeigt sich auch bei den Steuereinnahmen, die, jedenfalls nach der Theorie des amerikanischen Ökonomen Arthur B. Laffer sinken, wenn ein als fair einschätzbarer Steuersatz überschritten wird.

⁵⁰ EuGH 11. Juli 2006 - C-13/05

⁵¹ EuGH 18. Dezember 2014 - 354/13

⁵² § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX

⁵³ anders noch BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10

Im Jahr 2016 hatte ein spanisches Gericht den EuGH gefragt, was „langfristig“ bedeutet. Ein Kellner in Barcelona war in der Küche ausgerutscht und hatte sich den Ellbogen ausgekugelt. Der Arzt hatte ihn unbefristet krank geschrieben, das Restaurant hatte gekündigt und der Kellner sah das als Diskriminierung wegen Behinderung an. Es kam nun darauf an, ob die Beeinträchtigung langfristig war. Ich gebe Ihnen die Antwort des EuGH⁵⁴, die eigentlich eine Nichtantwort ist, wörtlich, wenn auch leicht gekürzt:

„Zum Begriff der Langfristigkeit ... ist daran zu erinnern, dass ... der Unionsgesetzgeber ... an Fälle gedacht hat, in denen die Teilhabe am Berufsleben über einen langen Zeitraum eingeschränkt ist.“

Langfristigkeit bedeutet also lange Dauer - wer hätte das gedacht! Das spanische Gericht wird sich nun einen Vers darauf machen müssen.

5. Alter

Das im Rechtsalltag wichtigste „verpönte“ Merkmal ist das Alter. Der Grund dafür ist, dass es einem in allen Ländern der Erde eingewurzelten Gefühl zu entsprechen scheint, dem Lebensalter Einfluss auf die Rechtsstellung eines Menschen beizumessen. Im deutschen Arbeitsrecht war das bis zur Einführung des AGG auch so: Mit dem Lebensalter stiegen in vielen Branchen die Urlaubsansprüche, im öffentlichen Dienst stieg die Höhe der Vergütung mit dem Lebensalter, bei der Berechnung der Kündigungsfristen nach dem BGB spielte das Alter eine Rolle, bei betriebsbedingten Kündigungen waren ältere Arbeitnehmer besser geschützt als junge, andererseits bekamen nach vielen Sozialplänen Arbeitnehmer etwa ab dem 60. Lebensjahr geringere Abfindungen, die Arbeitsverhältnisse endeten nach den meisten Arbeitsverträgen automatisch mit der Vollendung des 65. Lebensjahres und für eine Reihe von Berufen gab es Höchstaltersgrenzen, zB konnte man jenseits der 40 keine Ausbildung mehr zu bestimmten Berufen beginnen, jenseits der 55 nicht mehr Pilot sein⁵⁵, jenseits der 70 nicht Notar⁵⁶. Alle diese Regelungen, an denen bis 2006 kaum jemand Anstoß genommen hatte, sind seitdem Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen geworden. Ich will die Einzelheiten hier nicht alle ausbreiten, sondern stattdessen das Grundmuster darstellen, das die Gerichte anwenden. Es lassen sich dabei im Groben drei Prüfungsschritte unterscheiden, die eigentlich jeder Personalverantwortliche vornehmen sollte, wenn er darüber nachdenkt, ob eine Maßnahme oder eine Regelung altersdiskriminierend ist.

a. Gibt es ein Rezept zur Vermeidung von Altersdiskriminierung?

⁵⁴ EuGH 1. Dezember 2016 - C 395/15

⁵⁵ vgl. dazu EuGH 13. September 2011 - C-447/09

⁵⁶ die Altersgrenze 70 für Notare ist gerechtfertigt: BGH 22. März 2010 - NotZ 16/09; BVerfG 5. Januar 2011 - 1 BvR 2870/10

Erste Frage:

Hat das, was ich vorhabe, einen direkten oder indirekten Zusammenhang mit dem Alter? Ein direkter Zusammenhang wäre zum Beispiel gegeben, wenn ich einem Arbeitnehmer kündigen will, weil ich denke, die Arbeit sollte ein jüngerer tun. Ein indirekter Zusammenhang könnte gegeben sein, wenn ich ihm kündige, weil ich denke, er macht das schon 20 Jahre, ich möchte aber einen haben, der gerade von der Ausbildung kommt und frische Ideen mitbringt. Dann ist das Alter zwar nicht der direkte Grund, aber indirekt spielt es eine Rolle. Wenn ich die Frage reinen Herzens verneinen kann, die Entscheidung also nichts mit dem Alter zu tun hat und auch nicht so aussehen könnte, gibt es keine Diskriminierung, der Fall ist zu Ende. Gibt es einen Konnex mit dem Alter, folgt die

Zweite Frage:

Ist die Ungleichbehandlung wegen der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung? Hier ist die Rechtsprechung ziemlich streng. Zum Beispiel wurden die Fluggesellschaften in den Prozessen um die Altersgrenze 55 nicht müde zu betonen, dass die psychische und physische Leistungsfähigkeit von Piloten mit Vollendung des 55. Lebensjahres restlos erschöpft sei. Dieses Argument wurde natürlich empfindlich erschüttert, als 2009 der 58 Jahre alte amerikanische Pilot Chesley B. Sullenberger eine A 320 mit 155 Personen an Bord in heldenhafter Manier auf dem Hudson River in New York notlandete. Akzeptieren würde man vermutlich eine Altersgrenze 40 für Profifußballer. Bestehen keine besonderen beruflichen Anforderungen für die Ungleichbehandlung, gibt es speziell für das Alter noch einen Rettungsanker. Er wird vom Gesetz zur Verfügung gestellt, wenn die

Dritte Frage:

positiv beantwortet werden kann. Man darf, so steht es in § 10 AGG, wegen des Alters ungleich behandeln, wenn und jetzt zitiere ich das Gesetz, die Ungleichbehandlung

„objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist“ und „die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich“ sind. Das ist, wie man zugeben muss, ein ziemlicher Begriffsbrei, der aus dem europäischen Recht kommt. Das Gesetz gibt aber freundlicher Weise ein paar Beispiele für das, was gemeint ist: Man darf zum Beispiel als privater Arbeitgeber im öffentlichen Interesse Beschäftigungsprogramme für Jugendliche oder ältere Menschen auflegen und dabei andere

Arbeitsbedingungen vereinbaren, man darf - wiederum im öffentlichen Interesse - Mindest- und Höchstaltersgrenzen für bestimmte Berufe festlegen, man darf Mindestaltersgrenzen für die Zahlung von Betriebsrenten verabreden und bei Sozialplänen ebenfalls das Alter berücksichtigen. Das Gesetz nennt noch weitere Fallbeispiele, die im Kern alle darauf hinauslaufen, dass Ungleichbehandlungen, soweit sie eine einigermaßen stringente sozialpolitische Plausibilität haben, akzeptiert werden. Es muss sich ein Zusammenhang mit dem Gemeinwohl herstellen lassen. Man könnte das, leicht überspitzt, auf die Formel bringen: Wenn ich als Arbeitgeber nichts davon habe, dann darf ich auch Alte diskriminieren.

Einige Beispiele aus den letzten Jahren zeigen, wie differenziert die Entscheidungen der Gerichte in Fragen der Altersdiskriminierung sind. Die Quintessenz kann eigentlich nur sein: Wenn es eben geht, sollte man von dem Kriterium Alter weder in Einzelarbeitsverträgen noch in betrieblichen Regelungen Gebrauch machen.

b. Urlaub/Übergangsgeld/Tarifvertrag

Die tarifvertragliche Regelung, wonach Krankenpfleger ab dem 50. Lebensjahr 2 Tage mehr Jahresurlaub erhalten, ist nicht durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt. Ein gesteigertes Erholungsbedürfnis für Krankenpfleger ab 50 sieht das BAG als nicht gegeben an. Hierzu müsste ein Arbeitgeber wissenschaftliche Belege beibringen⁵⁷.

Gleiches gilt für die altersabhängige Staffelung der Urlaubsdauer im Manteltarifvertrag für das Gaststättengewerbe⁵⁸ und Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes⁵⁹.

Nach dem Tarifvertrag Soziale Sicherung im öffentlichen Dienst wird an betriebsbedingt ausscheidende langjährig beschäftigte Arbeitnehmer ein Übergangsgeld gezahlt. Der Anspruch endet, wenn der Arbeitnehmer die Möglichkeit hat vorgezogene Altersrente zu beanspruchen. Die Regelung ist nach Auffassung des BAG nicht altersdiskriminierend⁶⁰. Generell gilt im Zusammenhang mit dem Bezug von Altersrente und der Beendigung von Arbeitsverhältnissen: Wenn eine Regelung Arbeitnehmer altersbedingt aus dem Arbeitsmarkt drängt, ist sie hochkritisch. Negative Beschäftigungsanreize für Arbeitnehmer unterhalb des Alters, das den Bezug einer Regelaltersrente

⁵⁷ BAG 15. November 2016 - 9 AZR 534/15

⁵⁸ BAG 18. Oktober 2016 - 9 AZR 123/16

⁵⁹ BAG 12. April 2016 - 9 AZR 659/14

⁶⁰ 22.9.2016, 6 AZR 397/15

ermöglicht, sind sozialpolitisch unerwünscht. Keine Altersdiskriminierung liegt vor, wenn Arbeitnehmer bei Erreichen der Regelaltersgrenze aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden, vorausgesetzt es bestand für sie die Möglichkeit, einem ordentlichen Rentenversicherungssystem anzugehören und die Möglichkeit weiter zu arbeiten bleibt erhalten.

c. Aufhebungsverträge

Nimmt eine Führungskraft das an alle Führungskräfte gerichtete Angebot des Arbeitgebers auf Ausscheiden mit 60 Jahren bei Zahlung einer sechsstelligen Abfindung an, so liegt darin keine Ungleichbehandlung wegen des Alters zu Lasten des Arbeitnehmers. Ihm wird durch das Angebot der Beklagten lediglich eine zusätzliche Möglichkeit eröffnet, wobei er frei darüber entscheiden kann, ob er von dieser Möglichkeit Gebrauch machen will⁶¹. Das gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber kurz nach dem Ausscheiden der Führungskraft ein neues, mit höheren Abfindungen verbundenes Vorruhestandsprogramm aufsetzt.

Altersdiskriminierend können auch Besitzstandsregelungen in Tarifverträgen sein. So sah ein Tarifvertrag für die Angestellten der Bundeswehr vor, dass eine eigentlich abgeschaffte persönliche Zulage an Arbeitnehmer, die zu einem bestimmten Stichtag 55 Jahre alt und seit 25 Jahren beschäftigt waren, ungeschmälert weiter gezahlt wurde, während jüngere Arbeitnehmer Kürzungen hinzunehmen hatten. Die gar nicht so fern liegende Idee, dass jüngere Arbeitnehmer eher in der Lage wären, sich eine neue Arbeitsstelle zu suchen, um die Kürzung auszugleichen, konnte nach Meinung des BAG die unterschiedliche Behandlung nicht rechtfertigen⁶², obwohl die Besitzstandsregelung ja doch wohl sozialplanähnliche Ziele verfolgte und eine Anwendung der Rechtsgedanken von § 10 Nr. 6 AGG nahegelegen hätte.

d. Stichtagsregelungen

Stichtagsregelungen sind mit besonderer Vorsicht auf mittelbar altersdiskriminierende Wirkungen zu untersuchen. So hatte das BAG einen Tarifvertrag zu beurteilen, der für Arbeitnehmer, die nach einem bestimmten Stichtag eingetreten waren, Vergünstigungen vorsah, die Arbeitnehmern verschlossen bleiben sollten, die vor dem Stichtag eingetreten waren. Da länger beschäftigte Arbeitnehmer typischerweise auch älter sind, liegt in einer solchen Regelung eine mittelbare Altersdiskriminierung. Sie kann nach den oben dargestellten Maßstäben gerechtfertigt sein, aber eben nur, wenn sie einem

⁶¹ BAG 17. März 2016 - 8 AZR 677/14

⁶² BAG 18. Februar 2016 - 6 AZR 700/14

legitimen, also in irgendeinem Zusammenhang zum Gemeinwohl stehenden Ziel dient⁶³.

e. Kündigungen/Sozialpläne

Im Zusammenhang mit dem Alter stehen häufig auch Regelungen in Sozialplänen, die für rentennahe Jahrgänge geringere Abfindungen vorsehen⁶⁴. Solche Regelungen sieht das BAG als zulässig an, wenn bestimmte Mindestleistungen gesichert sind. Es handelt sich zwar um eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters, allerdings hat eine Abfindung den Zweck, die zu erwartenden Nachteile des Arbeitsplatzverlustes zu mildern; dieser, auch im öffentlichen Interesse liegende, Zweck tritt naturgemäß bei Rentennähe in den Hintergrund. Allerdings dürfen schwerbehinderte Menschen, die vorzeitig in den Ruhestand gehen können, nicht generell von Sozialplanleistungen ausgeschlossen werden⁶⁵.

Bei betriebsbedingten Kündigungen darf als Kriterium der Sozialauswahl das Alter weiterhin berücksichtigt werden, soweit es nicht zu extrem ungerechten Ergebnissen führt. Auch die Bildung von Altersgruppen ist weiterhin möglich, darf aber nie zu einer Verjüngung der Belegschaft führen⁶⁶.

Interessant ist ein Fall, auf den wir gleich noch mal in anderem Zusammenhang zurückkommen und der zeigt, wie sehr gerade die Frage der Altersdiskriminierung auch im Kündigungsrecht entscheidenden Einfluss gewinnen kann: Eine Arztpraxis beschäftigte vier Arzthelferinnen - sind Sie übrigens schon jemals einem männlichen Arzthelfer begegnet? Es gibt sie⁶⁷. Als ein Arbeitsplatz wegfällt, kündigt die Praxis der ältesten Helferin, sie hat noch ein Jahr bis zur Rente, die nächstjüngere hat noch zwölf Jahre, die beiden anderen sind Ende 20. Ich finde die Kündigungs-Entscheidung der Ärzte plausibel, das Bundesarbeitsgericht hat sie aber nicht akzeptiert.

VII. Die kritischen Fälle

Nachdem wir nun die einzelnen Diskriminierungsmerkmale betrachtet haben, will ich einige rechtliche Konstellationen herausgreifen, die sich in den letzten Jahren als besonders konflikträftig erwiesen haben.

1. Was ist überhaupt „Diskriminierung“?

⁶³ BAG 9. Dezember 2015 - 4 AZR 684/12

⁶⁴ BAG 9. Dezember 2014 - 1 AZR 102/13

⁶⁵ BAG 17. November 2015 - 1 AZR 938/13 (in Abweichung von früherer Rechtsprechung)

⁶⁶ BAG 26. März 2015 - 2 AZR 478/13

⁶⁷ <http://www.spiegel.de/karriere/maenner-in-frauenberufen-sind-das-alles-ihre-kinder-a-790122-6.html>

Das Gesetz spricht im Gegensatz zum normalen Sprachgebrauch nicht von „Diskriminierung“, sondern von „Benachteiligung“. Dabei gibt es zwei Arten von Benachteiligungen.

a. Unmittelbare Benachteiligung

Die unmittelbare Benachteiligung ist dann gegeben, wenn ich als Arbeitgeber jemanden aus einem der „verpönten“ Gründe schlechter behandle als ich sie ohne dieses Merkmal behandeln würde. Dabei muss das betreffende Merkmal nicht der Hauptgrund für die Schlechterbehandlung sein, es reicht, dass es eines von mehreren Motiven in einem „Motivbündel“ war.

Ein hübsches Beispiel für eine unmittelbare Diskriminierung ist die bei einem großen deutschen Flugunternehmen bestehende Regelung, dass männliche Piloten im Flughafen eine Dienst-Mütze tragen müssen, weibliche Piloten dagegen nicht⁶⁸. Das BAG hielt diese Unterscheidung für gleichheitswidrig, weil der Zweck des Tragens von Dienstkleidung, nämlich das Personal öffentlich sichtbar dem Arbeitgeber zuzuordnen, für Frauen und Männer derselbe sei⁶⁹.

Manchmal gibt es darüber Streit, ob etwas ein *Nachteil* ist. Zum Beispiel beklagte sich der Mitarbeiter eines Versicherungsunternehmens, der Arbeitgeber habe ihn dadurch benachteiligt, dass er ihm, anders als jüngeren Arbeitnehmern, das vorzeitige Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung verweigert habe. Das Bundesarbeitsgericht wies die Klage ab: Nicht vorzeitig auszuschneiden ist gerade kein Nachteil, auch dann nicht, wenn es mit einer Abfindung versüßt wird⁷⁰.

b. Mittelbare Benachteiligung

Mehr Probleme bereitet die - ebenfalls verbotene - mittelbare Diskriminierung. Sie liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Kriterien benutzt werden, die

⁶⁸ BAG 30. September 2014 - 1 AZR 1083/12

⁶⁹ entschieden für den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz, die Entscheidung dürfte aber für das Benachteiligungsverbot des AGG genauso ausfallen

⁷⁰ BAG 25. Februar 2010 - 6 AZR 911/08: „Ältere Arbeitnehmer, die ein Arbeitgeber generell von einem Personalabbau ausnimmt, werden grundsätzlich auch dann nicht iSv. § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG unmittelbar gegenüber jüngeren Arbeitnehmern benachteiligt, wenn der Personalabbau durch freiwillige Aufhebungsverträge unter Zahlung attraktiver Abfindungen erfolgen soll.“ ähnlich schon BAG 17. Dezember 2009 - 6 AZR 242/09

aber im Ergebnis hauptsächlich einen „diskriminierungsrelevanten“ Personenkreis (zB Frauen oder Alte) betreffen und in besonderer Weise benachteiligen. Ein klassisches Beispiel aus der Rechtsprechung ist der früher übliche Ausschluss von Betriebsrentenansprüchen für Teilzeitkräfte im Einzelhandel, die statistisch fast immer Frauen sind. Ein weiteres Beispiel für mittelbare Diskriminierung sind Sonderregelungen für Nichtmuttersprachler, die statistisch fast immer einer nichtdeutschen Ethnie angehören, oder auch Vorgaben für die Mindestkörpergröße, weil Männer im Schnitt 13 Zentimeter größer sind als Frauen⁷¹. Hier ist natürlich die Kunst des Statistiklesens gefragt, denn es gibt auch *Scheinkorrelationen*. So hat ein amerikanischer Forscher kürzlich mitgeteilt, dass die statistische Kurve über die Entwicklung der Anzahl neu erschienener juristischer Lehrbücher von 2002 bis 2009 zu über 90 vH übereinstimmt mit der Kurve betreffend die der Radfahrer, die beim Aufprall auf einen festen Körper ums Leben kamen⁷².

Mittelbare Diskriminierungen können etwas leichter gerechtfertigt sein als unmittelbare. Keine mittelbare Diskriminierung stellt es nämlich dar, wenn die Unterscheidung ein nichtdiskriminierendes Ziel verfolgt. Zum Beispiel Vorschriften über Mindestkörpergrößen für Volleyballspieler dürften regelmäßig mehr Frauen als Männer treffen, können aber ihre Rechtfertigung in beruflichen Anforderungen haben. Nicht gerechtfertigt ist eine Mindestkörpergröße von 1,55 m für Zugbegleitpersonal, wohl, weil man zur Betätigung der Notbremse auch auf einen Sitz steigen kann⁷³ und die in der Fahrzeugdecke befindlichen Notleitern und Evakuierungsstege, so das LAG Baden-Württemberg, könnten ohnehin nicht von einem Zugbegleiter allein herausgenommen werden.

2. Putativdiskriminierung/Diskriminierung Dritter

Nach dem Gesetz sind Benachteiligungen wegen eines verpönten Merkmals verboten, und zwar ausdrücklich auch dann, wenn der Benachteiligte das betreffende Merkmal gar nicht aufweist, sondern der Arbeitgeber nur glaubt, der Benachteiligte weise das Merkmal auf.

Wenn Sie als Arbeitgeber zB beim Vorstellungsgespräch einen Bewerber vor sich haben, der an Krücken geht und denken, der ist bestimmt schwerbehindert

⁷¹ Nach den Ergebnissen des Mikrozensus 2013 liegt die Durchschnittsgröße von Frauen ab 18 Jahren bei 1,65 m, wohingegen Männer im selben Alter durchschnittlich 1,78 m groß sind

<https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Gesellschaft-Staat/Ge-sundheit>

⁷² Tyler Vigen, *Spurious correlations*, Hachette Books, Boston, New York 2015

⁷³ LArbG Baden-Württemberg 29. April 2016 - 19 Sa 45/15

und Sie lehnen ihn deshalb ab, obwohl er in Wahrheit nur einen komplizierten Beinbruch hatte, dann ist das eine verbotene Benachteiligung⁷⁴.

Das Ergebnis könnte – auf die Spitze getrieben – sein, dass einem Stellenbewerber, der ohnehin nicht zum Zuge gekommen wäre und dem die Ablehnung keinerlei materiellen oder immateriellen Schaden zugefügt hat, bis zu drei Monatsvergütungen deshalb zustehen, weil der intendierte Arbeitgeber sich über ein Diskriminierungsmerkmal irrt. Hinzu kommt, dass das diskriminierende Merkmal noch nicht einmal in der Person des Bewerbers vorliegen muss. Selbst wenn Sie ihn deshalb ablehnen, weil Sie denken, der Ehemann der Bewerberin, der zum Gespräch mitgekommen ist, ist sehr alt, und Sie lehnen die Bewerberin deshalb ab, diskriminieren Sie⁷⁵. Ein Entschädigungsanspruch kann also z.B. bereits dann ausgelöst werden, wenn der Arbeitgeber die Tochter eines Bewerbers irrtümlich für heterosexuell hält und deshalb den Bewerber ablehnt. Man sieht an solchen Fällen sehr schön, dass der Gesetzgeber hier tief ins Innere des Menschen greift: Die Gedanken – jedenfalls die schlimmen oder als schlimm angesehenen – sind nicht mehr frei. Bei Lichte besehen wirkt das AGG in solchen Fällen als reines Gesinnungszivilrecht⁷⁶.

3. Rechtsfolgen der Diskriminierung - Entschädigung und Schadensersatz - Was kostet die Diskriminierung?

Als junger Richter im Arbeitsgericht Düsseldorf hatte ich in den 80er Jahren zum ersten Mal mit einem amerikanischen Arbeitgeber zu tun. Der CEO eines Konzerns war in einer ihm besonders wichtigen Auseinandersetzung mit dem Betriebsrat eigens aus den USA angereist. Nachdem ich ihm erklärt hatte, welches Verhalten das deutsche Arbeitsrecht von ihm erwarte, und nachdem ein Dolmetscher alles übersetzt hatte, antwortete der übrigens sehr freundlich

⁷⁴ BAG 17. Dezember 2009 - 8 AZR 670/08

⁷⁵ EuGH v. 17. 7. 2008 - C-303/06

⁷⁶ Vielleicht führt die – gewiss wohlgemeinte – gesetzliche Gesinnungspädagogik bald auch zu einer Überarbeitung der Weltliteratur, denn Sätze wie die folgenden aus „Der Spieler“ von *F. M. Dostojewski* (Übers. von *Herman Röhl*, gutenbergl.de) dürfte heute kein Arbeitgeber, bei dem sich ein französischer Staatsbürger um eine Stelle beworben hat, denken, fühlen oder gar schreiben: „Der Franzose ist selten aus eigener Natur liebenswürdig, sondern immer wie auf Befehl, aus Berechnung. Erkennt er es etwa als notwendig, sich phantasievoll und originell zu zeigen, so sind die Produkte seiner Phantasie von der dümmsten und unnatürlichsten Art und setzen sich aus altkonventionellen, längst schon vulgär gewordenen Formen zusammen. Der Franzose, wie er wirklich von Natur ist, besteht aus durchaus kleinbürgerlichem, geringwertigem, gewöhnlichem Stoff; kurz gesagt, er ist das langweiligste Wesen von der Welt. Nach meiner Meinung können nur Neulinge und namentlich junge russische Damen sich von den Franzosen blenden lassen.“

auftretende Herr mit einer Gegenfrage: Was kostet es, wenn ich etwas anderes tue, als das deutsche Recht erwartet?

Damals schockierte mich die Frage, weil ich dachte, die Rechte des Betriebsrats sind da um eingehalten zu werden, nicht damit der Arbeitgeber sie dem Betriebsrat abkauft. Heute denke ich eigentlich genauso, muss aber gestehen, dass auch die Frage des CEO ihre Berechtigung hat, zumal das AGG selbst, ich sagte ja, es kommt eigentlich aus USA, seine monetäre Logik hat.

Was also sind die Folgen einer Diskriminierung? In allen Fällen kann sich der Arbeitnehmer beim Arbeitgeber beschweren (§ 13 Abs. 1 AGG), er kann sich an den Betriebsrat wenden (§ 84 BetrVG), der Betriebsrat kann sich selbst einschalten (§§ 75 Abs. 1, 80 Abs. 1 Nr. 2, 104 BetrVG) und der Benachteiligte kann sich an die Antidiskriminierungsstelle des Bundes wenden (§ 27 Abs. 1 AGG). Interessanter sind natürlich die Wirkungen, die unmittelbar das Arbeitsverhältnis betreffen. Hier muss man unterscheiden je nachdem, worum es geht.

a. Diskriminierende einseitige Maßnahmen des Arbeitgebers im Arbeitsverhältnis

Geht es um einseitige Maßnahmen des Arbeitgebers, zB eine Kündigung, eine Arbeitsanweisung oder eine Abmahnung, so ist die Rechtsfolge einer Ungleichbehandlung einfach zu beschreiben. Die Maßnahme ist unwirksam und entfaltet keine Rechtswirkung. Eine diskriminierende Kündigung löst das Arbeitsverhältnis nicht auf, eine diskriminierende Arbeitsweisung muss der Arbeitnehmer nicht beachten, er darf die Arbeit verweigern (§ 14 AGG), und auch eine diskriminierende Abmahnung ist null und nichtig.

b. Rechtsfolgen bei diskriminierenden Vertragsbedingungen - „Anpassung nach oben“

Wenn eine arbeitsvertragliche, tarifvertragliche, gesetzliche Regelung oder eine Bestimmung in einer Betriebsvereinbarung diskriminierend iSd AGG ist, ist sie unwirksam. Aber was bedeutet das konkret, wenn zB ein Tarifvertrag für Arbeitnehmer ab dem 40. Lebensjahr mehr Urlaub vorsieht? Es gibt drei Möglichkeiten. Zum Beispiel könnte man die diskriminierende Regelung einfach nicht anwenden. Dann bekämen ältere Arbeitnehmer genauso wenig Urlaub wie jüngere und es wäre ein diskriminierungsfreier Zustand hergestellt. Man könnte auch sagen, die Tarifvertragsparteien oder der Gesetzgeber bekommen eine Frist, innerhalb derer sie eine diskriminierungsfreie neue Regelung treffen können. Der Europäische Gerichtshof schreibt allerdings in ständiger Rechtsprechung eine dritte Möglichkeit vor. Und die heißt

„Anpassung nach oben“, im Urlaubsfall kommen also die jüngeren Arbeitnehmer in den Genuss der für die älteren vorgesehenen Vorteile.

Die nationalen Gerichte, so sagt der EuGH müssen die Diskriminierung auf jede denkbare Weise und insbesondere dadurch auszuschließen, dass sie die Regelung für die nicht benachteiligte Gruppe auch auf die benachteiligte Gruppe anwenden, und zwar ohne die Beseitigung der Diskriminierung durch den Gesetzgeber, die Tarifvertragsparteien oder in anderer Weise abzuwarten⁷⁷. Damit betrifft die Anforderung des Unionsrechts, die Diskriminierung durch eine Anpassung „nach oben“ zu beseitigen, nicht nur die Vergangenheit, sondern sogar die Zukunft, weil die Anpassung „nach oben“ auch zukunftsbezogen solange vorzunehmen ist, bis eine unionsrechtskonforme Neuregelung getroffen wird⁷⁸. Daran ist das BAG gebunden⁷⁹.

Allerdings gibt es von dem Grundsatz der „Anpassung nach oben“ Ausnahmen. So hatte eine Fluggesellschaft mit der Arbeitnehmervertretung eine Regelung getroffen, nach der ältere Flugbegleiter weniger Kurzstreckenflüge zu absolvieren hatten als jüngere Arbeitnehmer. Diese Regelung war altersdiskriminierend und unwirksam. Trotzdem wies das Bundesarbeitsgericht die Klage eines jüngeren Flugbegleiters ab, der ebenfalls weniger Kurzstreckenflüge absolvieren wollte, also Anpassung nach oben verlangte. Der Arbeitgeber sagte, wenn er die Vergünstigungen für ältere Flugbegleiter auf alle Flugbegleiter anwende, müsse er seinen Kurzstrecken-Betrieb weitgehend einstellen, weil er dann zu wenig Flugbegleiter habe. Dem folgte das BAG: Verstößt eine Betriebsvereinbarung über die Grundsätze der Dienstplangestaltung gegen das Verbot der Altersdiskriminierung, haben die benachteiligten (jüngeren) Arbeitnehmer keinen Anspruch darauf, künftig ebenso wie die begünstigten (älteren) Arbeitnehmer behandelt zu werden, wenn hierdurch der Betrieb zum Erliegen käme und eine Arbeitsleistung nicht mehr in Anspruch genommen werden könnte. Ein diskriminierungsfreier Zustand kann also nur dadurch hergestellt werden, dass die Bevorzugung der älteren Flugbegleiter beendet wird⁸⁰. Besondere Beliebtheit bei seinen älteren Kollegen wird der Kläger sich durch den Prozess nicht erworben haben.

c. Die abschreckenden Folgen - Schadensersatz und Entschädigung

Damit sind die Rechtsfolgen der Diskriminierung allerdings noch nicht abschließend beschrieben. Neben die genannten Folgen können noch Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche treten. So sieht es § 15 AGG vor.

⁷⁷ EuGH 20. März 2003 - C-187/00

⁷⁸ EuGH 22. Juni 2011 - C-399/09

⁷⁹ BAG 15. November 2016 - 9 AZR 534/15

⁸⁰ BAG 14. Mai 2013 - 1 AZR 44/12

Allerdings sind die von den deutschen Gerichten zugesprochenen Entschädigungsansprüche niedrig - wenn man sie an den Maßstäben US-amerikanischer Gerichte misst, wo schon ein einziger Fall in die Millionen gehen kann. Das jedenfalls kann in Deutschland nicht passieren. Nach § 15 Abs. 1 AGG muss der Arbeitgeber den Schaden ersetzen, den der Arbeitnehmer durch die - vom Arbeitgeber verschuldete⁸¹ - Diskriminierung erleidet. Schadensersatz bedeutet nach deutschem Recht im Allgemeinen, dass der zum Ersatz Verpflichtete den Geschädigten so stellen muss, als sei er nicht diskriminiert worden. Daraus könnte man bei Diskriminierung von Stellenbewerbern eigentlich folgern, dass der Bewerber die Stelle doch noch bekommt. Eine solche Lesart schließt das Gesetz aber ausdrücklich aus. Es sagt in § 15 Abs. 5 AGG, dass der diskriminierend abgewiesene Bewerber keinen Anspruch auf die Stelle hat, für die er sich beworben hat.

Nicht ausgeschlossen sondern möglich ist nach dem Gesetz, dass der Bewerber die ihm durch die Diskriminierung entgehende Vergütung - auch für längere Zeit - verlangen kann. Das kann virulent werden bei Diskriminierungen durch Nichteinstellung oder Nichtbeförderung. Es setzt allerdings voraus, dass der Bewerber nicht nur diskriminiert worden ist, sondern dass er auch der einzige Bewerber ist, den der Arbeitgeber hätte einstellen beziehungsweise befördern müssen. Das ist selten der Fall, denn der Arbeitgeber kann und wird wohl meistens damit argumentieren, selbst wenn von dem Diskriminierungsmerkmal abgesehen würde, hätte er den Arbeitnehmer nicht eingestellt, weil bessere Kandidaten zur Verfügung standen.

In der Praxis bleiben als wirtschaftlicher Diskriminierungsschaden deshalb oft nur die Kosten, die der Bewerber für seine Bewerbung aufwenden musste, also Fahrtkosten, ggfls Übernachtungskosten, Briefporto etc. In jedem Fall handelt es sich da um so übersichtliche Streitwerte, dass ein gesunder Anwalt sich dafür kaum ins Zeug legen würde.

Mit dem Schadensersatzanspruch allein wäre dem Diskriminierten also meist wenig gedient. Deshalb hat der Gesetzgeber in § 15 Abs. 2 AGG einen Entschädigungsanspruch geschaffen. Der Entschädigungsanspruch besteht unabhängig davon, ob der Arbeitgeber den Arbeitnehmer schuldhaft benachteiligt hat. Es kommt auch nicht darauf an, ob ein Vermögensschaden entstanden ist; es sollen immaterielle Nachteile ausgeglichen werden, also zB die in der Benachteiligung liegende Kränkung des Selbstwertgefühls des

⁸¹ § 15 Abs. 1 Satz 2 AGG: schuldhaft heißt, der Arbeitgeber haftet nur, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig diskriminiert; ist die Ungleichbehandlung Folge einer diskriminierenden Betriebsvereinbarung oder eines diskriminierenden Tarifvertrags, haftet der Arbeitgeber nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit, § 15 Abs. 3 AGG

Benachteiligten. Außerdem soll der Schädiger „Genugtuung“ leisten, es handelt sich also um eine Art von Privatstrafe, eine zivilrechtliche Geldbuße. Wie hoch kann diese Entschädigung ausfallen? Das Gesetz sagt, erstens darf die Strafe bei Nichteinstellung im Normalfall⁸² nicht über 3 Monatsgehälter betragen. die Strafe muss „angemessen“ sein. Man fragt sich, was das in Zahlen heißt. Das BAG⁸³ antwortet wie folgt:

„Auch bei der Beurteilung der angemessenen Höhe der festzusetzenden Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG sind alle Umstände des Einzelfalls, wie etwa die Art und Schwere der Benachteiligung, ihre Dauer und Folgen, der Anlass und der Beweggrund des Handelns und der Sanktionszweck der Entschädigungsnorm zu berücksichtigen. Die Entschädigung muss einen tatsächlichen und wirksamen rechtlichen Schutz gewährleisten. Die Härte der Sanktionen muss der Schwere des Verstoßes entsprechen, indem sie insbesondere eine wirklich *abschreckende Wirkung* gegenüber dem Arbeitgeber gewährleistet, zugleich aber den allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt.“

Die von den Gerichten ausgerichteten Entschädigungshöhen halten sich, soweit die Entscheidungen veröffentlicht sind, in Grenzen.

Hier einige Beispiele

10.000 Euro für eine Diskriminierung wegen Schwerbehinderung⁸⁴

100,00 Euro monatlich für jeden Monat, in dem ein altersbedingt diskriminierend zu niedriges Gehalt gezahlt wird⁸⁵

2.750,00 Euro für altersbedingt benachteiligende Nichtberücksichtigung in Bewerbungsverfahren⁸⁶

⁸² nur wenn der Bewerber bei diskriminierungsfreier Auswahl tatsächlich eingestellt worden wäre, kann die Entschädigung mit mehr als drein Gehältern festgesetzt werden

⁸³ BAG 11. August 2016 - 8 AZR 406/14

⁸⁴ nicht zu versteuern!: Finanzgericht Rheinland-Pfalz 21. März 2017 - 5 K 1594/14

⁸⁵ BVerwG 30. Oktober 2014 - 2 C 6.13 - „Landesbeamte haben für die Monate, in denen sie altersdiskriminierend besoldet worden waren, grundsätzlich Anspruch auf eine Entschädigung in Höhe von 100,00 €“ OVG NRW 08.02.2017 - 3 A 1972/15; der Anspruch tritt neben den Anspruch auf diskriminierungsfreie Besoldung; ebenfalls 100,00 Euro für jeden Monat Hessischer VGH 11. Mai 2016 - 1 A 1927/15; bei längerer diskriminierender Zuwenigzahlung soll nach Auffassung einzelner Gerichte ab dem 12. und 24. Monat eine Erhöhung um je weitere 100,00 Euro stattfinden, vgl. VG Bremen 25. August 2015 - 6 K 274/14

⁸⁶ BAG 15.12.2016 - 8 AZR 454/15

3 Monatsgehälter wegen religionsbedingt diskriminierender Nichteinstellung der bestgeeigneten Bewerberin⁸⁷

4 Monatsgehälter wegen altersbedingt diskriminierender Nichteinstellung des bestgeeigneten Bewerbers⁸⁸

2 Monatsgehälter wegen Zurückweisung der Stellenbewerbung einer 1,55 m großen Frau als zu klein - mittelbare Geschlechtsdiskriminierung, weil Frauen i.A. kleiner sind als Männer⁸⁹

6000,00 Euro für jahrelange geschlechtsbezogene Ungleichbehandlung von Frauen und Männern bei der Entlohnung, Arbeitgeber zahlte bei gleicher Arbeit an Frauen weniger Lohn⁹⁰

4000,00 Euro für diskriminierende Nichteinstellung eines Schwerbehinderten⁹¹

2.500,00 Euro für hartnäckig wiederholte sexuelle Belästigung (Heranrutschen auf der Couch, Griff zwischen die Oberschenkel, Umarmung und Betasten der Brüste von hinten) durch Vorgesetzten, wenn der Arbeitgeber seiner Verpflichtung nach § 12 AGG nicht nachkommt⁹²

1.500,00 Euro wegen Kündigung in Kenntnis der Schwangerschaft⁹³

rund 17.000,00 Euro für das diskriminierende Übergehen einer Frau bei einer Beförderung⁹⁴

⁸⁷ LAG Niedersachsen 14. Dezember 2016 - 17 Sa 288/16: Das beklagte kirchliche Unternehmen hatte nach Auffassung des LAG grundlos die Taufe als Einstellungsvoraussetzung verlangt

⁸⁸ BAG 11. August 2016 - 8 AZR 406/14

⁸⁹ LAG Baden-Württemberg 29. April 2016 - 19 Sa 45/15

⁹⁰ LAG Rheinland-Pfalz 28. Oktober 2015 -4 Sa 12/14

⁹¹ BAG 22. Oktober 2015 - 8 AZR 384/14

⁹² ArbG Weiden 16. September 2015 - 3 Ca 1739/14 sehr lesenswert zum Umgang mit den Beweisschwierigkeiten bei sexueller Belästigung: Das Gericht glaubt der Klägerin, die eine klare und detaillierte Schilderung gab, und verlangt dann den Gegenbeweis, der dem als Zeugen vernommenen Vorgesetzten wegen seiner weitschweifigen und vom Thema ablenkenden Reden nicht gelang

⁹³ LArbG Berlin-Brandenburg 16. September 2015 - 23 Sa 1045/15

⁹⁴ LArbG Berlin-Brandenburg 28. Juni 2011 - 3 Sa 917/11, vgl. auch BAG 27. Januar 2011 - 8 AZR 483/09: Die Klägerin war in einem Unternehmen der Unterhaltungsindustrie im Marketing beschäftigt und bewarb sich auf die freigewordene Stelle des „Marketing-Vorstands“. Bei der Bewerbung war sie sichtbar schwanger. Der Posten wurde an einen männlichen Konkurrenten vergeben. Der Frau wurde gesagt, sie solle sich auf ihre Niederkunft freuen. Das Gericht sah dies als Indiz für Benachteiligung an und setzte als Entschädigungssumme das Eineinhalbfache des Monatsgehalts auf der der Klägerin vorenthaltenen Stelle an.

Die höchste Entschädigungsforderung, die mir bei Durchsicht der einschlägigen Urteile begegnete, lag bei rund 1,7 Mio Euro. Geklagt hatte ein offen homosexueller Deutsch-Griecher mit türkischem Migrationshintergrund, der aus Hagen nach Köln umgezogen war und sich in nahezu jeder Hinsicht diskriminiert fühlte; als Homosexueller fühlte er sich diskriminiert, weil er immer wieder gehänselt wurde, zB wegen einer offenbar rosafarbenen Handyhülle, die als Schwulentäschchen bezeichnet worden sei, als Mann, weil ihm bei einer Beförderung eine unfähige Frau vorgezogen worden sei und er von den abendlichen Frauentreffen in seiner Abteilung ausgeschlossen worden sei, und - wie ich mir vorstelle - als Deutsch-Griecher mit türkischem Migrationshintergrund und als Sauerländer in Köln sowieso⁹⁵. Die Klage wurde allerdings abgewiesen, weil der Kläger seine Anschuldigungen nicht näher belegen konnte.

d. Befristung der Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche

Eine gewisse Erleichterung für den Arbeitgeber bedeutet es, dass die Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche nach dem AGG fristgebunden sind. Sie müssen innerhalb von zwei Monaten vom Arbeitnehmer schriftlich geltend gemacht⁹⁶ und spätestens weitere drei Monate später eingeklagt werden⁹⁷. An der Einhaltung der Frist scheiterte zB im Jahre 2009 die Entschädigungsklage von vier türkischen Arbeitnehmern wegen ethnischer Belästigung - Kollegen hatten Hakenkreuze und Hassparolen an die Toilettenwände gemalt⁹⁸. Wenn schon innerhalb von zwei Monaten geklagt wird, sind beide Fristen gewahrt⁹⁹. Die Frist beginnt mit der Ablehnung einer Bewerbung¹⁰⁰ und ansonsten in dem Augenblick, in dem der Arbeitnehmer von der Ungleichbehandlung Kenntnis erhält. Wird die Frist nicht eingehalten gibt es nach § 15 AGG weder Schadensersatz noch Entschädigung. Möglich bleiben

⁹⁵ ArbG Köln 28. Juni 2011 - 14 Ca 9350/10

⁹⁶ § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG

⁹⁷ § 61 b Abs. 1 ArbGG; für den Fall, dass sich mehrere Bewerber benachteiligt fühlen und Ansprüche geltend machen, treffen § 61 b Abs. 2 und Abs. 3 Spezialregelungen

⁹⁸ BAG 24. September 2009 - 8 AZR 705/08

⁹⁹ „Die nach § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG erforderliche Schriftform zur Geltendmachung von Schadensersatz- und Entschädigungsansprüchen (§ 15 Abs. 1 und Abs. 2 AGG) kann auch durch eine Klage gewahrt werden. Dabei findet § 167 ZPO Anwendung. Es genügt der rechtzeitige Eingang der Klage bei Gericht, wenn die Klage "demnächst" zugestellt wird.“ BAG 22. Mai 2014 - 8 AZR 662/13

¹⁰⁰ Wenn der Arbeitgeber auf die Bewerbung gar nicht reagiert oder sich nach dem Vorstellungsgespräch einfach nicht mehr meldet, gilt das nicht als Ablehnung im Sinne des Gesetzes; die Frist läuft dann erst von dem Zeitpunkt an, in dem der Arbeitgeber für den Bewerber unmissverständlich zu erkennen gibt, dass er die Bewerbung ablehnt, Hessisches LAG 15. Juni 2015 - 16 Sa 1619/14

allerdings Ansprüche nach anderen gesetzlichen oder tarifvertraglichen Vorschriften¹⁰¹.

5. Beweislastfragen

Eines der Hauptprobleme fast aller Diskriminierungsfälle betrifft die Beweislast. Es muss ja im Prozess zur Überzeugung des Gerichts nachgewiesen werden, dass eine Benachteiligung wegen eines der verpönten Merkmale stattgefunden hat.

a. Bedingte Beweislastumkehr

Im Zivilrecht lautet die Grundregel der Beweislast, dass derjenige, der etwas haben will, sein Recht beweisen muss. Bei Diskriminierungen wird diese Regel zum Problem. Denn Diskriminierung ist etwas weitgehend Subjektives und zwar aufseiten des Diskriminierenden. Es geht ja nicht darum, eine Frau, einen alten Menschen oder einen Muslim schlechthin vor Ungemach und ungünstigen Zufällen zu bewahren, die jeden treffen können, es geht nicht darum, ihn vor der schlechten Urteilskraft oder der üblen Laune eines Personalers zu schützen; denn auch das kann jeden treffen. Diskriminierend ist ein Verhalten nur dann, wenn eines der sogenannten „verpönten“ Merkmale zu einem Beweggrund des Handelnden wird. Solche Beweggründe liegen im Innern des Menschen, in seinen Gedanken und Gefühlen. Man sieht sie nicht, man kann keinem hinter die Stirn gucken, sagt man. In vielen Fällen kennt deshalb derjenige, der sich benachteiligt fühlt, die Beweggründe der Gegenseite nicht. Dass diese unsichtbaren Beweggründe diskriminierend sind, ist also normalerweise schwer zu beweisen, außer der Arbeitgeber sagt dem Stellenbewerber unter Zeugen ins Gesicht, ich mag keine Frauen, keine Afirkaner, keine Protestanten usw. Das geschieht selten. Die daraus entspringende Beweisnot hat auch der Gesetzgeber erkannt. Deshalb hat er in § 22 AGG eine Sonderregel für die Beweislast in Diskriminierungsfällen geschaffen. Die Regel besagt, dass derjenige, der sich benachteiligt fühlt, das diskriminierende Motiv der Gegenseite *nicht direkt* beweisen muss. Er muss nur plausible Anhaltspunkte für den *Verdacht* auf ein diskriminierendes Motiv anführen. Tut er das, so muss die Gegenseite, also in unserem Fall meist der Arbeitgeber, beweisen, dass er aus ausschließlich nichtdiskriminierenden Gründen gehandelt hat. Im Prozess kommt also alles darauf an, was das Gericht unter plausiblen Anhaltspunkten, oder, wie das Gesetz sagt, unter „Indizien“ versteht. Ich gebe jetzt ein paar Beispiele und sage dazu, wie die Gerichte entschieden habe - ich überlasse es Ihnen, ob Sie derselben Meinung sind.

¹⁰¹ LAG Rheinland-Pfalz 14. August 2014 - 5 Sa 511/13 -, juris

Wenn sich bei Ihnen als Arbeitgeber zu einem Vorstellungstermin eine Frau Meier angekündigt hat und es erscheint eine Person mit Vollbart und Sie sagen zu dieser Person: Mir war eine Frau Meier angekündigt, und die Person antwortet mit sonorem Bass: Ich bin Frau Meier, und Sie fragen: Könnte es sein, dass es sich um ein Missverständnis handelt? -

Ist das ein Indiz dafür, dass Sie Frau Meier wegen Ihrer sexuellen Identität als transsexuellen Menschen diskriminieren?

Nach Auffassung des BAG ja, und zwar auch dann, wenn Sie nicht wissen, dass Frau Meier transsexuell ist und sie es auch gar nicht ist, es reicht aus, dass Sie es für möglich gehalten haben. Wenn Sie einem bärtigen Menschen mit tiefer Stimme, der sich als Frau vorstellt, mehr als ein Mal fragen, ob er wirklich eine Frau ist, stehen Sie im Verdacht der Diskriminierung¹⁰².

Wenn Sie als Kleinunternehmer einer 64jährigen Frau kündigen, mit der Sie auch privat halbwegs befreundet sind, und schreiben in die Kündigung folgenden Satz: „seit über 20 Jahren gehen wir nun beruflich gemeinsame Wege. Wir haben in dieser Zeit viel erlebt, auch manche Veränderung. Inzwischen bist Du pensionsberechtigt und auch für uns beginnt ein neuer Lebensabschnitt in der Praxis.“ so sind Sie wegen Altersdiskriminierung verdächtig¹⁰³.

Wenn Sie einer befristet beschäftigten türkischen Arbeitnehmerin mitteilen, das Arbeitsverhältnis werde nicht entfristet, weil ihre Leistungen nicht ausreichen und ihr später ein Arbeitszeugnis mit dem Inhalt erteilen, die Leistungen seien zur vollen Zufriedenheit gewesen, machen Sie sich wegen ethnischer Diskriminierung verdächtig, weil Sie sich widersprüchlich geäußert haben¹⁰⁴.

Wenn Sie eine Frau bei der Beförderung übergehen, dann ist allein die Tatsache, dass diese Frau sichtbar schwanger ist, kein Indiz für eine Diskriminierung. Haben Sie der Frau allerdings im Gespräch um die Beförderung freundlich auf die Schulter geklopft und gesagt, sie solle sich auf ihre Niederkunft freuen, dann ist es ein Indiz¹⁰⁵.

Wenn ein Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes einen schwerbehinderten Menschen Bewerber nicht einlädt, ist das in aller Regel ein Indiz für eine Benachteiligung wegen der Behinderung¹⁰⁶. Das liegt daran, dass öffentliche

¹⁰² BAG 17. Dezember 2015 - 8 AZR 421/14

¹⁰³ BAG 23. Juli 2015 - 6 AZR 457/14

¹⁰⁴ BAG 21. Juni 2012 - 8 AZR 364/11

¹⁰⁵ BAG 27. Januar 2011 - 8 AZR 483/09

¹⁰⁶ BAG 22. Oktober 2015 - 8 AZR 384/14; 22. August 2013 - 8 AZR 563/12

24. Januar 2013 - 8 AZR 188/12; 15. März 2012 - 8 AZR 160/11; 15. März 2012 und öfter

Arbeitgeber nach § 82 SGB IX gesetzlich verpflichtet sind, schwerbehinderte Bewerber so gut wie immer einzuladen.

Auch Statistiken können indiziell auf Diskriminierung hinweisen, sie müssen allerdings genau auf ihre Aussagefähigkeit geprüft werden¹⁰⁷. Nur die Darlegung irgendeiner zahlenmäßigen Korrelation reicht nicht aus¹⁰⁸. Es ist zB als Indiz für die Benachteiligung bei einer Beförderung in die höchste Führungsebene nicht ausreichend, wenn der Anteil der Frauen an der Gesamtbelegschaft 75 vH beträgt, der Anteil der Frauen auf der höchsten Führungsebene aber nur 10 vH. Entscheidend ist vielmehr die Beförderungspraxis zu der konkret in Frage stehenden Führungsebene, das ist, so das BAG, der Vergleich des Anteils der Frauen auf der Ebene unter der höchsten Führungsebene mit dem Anteil der Frauen auf der höchsten Führungsebene, weil nur hier die Beförderungsentscheidung getroffen wird¹⁰⁹. Und überhaupt gilt, dass Zahlenkorrelationen zufällig sein können. Ich hatte Ihnen schon ein Beispiel für Scheinkorrelationen genannt, hier ein weiteres: Es entspricht nämlich die Entwicklung des Pro-Kopf-Verbrauchs von Käse in den USA für die letzten zehn Jahre mit über 90%iger Übereinstimmung der Entwicklung der Todeszahlen von Menschen, die sich im Schlaf durch ihr eigenes Bettlaken stranguliert haben¹¹⁰.

b. Kein Auskunftsanspruch - Der Fall Meister¹¹¹

Was nun aber, wenn derjenige, der sich benachteiligt fühlt, keinerlei Indizien vortragen kann, weil er keine Zahlen kennt und der Arbeitgeber seine Maßnahme überhaupt nicht begründet hat, sondern stattdessen eisern schweigt

In dieser Lage war eine Frau namens Meister, die, soweit ich weiß, alle ihre zehn oder mehr Diskriminierungsprozesse verlor, aber doch Rechtsgeschichte schrieb und, wie ich kürzlich gehört habe, weiter schreibt. Derzeit sollen wieder mehrere Verfahren beim BAG anhängig sein.

Frau Meister, die Klägerin, wurde am 7. September 1961 in der damaligen Sowjetunion geboren. Sie ist Inhaberin eines russischen Diploms als Systemtechnik-Ingenieurin, dessen Gleichwertigkeit mit einem von einer Fachhochschule erteilten deutschen Diplom in Deutschland anerkannt wurde. Beklagte war die Firma Speech Design. Sie veröffentlichte in der Presse eine

¹⁰⁷ BAG 22. Juli 2010 - 8 AZR 1012/08

¹⁰⁸ ArbG Hamburg 15. Dezember 2010 - 26 Ca 260/10

¹⁰⁹ Problem der "gläsernen Decke", vgl. 27. Januar 2011 - 8 AZR 483/09

¹¹⁰ Tyler Vigen, „spurious correlations“, Hachette Books New York/Boston 2015

¹¹¹ BAG 20. Mai 2010 - 8 AZR 287/08 (A); EuGH 19. April 2012 - C-415/10; BAG 25. April 2013 - 8 AZR 287/08

Stellenanzeige für „eine/n erfahrene/n Softwareentwickler/-in“, auf die sich Frau Meister am 5. Oktober 2006 bewarb. Mit Schreiben vom 11. Oktober 2006 lehnte Speech Design ihre Bewerbung ohne Begründung ab, ohne sie zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Kurz danach erschien im Internet eine zweite inhaltsgleiche Stellenanzeige von Speech Design. Die Klägerin bewarb sich erneut und wurde erneut ohne Begründung abgewiesen. Die Beklagte teilte ihr, auch auf Befragen, nicht mit, ob sie einen anderen Bewerber eingestellt hatte und gegebenenfalls, welche Kriterien für diese Entscheidung maßgeblich gewesen waren. Die Klägerin fühlte sich wegen ihrer Herkunft, ihres Alters und ihres Geschlechts diskriminiert. Dass sie keine näheren Anhaltspunkte für ihren Verdacht benennen könne, liege daran, dass die Beklagte keine Ablehnungsgründe genannt habe. Die Beklagte dürfe aber nicht in dieser Weise „mauern“. Sie müsse Auskunft über das Bewerbungsverfahren und die Ablehnungsgründe geben.

Das Bundesarbeitsgericht wusste nicht so richtig weiter und legte die Sache dem EuGH vor: Der EuGH befand, das Europäische Recht gebe dem Stellenbewerber keinen Anspruch auf Mitteilung darüber, ob ein anderer Bewerber eingestellt worden sei und welche Gründe dazu geführt hätten. Allerdings kann in Ausnahmefällen, so der EuGH, aus dem Schweigen des Arbeitgebers auf das Vorhandensein diskriminierender Gründe geschlossen werden. (So ähnlich wie im 17. Jahrhundert das Schweigen eines Ketzers als Geständnis angesehen wurde). Anhaltspunkte für diskriminierende Umstände waren hier aber nicht zu erkennen. Vor allem reicht der bloße Umstand, dass jemand einem Geschlecht, einem Alter und einer Ethnie angehört nicht als Indiz für Diskriminierung aus. Andernfalls stünden schlechthin alle Maßnahmen des Arbeitgebers unter Diskriminierungsverdacht.

6. Stellenausschreibungen und Bewerbungsverfahren

Ich habe leider keine Statistik zur Hand, die beweisen würde, was ich jetzt behaupte: Dass nämlich mindestens die Hälfte aller Entschädigungsklagen von abgewiesenen Stellenbewerbern erhoben werden, davon betreffen wiederum ein Drittel ältere, schwerbehinderte Bewerber um Stellen im öffentlichen Dienst. Die Bewerbungssituation ist also diskriminierungsrechtlich hochbrisant. Das Problem kann man auch durch Einschaltung von externen Personalberatern nur schwer in den Griff bekommen: Jedenfalls solange der Arbeitgeber die Auswahlkriterien und das Auswahlverfahren lenkt, richten sich Ansprüche wegen Diskriminierung gegen ihn¹¹². Deshalb wollen wir bei den Stellenausschreibungen und Bewerbungsverfahren einen Moment verweilen.

112 vgl. Diller NZA 2007, 649

a. Die Grundkonstellation

„Frisch gebacken“¹¹³

Nach § 11 AGG sind diskriminierende Stellenausschreibungen verboten. Die Ausschreibung „Bäckereiverkäuferin gesucht“ ist also eindeutig unzulässig, es sei denn, es ist ein Schrägstrich vor den letzten beiden Buchstaben oder es steht in Klammern (m/w)¹¹⁴. Erst recht verboten ist natürlich die Suche nach einer „jungen, deutschen, heterosexuellen, verheirateten, evangelischen“ usw. Bäckereiverkäuferin.

Die Klage, über die wir jetzt etwas ausführlicher sprechen müssen, richtete sich gegen ein Düsseldorfer Reise-Informationsportal. Es beschäftigte 400 Arbeitnehmer mit einem Durchschnittsalter von 27 Jahren. Es hatte eine Stellenanzeige aufgegeben, die folgendermaßen begann:

„Junior Sachbearbeiter Kreditorenbuchhaltung (m/w)

Für unseren Hauptsitz in D suchen wir eine Person, die gerade frisch gebacken aus einer kaufmännischen Ausbildung kommt und Freude daran hat, gelerntes Wissen in einem einzigartigen Unternehmen einzubringen....

.....

Dein Profil:

Du hast gute Englischkenntnisse.

Du hast eine kaufmännische Ausbildung erfolgreich abgeschlossen und konntest dadurch erste Erfahrungen im Bereich Rechnungswesen sammeln.“

Weiter unten im Text warb das Unternehmen noch mit Sportangeboten, Events und sogar einem stets gut gefüllten Bierkühlschrank.

Der damals 37 Jahre alte Kläger hatte seine kaufmännische Ausbildung 10 Jahre vorher abgeschlossen und bewarb sich auf die Stelle. Er erhielt eine nicht näher begründete Absage und verlangte Entschädigung. Er sei wegen seines Alters diskriminiert worden.

¹¹³ BAG 15. Dezember 2016 - 8 AZR 454/15

¹¹⁴ LArbG Hamm 4. Februar 2014 - 7 Sa 1026/13: Ob der Zusatz „/in“ oder „m/w“ eine Diskriminierung sexueller oder transsexueller Menschen darstellt, ist soweit ersichtlich noch nicht erörtert worden

Wir wissen, dass nach dem Gesetz¹¹⁵ ein aus verpönten Gründen abgewiesener Stellenbewerber Entschädigung verlangen kann. Nun hatte die Beklagte im Ablehnungsschreiben überhaupt keine Gründe genannt. Hier kommt nun der eben schon angesprochene § 22 AGG ins Spiel. Der Bewerber, der ja im Zweifel die Ablehnungsgründe nicht kennt, braucht nur Indizien zu benennen, die eine Diskriminierung vermuten lassen. Es ist dann Sache des Unternehmens, die Indizien zu widerlegen. Im Streitfall sah das BAG Indizien in der Stellenausschreibung. Die Beschreibung der Stelle mit „Junior Sachbearbeiter“ hielt das BAG nicht für so entscheidend, weil das auch als altersunabhängiger Hinweis auf die Betriebshierarchie verstanden werden könne. Ich denke, das ist richtig, schließlich kann man ja auch, wie im Fall des englischen Thronfolgers, mit fast 70 noch „Prinz“ sein, warum also nicht mit 37 Junior-Sachbearbeiter. „Tödlich“ für den Arbeitgeber war allerdings die Formulierung, man suche eine Person, „die gerade frisch gebacken aus einer kaufmännischen Ausbildung kommt“. Das BAG sagt: Üblicherweise sind Menschen, die „frisch gebacken“ aus der kaufmännischen Ausbildung kommen, etwa Mitte 20. Das zeigt nach Meinung des BAG, dass die Beklagte in Wahrheit einen Mittzwanziger suchte. Unterstützt wurde dieser Befund durch den Hinweis in der Ausschreibung, „erste Erfahrungen“ im Beruf seien ausreichend. Ein weiterer Anhaltspunkt lag, wie das BAG durchblicken lässt, auch in dem frischen Tonfall der Ausschreibung, der sich in der auf junge Menschen berechneten „Du-Zone“ bewegte. All das sprach für eine „mittelbare Benachteiligung“.

Nun können, wie wir eben gelernt haben, mittelbare Diskriminierungen ausnahmsweise durch bestimmte Ziele gerechtfertigt sein. Hier hatte der Arbeitgeber gesagt, Arbeitnehmer mit längerer Berufserfahrung seien für die Stelle überqualifiziert, Auseinandersetzungen mit Kollegen und Vorgesetzten seien bei Überqualifizierten vorprogrammiert und „frisch gebackene“ Ausbildungsabsolventen seien besser formbar. Nichts davon ließ das BAG gelten, ua mit der Begründung, gute Qualifikation und Berufserfahrung könnten nie schaden und alle anderen Argumente der Beklagten seien nichts weiter als pauschale „Behauptungen, Befürchtungen und Vermutungen“.

b. Weitere Beispiele für diskriminierende bzw. nichtdiskriminierende Stellenausschreibungen und Bewerbungsverfahren

Allein der Umstand, dass eine Stelle gar nicht ausgeschrieben wird, ist kein Indiz für ein (frauen-)diskriminierendes Motiv¹¹⁶.

¹¹⁵ § 15 Abs. 2 iVm §§ 11, 7, 1, 2 AGG

¹¹⁶ ArbG Berlin 1. Februar 2017 - 56 Ca 5356/15

Wenn ein Vorgesetzter in einem zu seinem Abschied gedrehten humoristischen Video in einem Interview scherzhaft äußert: „Frauen in Magazinen – schwierig, ganz schwierig. Denen fehlt eben einfach die Härte“, so liegt darin kein Indiz für ein frauendiskriminierendes Arbeitsklima¹¹⁷

Die Formulierung „Wir suchen eine/n Volljuristin/en mit mindestens einem Prädikatsexamen, und ersten einschlägigen Berufserfahrungen. Aber auch Berufsanfänger, die in den genannten Rechtsgebieten ihre Interessenschwerpunkte wiedererkennen, sind willkommen...“ ist kein Indiz für Altersdiskriminierung, da erste *einschlägige* Berufserfahrungen auch in vorgerücktem Alter erworben werden können¹¹⁸.

Wird in einem Online-Bewerbungsformular nach dem Geburtsdatum und den Deutsch-Kenntnissen des Bewerbers gefragt, so liegt darin allein noch kein Indiz für eine Diskriminierung wegen des Alters oder der ethnischen Herkunft¹¹⁹. Auch die im Formular vorgesehene Anrede Herr/Frau ist nicht diskriminierend.

Verlangt ein kirchliches Unternehmen in der Stellenausschreibung eine „positive Einstellung zu den Grundlagen/Zielen eines katholischen Trägers“, so kann es eine Bewerberin nicht mit der Begründung abweisen, sie sei nicht getauft, da auch Ungetaufte eine „positive Einstellung zu den Grundlagen/Zielen eines katholischen Trägers“ haben können¹²⁰.

Die Anforderung in einer Stellenanzeige, der Bewerber solle „2-5 Jahre Berufserfahrung“ haben, kann ein Indiz für Altersdiskriminierung sein¹²¹.

c. Wie sollte sich ein Arbeitgeber verhalten?

Man könnte die Liste noch lange fortsetzen - ich habe nur die zwanzig neuesten Entscheidungen gesichtet - jedenfalls sieht man, dass die Nuancierungen in der Bewertung dessen, was Diskriminierungsindizien sind und was nicht, äußerst fein und eher nicht vorhersehbar sind. Für den Arbeitgeber ist es nicht ganz leicht, zu erkennen, was er darf und was nicht. Wenn einmal ein Indiz gegeben ist, hat er jedenfalls schlechte Karten.

Gewinnen kann er dann eigentlich nur, wenn er bei Bewerbungen ein Verfahren anwendet und dokumentiert, das ausschließlich diskriminierungsneutrale Kriterien anwendet, wie zB objektive Stellenanforderungen und Eignung. Wie

¹¹⁷ ArbG Berlin 1. Februar 2017 - 56 Ca 5356/15

¹¹⁸ BAG 26. Januar 2017 - 8 AZR 73/16

¹¹⁹ BAG 15. Dezember 2016 - 8 AZR 418/15

¹²⁰ LArbG Niedersachsen 14. Dezember 2016 - 17 Sa 288/16

¹²¹ BAG 11. August 2016 - 8 AZR 809/14

ein solches Verfahren aussehen muss, hat das BAG dankenswerter Weise in zwei Entscheidungen aus dem Jahre 2016 ausführlich beschrieben. So wie ich Ihre Anwälte einschätze, haben sie das längst auf dem Bildschirm¹²².

7. AGG-Hopping¹²³: Missbrauch oder „private enforcement“?

Das AGG, so las ich kürzlich, hat nicht nur das Recht der Zivilgesellschaft verändert, es hat auch eine neue Sportart hervorgebracht. Die Rede ist, wir ahnten es schon, vom „AGG-Hopping“. Ein AGG-Hopper ist ein Mensch, der nichts sehnlicher herbeiwünscht, als diskriminiert zu werden, und zwar am liebsten bei der Stellenbewerbung. Er legt es geradezu darauf an, studiert Stellenanzeigen und wenn er eine findet, bei der man - notfalls mit viel bösem Willen - eine diskriminierende Absicht wittern kann, bewirbt er sich und hofft auf eine Ablehnung. Wenn sie kommt, fordert er postwendend eine Entschädigung in Geld.

Dass es solche Fälle geben würde, war schon bei Einführung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes absehbar. Das Bundesarbeitsgericht versuchte, diesem Missbrauch unter anderem dadurch zu begegnen, dass es Bewerbern, die gemessen an den in der Ausschreibung aufgestellten Stellenanforderungen objektiv nicht geeignet waren, den Schutz des Gesetzes versagte. Ein Anwaltsbüro zB, das einen „hervorragenden“ Juristen suchte, war damit gut

¹²² vgl. BAG 15. Dezember 2016 - 8 AZR 454/15 (Rn 61) und BAG 11. August 2016 - 8 AZR 4/15 - (Rn. 92 f.) mit weiteren Nachweisen; „...dass er substantiiert dazu vorträgt und im Bestreitensfall beweist, dass er bei der Behandlung aller Bewerbungen nach einem bestimmten Verfahren vor-gegangen ist, das eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes ausschließt. Dies kann zum Beispiel anzunehmen sein, wenn der Arbeitgeber ausnahmslos alle Bewerbungen in einem ersten Schritt daraufhin sichtet, ob die Bewerber/innen eine zulässigerweise gestellte Anforderung erfüllen und er all die Bewerbungen von vornherein aus dem weiteren Auswahlverfahren ausscheidet, bei denen dies nicht der Fall ist. Der Arbeitgeber, der sich hierauf beruft, muss dann allerdings nicht nur darlegen und ggf. beweisen, dass ein solches Verfahren praktiziert wurde, sondern auch, dass er das Verfahren konsequent zu Ende geführt hat. Deshalb muss er auch substantiiert dartun und im Bestreitensfall beweisen, wie viele Bewerbungen eingegangen sind, welche Bewerber/innen aus demselben Grund ebenso aus dem Auswahlverfahren ausgenommen wurden, welche Bewerber/innen, weil sie die Anforderung erfüllten, im weiteren Auswahlverfahren verblieben sind und dass der/die letztlich ausgewählte Bewerber/in die Anforderung, wegen deren Fehlens die klagende Partei aus dem weiteren Auswahlverfahren vorab ausgenommen wurde, erfüllt...“

¹²³ BAG 11. August 2016 - 8 AZR 4/15; ähnlich: BAG 19. Mai 2016 - 8 AZR 477/14

geschützt. Denn „hervorragend“ sind nur Juristen mit den Examensnoten 1 oder 2. Mit diesen Noten können allenfalls 10 Prozent Prüflinge aufwarten - und das sind nicht die, die ihre Brötchen mit der hier betroffenen Form des Gesetzesmissbrauchs verdienen müssen.

Seit dem Jahre 2016 ist das anders. Entschädigungsansprüche können auch von Bewerbern geltend gemacht werden, die für die ausgeschriebene Stelle objektiv ungeeignet sind. Am 11. August 2016 entschied das BAG über die Klage eines damals 63jährigen Einzel-Rechtsanwalts, der seine Examina mit „Befriedigend“ bestanden hatte. Die Mandanten rannten ihm auch nicht gerade die Tür ein, denn er durfte trotz eines entsprechenden Lehrgangs die Bezeichnung „Fachanwalt“ nicht führen. Er hatte nicht genügend Fälle bearbeitet. Im Jahre 2013 suchte die Beklagte, eine am BGH zugelassene Anwaltssozietät, mit Stellenanzeige einen Rechtsanwalt. Er sollte „hervorragende Rechtskenntnisse“ haben und „erste Berufserfahrung“ aufweisen oder „Berufsanfänger“ sein. Das BAG fand, damit sei ein Indiz für Diskriminierung älterer Bewerber gesetzt. Das war auch dem Kläger aufgefallen, er bewarb er sich prompt, die Beklagte antwortete einige Wochen später, sie habe sich für einen anderen Bewerber entschieden. Der Kläger verlangte nun 60.000 Euro Entschädigung wegen Altersdiskriminierung, die Beklagte antwortete, er erfülle nicht die objektiven Anforderungen der Ausschreibung und sei nicht gut genug gewesen. So kam es zum Prozess, in dem der Kläger nicht mehr 60.000, sondern nur noch 15.000 Euro verlangte; die Beklagte verteidigte sich damit, der Kläger sei AGG-Hopper, er habe sich - was stimmte - im Jahr 2013 auf 15 weitere Stellen beworben; für keine der Stellen sei er geeignet gewesen, alle Ausschreibungen seien diskriminierungsverdächtig gewesen seien, er sei überall abgelehnt worden und habe mit wortgleichen Briefen Entschädigung in gleicher Höhe, also zunächst 60.000,00, dann 15.000,00 Euro verlangt. Die Klage hatte vor Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht keinen Erfolg, weil der Kläger für die ausgeschriebene Stelle objektiv ungeeignet sei und missbräuchlich gehandelt habe.

Das Bundesarbeitsgericht sah die Sache in seinem über 40 Seiten langen Urteil vom 16. August 2016 grundlegend anders. Der Kläger sei zwar objektiv nicht für die Stelle geeignet. Er sei aber trotzdem „Bewerber“¹²⁴, und zwar selbst dann, wenn er auch subjektiv die betreffende Stelle gar nicht anstrebe¹²⁵. Es könne ja sein, dass ein objektiv ungeeigneter Bewerber den Arbeitgeber doch noch überzeugen könne, es mit ihm zu versuchen. Um diese Chance dürfe ein Bewerber, auch wenn er objektiv ungeeignet sei, nicht gebracht werden. Es komme auch durchaus vor, dass die in der Ausschreibung aufgeführten Anforderungen nur für den Idealfall gedacht, aber nicht so richtig zwingend

¹²⁴ so schon BAG 19. Mai 2016 - 8 AZR 470/14 unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung

¹²⁵ BAG 19. Mai 2016 - 8 AZR 470/14

ernst gemeint seien. Außerdem sei es für die Arbeitnehmer schwierig, ihre „objektive Eignung“ und die „subjektive Ernsthaftigkeit“ zu beweisen. Für Entschädigungsansprüche sollten aber nicht zu hohe Hürden aufgebaut werden.

Die zweite Frage, die das BAG zu beantworten hatte, war dann, ob die Bewerbung des objektiv ungeeigneten Rechtsanwalts nicht vielleicht missbräuchlich war. Ich glaube, eine Meinungsumfrage in dieser Sache ginge ziemlich eindeutig aus: Wer sich in einem Jahr 15 Mal für Stellen bewirbt, die er eigentlich gar nicht haben will und für die er nach der Ausschreibung auch nicht in Betracht kommt, der muss wohl andere Motive haben. Das BAG lässt sich von solchen Evidenzen aber nicht beeindrucken. Das liegt auch daran, dass der EuGH¹²⁶ Missbrauch des Antidiskriminierungsrechts nur sehr ausnahmsweise anerkennt: Die Feststellung eines missbräuchlichen Verhaltens verlangt danach, dass sich aus einer Gesamtwürdigung der objektiven Umstände ergibt, dass trotz formaler Einhaltung der von der Unionsregelung vorgesehenen Bedingungen das Ziel dieser Regelung nicht erreicht würde. Außerdem muss aus einer Reihe objektiver Anhaltspunkte ersichtlich sein, dass wesentlicher Zweck der fraglichen Handlungen die Erlangung eines ungerechtfertigten Vorteils ist. Denn das Missbrauchsverbot greift nur, wenn die fraglichen Handlungen einen, wie der EuGH sagt, „rein künstlichen Charakter“ haben und keine andere Erklärung finden können als nur die Erlangung eines Vorteils.

Das BAG ergänzt dies dahin, zu der Einordnung der Bewerbung als missbräuchlich reiche es nicht aus, dass er ungeeignet sei und in 15 weiteren Fällen in derselben Art vorgegangen sei. Es könne zwar sein, dass der Kläger in den 15 anderen Fällen systematisch auf Entschädigung ausgegangen sei, damit sei aber noch nichts darüber gesagt, ob er im Streitfall ebenfalls im Rahmen des anstößigen Geschäftsmodells gehandelt habe. Rechtsmissbrauch könne aber immer nur für den Einzelfall festgestellt werden. Dafür habe die Beklagte nicht genügend Tatsachen vorgetragen.

Die Entscheidung hat eine Menge Spott ausgelöst. Man hat sie als weltfremd bezeichnet und als Ermutigung für AGG-Hopper. Ich will aber trotzdem um ein wenig Verständnis für das Bundesarbeitsgericht werben. Und dazu komme ich auf die Entstehungsgeschichte des Antidiskriminierungsrechts zurück. Der Impetus für dieses Recht kam, wie ich sagte, aus den USA und hatte eine eminent politische Färbung. Es geht bei der Antidiskriminierungspolitik eigentlich gar nicht so sehr darum, einzelnen Arbeitnehmern Ansprüche zu gewähren oder besser gesagt: Den Arbeitnehmern werden Ansprüche zugebilligt, nicht so sehr, um ihnen im Einzelfall Gerechtigkeit widerfahren zu lassen, sondern um diskriminierende Praktiken und Einstellungen in Wirtschaft und Gesellschaft zu

¹²⁶ EuGH 28. Juli 2016 -C-423/15 „Kratzer“

bekämpfen und zu bestrafen. Das Arbeitsrecht ist in Fragen der Antidiskriminierung vor allem ein Mittel zum politischen Zweck. Der einzelne Arbeitnehmer, der sich auf das AGG beruft, handelt gewissermaßen als Agent eines allgemeinpolitischen Ziels, er hat nach den Vorstellungen des europäischen Rechts die Rolle eines Kämpfers für das Gute. „Private Enforcement“ ist der amerikanische Ausdruck dafür - man könnte es auch das „Robin-Hood-Theorem“ nennen. Um dieses Ziels willen soll es Stellenbewerbern leicht gemacht werden, Entschädigungsklagen zu führen. Diese vom Europäischen Gerichtshof verfolgte Stoßrichtung kennt natürlich auch das BAG, es spürt den Druck im Nacken und gibt ihn an die Arbeitgeber weiter.

8. Diskriminierende Kündigungen

Wenn ich eben gesagt habe, die Wirkung des Gesetzes auf Kündigungen sei einfach zu beschreiben und bestehe in der Unwirksamkeit diskriminierender Kündigungen, so stimmt das im Ergebnis. Der Weg zu diesem Ergebnis war allerdings steinig.

a. Grundsätze

Als das AGG eingeführt wurde, gab es nämlich einen riesigen Streit unter den Arbeitsrechtlern über das Verhältnis zwischen dem bisherigen System des Kündigungsschutzes nach dem KSchG und dem neuen Antidiskriminierungsrecht. Wenn man ins AGG hineinschaut, sieht man, dass in § 2 Abs. 4 des Gesetzes steht, für Kündigungen gelte nur das KSchG, in dem von Diskriminierungen gar nicht die Rede ist. Daraus könnte man schließen, die Diskriminierungsverbote gälten für Kündigungen nicht. Allerdings steht an anderer Stelle des AGG, in § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG, das Gegenteil, nämlich, das neue Gesetz gelte auch für Entlassungen. Die Ampel stand also gleichzeitig auf Rot und auf Grün. Was objektiv einfach nicht sein kann. Da ich damals in dem für Kündigungen zuständigen Senat des Bundesarbeitsgerichts war, kann ich mich sehr gut an die Diskussionen erinnern, die wir beim ersten einschlägigen Fall führten. Um Sie nicht mit Einzelheiten zu behelligen, hier das Ergebnis, das bis heute gilt: Wir sagten nämlich, nach dem Wortlaut ist das Gesetz in sich widersprüchlich und daher unsinnig. Da aber der Gesetzgeber natürlich keinen Unsinn reden kann, bleibt nur übrig, dass er sich gewissermaßen versprochen hat, er hat etwas anderes gesagt, als er meinte. Und was er meinte, ohne es zu sagen, ist, dass Kündigungen zwar nur am Kündigungsschutzgesetz und nicht am AGG gemessen werden, aber immer dann gegen das Kündigungsschutzgesetz verstoßen, wenn sie gegen das AGG verstoßen würden,

falls man es anwenden würde. Wenn der Kreis rund sein muss, dann ist er auch dann rund, wenn er versehentlich wie ein Viereck auftritt¹²⁷.

Dieses rabulistische Kunststück richtete schon deshalb keinen großen Schaden an, weil das Bundesarbeitsgericht schon seit Jahrzehnten - wir erinnern uns an das, was ich anfangs sagte - die im Grundgesetz enthaltenen Diskriminierungsverbote auch auf Kündigungen angewandt hatte. Im Ergebnis änderte sich nahezu nichts, nur die Begründungen wurden etwas komplizierter.

b. Einige Beispiele für diskriminierende Kündigungen

Um Ihnen einen kleinen Überblick über die kündigungsrechtlichen Wirkungen des AGG zu geben, hier einige Fallbeispiele:

Eine Kündigung gegenüber einem an Adipositas leidenden Arbeitnehmer verstößt nicht per se gegen das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung, sagt sowohl das Arbeitsgericht Düsseldorf¹²⁸ als auch der EuGH¹²⁹: Adipositas *kann* eine Behinderung sein, muss es aber nicht. Auch gegenüber einem behinderten übergewichtigen Menschen kann die Kündigung also wirksam sein, wenn die Beschäftigung des Arbeitnehmers durch die Übergewichtigkeit unmöglich wird. So hatte im Fall des Arbeitsgerichts Düsseldorf der Arbeitgeber behauptet, der 200 Kilogramm schwere gekündigte Arbeitnehmer, ein Gartenbauarbeiter, sei so dick, dass er nicht mehr hinter das Lenkrad des Mercedes-Sprinters passe, nicht auf Leitern klettern dürfe, deren Tragkraft auf 130 Kilo begrenzt sei, nicht mehr in Kanäle einsteigen könne und dass sich andere Arbeitnehmer weigerten mit ihm Erdarbeiten zu verrichten, weil sie Angst hätten, erschlagen zu werden, wenn er auf sie stürze¹³⁰. Wir erinnern uns vielleicht auch an den Fall des Opersängers Luciano Pavarotti, der gegen Ende seiner Karriere wegen seiner Leibesfülle mit dem Lastkran auf die Bühne gehievt werden musste.

Die Regelung in einem Sozialplan, die einen Zuschlag für unterhaltsberechtigter Kinder nur dann vorsieht, wenn diese in die Lohnsteuerkarte eingetragen sind, stellt eine mittelbare Diskriminierung von Frauen dar, wenn diese die Lohnsteuerklasse V haben und deshalb ein Kind bei ihnen steuerlich nicht berücksichtigt werden kann.¹³¹

¹²⁷ BAG 6. November 2008 - 2 AZR 523/07; 22. Oktober 2009 - 8 AZR 642/08 - Rn. 15; 5. November 2009 - 2 AZR 676/08

¹²⁸ ArbG Düsseldorf 17. Dezember 2015 - 7 Ca 4616/15

¹²⁹ EuGH 18. Dezember 2014 - C-354/13 - [Fag og Arbejde]

¹³⁰ so im Fall des Arbeitsgerichts Düsseldorf; Das ArbG ließ die Kündigungsgründe im Prinzip gelten, allerdings blieb der Arbeitgeber den Beweis für seine Behauptungen schuldig

¹³¹ LAG Nürnberg 3. November 2015 - 7 Sa 655/14 - (noch nicht rechtskräftig)

Eine Kündigung gegenüber einer Arbeitnehmerin ist wegen Verstoßes gegen das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung nichtig, wenn sie wegen der - beabsichtigten - Durchführung einer In-vitro-Fertilisation und der damit einhergehenden Möglichkeit einer Schwangerschaft erklärt wird¹³².

Ergibt sich die Zahl der von einer Kündigung betroffenen schwerbehinderten oder diesen gleichgestellten Arbeitnehmern allein aufgrund Vollzugs des von den Betriebsparteien beschlossenen Punkteschemas, gegen das durchgreifende rechtliche Bedenken nicht bestehen, lässt dies nicht die Benachteiligung von Arbeitnehmern wegen ihrer Behinderung vermuten¹³³.

Ein Schauspieler machte geltend, die Beendigung (bzw. Nichtverlängerungsmitteilung bezüglich) seines Vertrags sei wegen ethnischer Diskriminierung unwirksam, weil die Beklagte sie damit begründet habe, er spreche nicht ausreichend Sorbisch. Das Gericht sah darin keine unterschiedliche Behandlung wegen der ethnischen Herkunft, weil das Theater - ich glaube, es war das Stadttheater von Cottbus - satzungsgemäß der Förderung der sorbischen Sprache verpflichtet war¹³⁴.

Die Kündigung wegen symptomloser HIV-Erkrankung ist wegen Diskriminierung unwirksam¹³⁵, wenn der Arbeitgeber nicht nachweisen kann, dass die HIV-Erkrankung sich negativ auf die Einsatzmöglichkeit auswirkt.

Eine ordentliche Kündigung kann ausgesprochen werden, wenn sich ein nicht Deutsch sprechender Arbeitnehmer weigert, einen Deutschkurs zu besuchen, vorausgesetzt, das verlangte Maß an Deutschkenntnissen ist für die Erledigung der Arbeit erforderlich¹³⁶.

9. Belästigungen und die Organisationspflichten des Arbeitgebers

Das AGG befasst sich hauptsächlich mit Diskriminierungen, die auf das Konto des Arbeitgebers gehen und sich irgendwie auf die vertragliche Lage der betreffenden Arbeitnehmer beziehen. Es gibt aber natürlich auch anders geartete diskriminierende Vorkommnisse. Das Gesetz bezeichnet sie als „Belästigungen“. Das sind, so das Gesetz, „unerwünschte Verhaltensweisen“, die mit einem der Diskriminierungsgründe im Zusammenhang stehen. Zum Beispiel Hänseleien wegen einer Behinderung, die Bezeichnung eines dunkelhäutigen Mitarbeiters als „Brikett“ und was sich die lieben Mitmenschen sonst noch für Freundlichkeiten einfallen lassen. Hierhin gehört natürlich die

¹³² BAG 26. März 2015 - 2 AZR 237/14

¹³³ Hessisches LAG 25. Februar 2015 - 2 Sa 661/14

¹³⁴ LAG Köln 13. Februar 2014 - 7 Sa 641/13

¹³⁵ BAG 19. Dezember 2013 - 6 AZR 190/12

¹³⁶ BAG 28. Januar 2010 - 2 AZR 764/08

sexuelle Belästigung, zu der auch, so das Gesetz, das „unerwünschte Zeigen und sichtbare Anbringen von pornographischen Darstellungen“ gehört. Vor all dem muss der Arbeitgeber nach § 12 AGG seine Arbeitnehmer schützen bzw. sie davon abhalten. Dieser Pflicht kann er zB durch Schulungen und Fortbildungsveranstaltungen genügen (§ 12 Abs. 2 Satz 2 AGG). Außerdem muss das AGG im Betrieb zB durch Aushang bekannt gemacht werden (§ 12 Abs. 3 AGG). Erfüllt der Arbeitgeber diese Pflichten nicht, kann der Betriebsrat ihn mit einem Beschlussverfahren nach § 23 Abs. 3 BetrVG überziehen. Außerdem kann die Nichterfüllung dieser Pflichten ein Indiz für diskriminierende Verhaltensweisen des Arbeitgebers selbst sein. Sinnvoll ist es ab einer bestimmten Betriebsgröße gewiss, betriebliche Antidiskriminierungsregeln zu schaffen.

Um aber noch einmal auf die Belästigungen zurückzukommen: Hier ist der Arbeitgeber in besonderer Weise verpflichtet. Sogar vor Übergriffen Betriebsfremder muss der Arbeitgeber seine Arbeitnehmer schützen (§ 12 Abs. 4 AGG). Gegen Arbeitnehmer, die andere Arbeitnehmer belästigen, muss er ebenfalls einschreiten, notfalls sogar kündigen (§ 12 Abs. 3 AGG). Tut er das nicht, muss er mit Entschädigungsansprüchen des belästigten Arbeitnehmers rechnen¹³⁷. Einen Fall ethnisch motivierter Belästigung hatte ich schon angesprochen - Stichwort „Negerkuss“¹³⁸. Das Gros der Fälle machen aber sexuelle Belästigungen aus. Hier ein paar Beispiele:

Die Frage eines langjährigen Beschäftigten nach der Echtheit der Oberweite einer Auszubildenden und die anschließende Berührung der Brust dieser Auszubildenden stellen sexuelle Belästigungen i.S.v. § 3 Abs. 4 AGG dar und berechtigen den Arbeitgeber ohne vorherige Abmahnung zur fristlosen Kündigung¹³⁹.

Einem Arbeiter, der sich an eine mit dem Rücken zu ihm stehende Kollegin von hinten anschmiegt und ihr bei anderer Gelegenheit das Gesäß tätschelt, kann ohne vorherige Abmahnung wegen sexueller Belästigung außerordentlich gekündigt werden¹⁴⁰.

¹³⁷ ArbG Weiden 16. September 2015 - 3 Ca 1739/14 sehr lesenswert zum Umgang mit den Beweisschwierigkeiten bei sexueller Belästigung: Das Gericht glaubt der Klägerin, die eine klare und detaillierte Schilderung gab, und verlangt dann den Gegenbeweis, der dem als Zeugen vernommenen Vorgesetzten wegen seiner weitschweifigen und vom Thema ablenkenden Reden nicht gelang

¹³⁷ LArbG Berlin-Brandenburg 16. September 2015 - 23 Sa 1045/15

¹³⁷ LArbG Berlin-Brandenburg 28. Juni 2011 - 3 Sa 917/11, vgl. auch BAG 27. Januar 2011 - 8 AZR 483/09

¹³⁸ ArbG Frankfurt/Main 13. Juli 2016 - 15 Ca 1744/16

¹³⁹ LAG Niedersachsen 6. Dezember 2013 - 6 Sa 391/13

¹⁴⁰ LAG Rostock 14. August 2012 - 5 Sa 324/11

Nur *unerwünschte* sexuelle Näherungen gelten als Belästigungen. Allerdings ist von der Unerwünschtheit immer schon dann auszugehen, wenn kein ausdrücklicher Wunsch geäußert wird¹⁴¹. Das Bundesarbeitsgericht spricht von sogenannter „objektiver Unerwünschtheit“¹⁴². Es gilt also der berühmte Satz: Nein heißt Nein und Nicht-Ja heißt auch Nein¹⁴³.

Erklärt ein Handwerker gegenüber einer Reinigungskraft, sie habe einen schönen Busen und berührt sie anschließend an demselben, so liegt eine sexuelle Belästigung vor, die an sich zur außerordentlichen Kündigung berechtigen würde. Entschuldigt sich aber der Arbeitnehmer alsbald danach und nimmt die belästigte Person die Entschuldigung an und kommt es zu einem sogenannten „Täter-Opfer-Ausgleich“, so muss sich der Arbeitgeber mit einer Abmahnung begnügen¹⁴⁴.

10. Begriffsverwirrung

Wer ein Urteil des Bundesarbeitsgerichts zu Diskriminierungsfragen liest, muss viel Geduld mitbringen. Die schon angesprochene Entscheidung zum AGG-Hopping hat fast 100.000 Zeichen einschließlich Leerzeichen. Das ist fast soviel wie dieses Manuskript hat. Es würde zwei Stunden dauern, das Urteil vorzulesen. Aber im Unterschied zu diesem Manuskript behandelt es nur einen einzigen Fall. Wenn Sie als Arbeitgeber oder als Arbeitnehmer, was ja eigentlich von Ihnen erwartet wird, sich über Ihre Rechte anhand solcher Urteile unterrichten wollten, wären Sie verraten und verkauft. Man kann sagen, wofür gibt es Anwälte. Aber 2 Arbeitsstunden eines guten Anwalts - was kosten die? 800 Euro, 1000 Euro?

Ich will aber nicht das Gericht, dem ich angehörte, beschimpfen. Das Gesetz ist an manchen Stellen einfach nur ein Graus. Ich nenne Ihnen jetzt nur stichwortartig, welche Prüfungsschritte es vorgibt, anhand derer festgestellt werden muss, ob eine mittelbare Diskriminierung wegen des Alters vorliegt, wobei ich die Frage, ob überhaupt jemand einen Nachteil erlitten hat, also die eigentliche Frage, weglasse.

Als Richter müssen Sie prüfen, ob die Benachteiligung

a) durch ein rechtmäßiges Ziel

¹⁴¹ BAG 9. Juni 2011 - 2 AZR 323/10

¹⁴² BAG 20. November 2014 - 2 AZR 651/13

¹⁴³ anders noch BAG 25. März 2004 - 2 AZR 341/03 - nach dem damals geltenden § 2 Abs. 2 Satz 1 BSchG waren sexuelle Handlungen allerdings nur dann als unerwünscht anzusehen, wenn sie „erkennbar abgelehnt“ wurden.

¹⁴⁴ BAG 20. November 2014 - 2 AZR 651/13

b) sachlich

c) gerechtfertigt

ist und ob die Mittel zur Erreichung des Ziels

d) angemessen

und e) erforderlich sind.

Wenn Sie diese Prüfung hinter sich haben, geht es erst richtig los. Dann nämlich haben Sie die Frage zu beantworten, ob die unterschiedliche Behandlung

f) objektiv

g) angemessen

h) gerechtfertigt ist.

Außerdem muss es nicht irgendwie, sondern

i) durch ein Ziel gerechtfertigt sein,

j) muss dieses Ziel legitim sein, wobei legitim, etwas anderes sein muss als Rechtmäßigkeit,

k) müssen die Mittel zur Erreichung dieses Ziels untersucht werden darauf, ob sie

l) angemessen und

m) erforderlich sind.

Das sind zwölf Prüfungspunkte, von denen acht oder neun jedenfalls für den unbefangenen Leser sinnidentisch bis sinnverwandt und drei sogar wortgleich sind. Es ist ungefähr so, als würde man die Farbe eines Autos beschreiben, indem man sagte: Das Auto ist erstens blau, zweitens himmelfarben, drittens wiederum hat es die Farbe, die, wenn man sie mit gelb mischt, grün ergibt, viertens ist es übrigens blau und fünftens, ist das Auto insgesamt, sagen wir mal: ziemlich blau. Wenn Sie sich vorstellen, dass diese Vorschriften vom EuGH in 24 Sprachen angewendet werden müssen, dann wissen Sie, warum die dortigen Richter ungefähr so viel verdienen wie die deutsche Bundeskanzlerin, nämlich

etwa 21.000 Euro netto monatlich. Und Sie wundern sich, warum gelegentlich doch am Ende etwas Vernünftiges rauskommt.

11. Zu viele Köche? (Konflikte zwischen Bundesarbeitsgericht (BAG), Unionsgerichtshof (EuGH), Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), Bundesverfassungsgericht (BVerfG) und Instanzgerichten führen zu unangemessener Rechtsunsicherheit)

Ungleichbehandlungen, sagte ich am Anfang, verletzen das Gerechtigkeitsgefühl. Das gilt kulturübergreifend. Folglich hat sich der Grundsatz der Gleichheit vor dem Recht in vielen Rechtsdokumenten niedergeschlagen, von der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte¹⁴⁵ über die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), die Grundrechtecharta der EU (GRC), das Grundgesetz (GG), die Verfassungen der Bundesländer (zB. Art. 1 Verfassung des Landes Hessen vom 1. Dezember 1946), und eben auch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz.

Alle diese Texte gelten auch in Deutschland. In allen diesen Texten steht, teilweise wörtlich, dasselbe. Nun ist es eine schöne Übung, richtige Erkenntnisse immer wieder auszusprechen. Das Problem ist allerdings, dass im Fall des Gleichheitssatzes für die Auslegung des immer gleichen Gebotes immer andere Richter zuständig sind. Für die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte ist es der Menschenrechtsausschuss der Vereinten Nationen¹⁴⁶ in New York bzw. Genf¹⁴⁷, für die EMRK der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg, für die EU-Grundrechtecharta der EuGH in Luxemburg, für das Grundgesetz das BVerfG in Karlsruhe, für die Landesverfassungen die Landesverfassungsgerichte und für das AGG alle deutschen Gerichte. Zwar wirken natürlich nicht alle diese Gerichte in jedem Fall direkt mit. Aber bis zu vier oder fünf Gerichte können schon mitreden und außerdem ist jedes Gericht mit seinen Entscheidungen Teilnehmer des rechtlichen Diskurses und leistet seinen mehr oder weniger verwirrenden Beitrag.

¹⁴⁵ Artikel 2 AEMR v. 10. Dezember 1948: Jeder hat Anspruch auf alle in dieser Erklärung verkündeten Rechte und Freiheiten, ohne irgendeinen Unterschied, etwa nach Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Sprache, Religion, politischer oder sonstiger Anschauung, nationaler oder sozialer Herkunft, Vermögen, Geburt oder sonstigem Stand.

Des Weiteren darf kein Unterschied gemacht werden auf Grund der politischen, rechtlichen oder internationalen Stellung des Landes oder Gebietes, dem eine Person angehört, gleichgültig ob dieses unabhängig ist, unter Treuhandschaft steht, keine Selbstregierung besitzt oder sonst in seiner Souveränität eingeschränkt ist.

¹⁴⁶ Art. 28 ff. des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (IPCR, Zivilpakt)

¹⁴⁷ Art. 37 Abs. 3 IPCR

Ein schönes Beispiel ist der schon angesprochene Fall des katholischen Chefarztes. Sein zur katholischen Kirche gehörender Arbeitgeber, eine Düsseldorfer Klinik, hatte ihm gekündigt, weil er als Geschiedener wieder geheiratet hatte. Das Bundesarbeitsgericht erklärte die Kündigung für unwirksam, ua weil die Klinik mehrere nichtkatholische Chefarzte beschäftigte, die ebenfalls geschieden und wiederverheiratet waren. Das Bundesverfassungsgericht hob das Urteil des BAG auf mit der Begründung, es sei Teil der Religionsfreiheit, dass allein die katholische Kirche - also der Arbeitgeber - zu bestimmen habe, welche moralischen Anforderungen an welche Arbeitnehmer stellen wolle. In den Entscheidungsgründen schreibt das BVerfG, die gegenteilige Ansicht des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Straßburg interessiere nicht. Das Bundesarbeitsgericht, das den Fall vom Bundesverfassungsgericht zurückbekam, hätte die Kündigung nun eigentlich für wirksam erklären sollen. Stattdessen kam es aber auf die Idee, das Bundesverfassungsgericht habe sich nicht an das Benachteiligungsverbot des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes gehalten: Der Chefarzt werde ja wegen seiner katholischen Religion von einem katholischen Arbeitgeber schlechter behandelt als ein muslimischer Kollege. Da es sich aber um EU-Recht handelt, hat das BAG den Fall dem Europäischen Gerichtshof in Luxemburg vorgelegt. Der hat bisher noch nicht entschieden.

Der Streit dauert inzwischen bald ein Jahrzehnt und ein Ende ist nicht in Sicht. Die Rechtslage wird von Urteil zu Urteil undurchschaubarer. Man könnte sagen, wer nicht verwirrt ist, hat die Lage nicht verstanden.

VIII. Schlusswort

IX. Gliederung

I. Begrüßung	1
II. Gleichheit vor dem Recht - ein Grundpfeiler jeder Rechtsordnung	1
III. Grenzen der Gleichbehandlung	2
IV. Beginn der Gleichbehandlung im Arbeitsrecht	2
V. Das System des Antidiskriminierungsrechts nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz vom 18. August 2006	4
1. Europäisches Recht	4
2. Herkunft und Zweck des europäischen Antidiskriminierungsrechts	5
3. Neue Rechtskultur	6
VI. Die einzelnen Diskriminierungsmerkmale	7
1. Rasse und ethnische Herkunft	8

2. Geschlecht und sexuelle Identität	9
3. Religion und Weltanschauung	12
a. Religiöse Symbole	13
b. Moralische Fragen	14
4. Behinderung	16
5. Alter	18
a. Gibt es ein Rezept zur Vermeidung von Altersdiskriminierung?	18
b. Urlaub/Übergangsgeld/Tarifvertrag	20
c. Aufhebungsverträge	21
d. Stichtagsregelungen	21
e. Kündigungen/Sozialpläne	22
VII. Die kritischen Fälle	22
1. Was ist überhaupt „Diskriminierung“?	22
a. Unmittelbare Benachteiligung	23
b. Mittelbare Benachteiligung	23
2. Putativdiskriminierung/Diskriminierung Dritter ..	24
3. Rechtsfolgen der Diskriminierung - Entschädigung und Schadensersatz - Was kostet die Diskriminierung?	25
a. Diskriminierende einseitige Maßnahmen des Arbeitgebers im Arbeitsverhältnis	26
b. Rechtsfolgen bei diskriminierenden Vertragsbedingungen - „Anpassung nach oben“	26
c. Die abschreckenden Folgen - Schadensersatz und Entschädigung	27
d. Befristung der Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche	31
5. Beweislastfragen	32
a. Bedingte Beweislastumkehr	32
b. Kein Auskunftsanspruch - Der Fall Meister	34
6. Stellenausschreibungen und Bewerbungsverfahren .	35
a. Die Grundkonstellation	36
„Frisch gebacken“	36
b. Weitere Beispiele für diskriminierende bzw. nichtdiskriminierende Stellenausschreibungen und Bewerbungsverfahren	37
c. Wie sollte sich ein Arbeitgeber verhalten?	38
7. AGG-Hopping: Missbrauch oder „private enforcement“?	39
8. Diskriminierende Kündigungen	42
a. Grundsätze	42
b. Einige Beispiele für diskriminierende Kündigungen	43

9. Belästigungen und die Organisationspflichten des Arbeitgebers	44
10. Begriffsverwirrung	46
11. Zu viele Köche? (Konflikte zwischen Bundesarbeitsgericht (BAG), Unionsgerichtshof (EuGH), Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), Bundesverfassungsgericht (BVerfG) und Instanzgerichten führen zu unangemessener Rechtsunsicherheit)	48
VIII. Schlusswort	49
IX. Gliederung	49