

§ 5 Positive Maßnahmen

Ungeachtet der in den §§ 8 bis 10 sowie in § 20 benannten Gründe ist eine unterschiedliche Behandlung auch zulässig, wenn durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile wegen eines in § 1 genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden sollen.

- 1 Regelungszweck der Bestimmung ist es, die Förderung bisher benachteiligter Gruppen zu ermöglichen. Die sprachliche Formulierung ist wenig glücklich, weil kaum Maßnahmen denkbar sind, die „bestehende“ Nachteile verhindern könnten. Wie sich aus der Entwurfsbegründung ergibt (BT-Drucks. 16/1780 S. 34), sollte mit einem umfassenden Ansatz gestattet werden, **bestehende Nachteile** auszugleichen und künftige Nachteile zu verhindern, also Fördermaßnahmen zum Zwecke der Prävention zu ergreifen. Mit der Begrenzung auf den Ausgleich bestehender Nachteile wird verlangt, dass eine Ausgleichsmaßnahme an die Feststellung solcher Nachteile anknüpft.
- 2 Wie die Entwurfsbegründung ausdrücklich hervorhebt, sollen damit nicht nur dem Gesetzgeber **positive Maßnahmen** zugestanden werden, sondern auch Tarifvertrags- und Betriebspartnern, den Arbeitsvertragsparteien oder dem AG. Mit dieser weiten Fassung geht die Formulierung über die Ausnahmeklauseln der RL hinaus (Art. 5 RL 2000/43/EG, Art. 7 RL 2000/78/EG, Art. 2 Abs. 8 RL 2002/73/EG). Diese RL-Bestimmungen erlauben lediglich den Mitgliedstaaten, spezifische positive Maßnahmen zu ergreifen, nicht aber, diese Befugnis weiter zu delegieren (*Schlachter*, GS Blomeyer, 2003, S. 355, 364 f.; *Kamanabrou RdA* 2006). Der Gesetzgeber muss daher jedenfalls Grundentscheidungen selbst treffen, unter welchen Voraussetzungen welche Arten von Maßnahmen zulässigerweise vom Benachteiligungsverbot abweichen können. Eine Verlagerung der Regelungsbefugnis kann auch nicht damit gerechtfertigt werden, dass es sich hierbei um eine günstigere Vorschrift iSd. RL handelte. Zwar gestattet es die RL jeweils, ihnen ggü. günstigere Vorschriften einzuführen oder beizubehalten, doch fehlt es vorliegend an der Günstigkeit: Positive Maßnahmen zugunsten der Angehörigen einer Gruppe stellen sich aus Sicht derjenigen Personen, die die geförderten Merkmale jeweils nicht erfüllen, als Benachteiligung dar, können insoweit also nicht als „günstiger“ eingestuft werden. Es bleibt mithin bei einer überschießenden Abweichung des § 5 vom Benachteiligungsverbot, die im Wege einer einschränkenden Auslegung behoben werden muss.
- 3 Soweit die Fördermaßnahmen durch § 5 zugelassen werden, können sie sich an den bereits bisher schon anerkannten Grundsätzen der Rspr. zu § 611 a BGB aF orientieren: Sie müssen objektiv geeignet und angemessen sein und dürfen in die Belange der von der Begünstigung ausgenommenen Personen nicht übermäßig eingreifen. Zu den Anforderungen der Rspr. vgl. die Kommentierung zu § 611 a BGB aF.

Abschnitt 2. Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung

Unterabschnitt 1. Verbot der Benachteiligung

§ 6 Persönlicher Anwendungsbereich

(1) Beschäftigte im Sinne dieses Gesetzes sind

1. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer,
2. die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten,
3. Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbstständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind; zu diesen gehören auch die in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten. Als Beschäftigte gelten auch die Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis sowie die Personen, deren Beschäftigungsverhältnis beendet ist.

(2) ¹ Arbeitgeber (Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen) im Sinne dieses Abschnitts sind natürliche und juristische Personen sowie rechtsfähige Personengesellschaften, die Personen nach Absatz 1 beschäftigen. ² Werden Beschäftigte einem Dritten zur Arbeitsleistung überlassen, so gilt auch dieser als Arbeitgeber im Sinne dieses Abschnitts. ³ Für die in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten tritt an die Stelle des Arbeitgebers der Auftraggeber oder Zwischenmeister.

(3) Soweit es die Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit sowie den beruflichen Aufstieg betrifft, gelten die Vorschriften dieses Abschnitts für Selbstständige und Organmitglieder, insbesondere Geschäftsführer oder Geschäftsführerinnen und Vorstände, entsprechend.

- 1 Abs. 1 bestimmt für das Gesetz insges. den Begriff des Beschäftigten, während Abs. 2 den AG-Begriff festlegt, mit Wirkung lediglich für den zweiten Abschnitt des Gesetzes. Vor einer Benachteiligung in Beschäftigungsverhältnissen sollen nicht nur AN, sondern auch die zur Berufsbildung Beschäftigten und arbeitnehmerähnliche Personen bewahrt werden. Auf die „Berufsbildung“ wird abgestellt, um zu verdeutlichen, dass nicht allein die dem BBiG unterliegenden Ausbildungsverhältnisse einbezogen wurden. Für Bewerber und Personen, deren Beschäftigungsverhältnis bereits beendet ist, wird festgelegt, dass sie als Beschäftigte lediglich „gelten“. Schutz vor Benachteiligung soll von der

Anbahnung des Arbeitsverhältnisses, während seiner Durchführung bis hin zu seiner Beendigung und darüber hinaus geboten werden. In der Literatur wird erwogen, dass der Absatz eine „entspr.“ Geltung des Benachteiligungsverbotes anordnet, um großzügigere Maßstäbe zu ermöglichen als im Verhältnis zu AN (*Bauer NZA 2005, 32, 33*, mit Blick auf die in Abs. 3 genannten Selbständigen und Organmitglieder, Geschäftsführer und Vorstände). Diese Differenzierung überzeugt freilich nicht. Der Gesetzgeber wählt in § 6 den an sich im ArbR eher ungebräuchlichen Beschäftigtenbegriff, um damit zu verdeutlichen, dass das Gesetz eben gerade nicht nur auf die klassischen AN Anwendung finden soll. Erfasst werden alle abhängig in der Privatwirtschaft und im öffentl. Dienst Beschäftigten. Für Beamte, Richter und Zivildienstleistende gelten die Bestimmungen des AGG gem. § 24 entspr.

Als AG wird verstanden, wer eine Person gem. Abs. 1 beschäftigt. Erweitert wird die Definition um 2 die Besonderheiten der LeihArbVerh., in denen neben dem Verleiher auch der Entleiher als AG iSd. Gesetzes in die Pflicht genommen wird. Für Heimarbeiter und Gleichgestellte gilt die Sonderregelung des Abs. 2 S. 3.

Vom Geltungsbereich des Gesetzes an sich ausgenommen sind **Selbständige und Organmitglieder**, 3 da sie weder Beschäftigte sind, noch als solche gelten. Für Geschäftsführer, die AN ihrer Gesellschaften sind, bleibt es jedoch bei I 1 Nr. 1. Lediglich für die Anwendungsfälle „Zugang zur Erwerbstätigkeit“ und „beruflicher Aufstieg“ legt Abs. 3 die entspr. Geltung des zweiten Abschnittes des AGG fest. Diese punktuelle Ausdehnung des Anwendungsbereiches soll jeweils Art. 3 S. 1 a RL 2000/43/EG, 2000/78/EG und 76/207/EWG, umsetzen, doch ist die Entspr. zweifelhaft.

§ 7 Benachteiligungsverbot

(1) Beschäftigte dürfen nicht wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt werden; dies gilt auch, wenn die Person, die die Benachteiligung begeht, das Vorliegen eines in § 1 genannten Grundes bei der Benachteiligung nur annimmt.

(2) Bestimmungen in Vereinbarungen, die gegen das Benachteiligungsverbot des Absatzes 1 verstoßen, sind unwirksam.

(3) Eine Benachteiligung nach Absatz 1 durch Arbeitgeber oder Beschäftigte ist eine Verletzung vertraglicher Pflichten.

1. Verbot. Abs. 1 regelt das zentrale Verbot der Benachteiligung Beschäftigter wegen aller Merkmale des § 1. Als Benachteiligungen gelten alle Verhaltensweisen gem. § 3. Mit seiner Ausrichtung auf **Beschäftigte** erfasst Abs. 1 zwar den zahlenmäßig größten Teil, aber nicht alle Rechtsverhältnisse, in denen nach der RL Benachteiligungen verboten werden sollen. Für die in § 7 nicht enthaltenen zivilrechtlichen Anwendungsfelder schreibt § 19 bes. Verbotsvoraussetzungen fest. Das Verbot gem. Abs. 1 ist passivisch formuliert, beschränkt seinen Adressatenkreis mithin nicht auf den AG iSd. § 6 Abs. 2 als Vertragspartner des AN und Inhaber des Weisungsrechts. Auch wer Kollektivverträge schließt, darf Beschäftigte nicht aus Gründen des § 1 benachteiligen. Darüber hinaus sind solche Verhaltensweisen aber allen Personen verboten, die rein tatsächlich Beschäftigte benachteiligen könnten. Das schließt Vorgesetzte, Mitarbeiter und Kollegen ein, aber auch alle Dritten, mit denen Beschäftigte in beruflicher Funktion in Berührung kommen. Durch das Verbot geschützt werden Beschäftigte gem. § 6 I. Auf Beamte und Richter ist das Verbot entspr. gem. § 24 anwendbar, für Soldaten gilt § 7 SoldGG. Verboten ist die Benachteiligung im Ergebnis; ob sie durch Anwendung einer Regelung, eines betrieblichen Entscheidungskriteriums, einer Weisung oder sonstigen Maßnahme oder eines unfairen Verfahrens zustande kommt, ist unerheblich. Zwischen den verschiedenen Begehungsformen braucht an dieser Stelle mithin nicht unterschieden zu werden. Ebenso wenig kommt es darauf an, dass die von Benachteiligung Betroffenen einen materiellen Schaden erlitten haben, jede „weniger günstige Behandlung“ als die einer entspr. Vergleichsperson ist unzulässig.

Verboten sind Benachteiligungen **wegen aller in § 1 genannten Merkmale**. Es wird also keine 2 Pflicht begründet, Beschäftigte nur nach objektiven Kriterien gleich zu behandeln, sondern das Verbot, sie nach bestimmten Merkmalen unterschiedlich zu behandeln. Die Entwurfsbegründung (BT-Drucks. 16/2022 S. 34) weist darauf hin, dass die „wahren“ Gründe für benachteiligendes Verhalten oft nicht genannt, sondern durch andere, nicht verbotene Differenzierungsmerkmale ersetzt und damit verschleiert werden, wie zB durch Abstellen auf das (zulässige) Kriterium der Staatsangehörigkeit, wenn es dem Handelnden tatsächlich um die ethnische Herkunft geht. Das Gemeinschaftsrecht hat auf diesen Umstand damit reagiert, dass es neben der unmittelbaren Diskriminierung (= Anknüpfungsverbot) auch die mittelbare verbietet, die „neutrale“ Differenzierungsmerkmale mit lediglich benachteiligenden Auswirkungen in den Diskriminierungsbegriff einbezieht. Der Weg über die mittelbare Diskriminierung erfasst allerdings nicht alle problematischen Fälle. Eine Lösung für Personen, die ein Diskriminierungsmerkmal gem. § 1 tatsächlich gar nicht aufweisen, bietet sie nämlich nicht. Sie erleichtert lediglich die Feststellung der Kausalität zwischen Betroffenheit durch den Nachteil und Zugehörigkeit zu einer geschützten Gruppe, kann also dementspr. auf letztere nicht verzichten. Daher erweitert der **zweite Halbs.** den Anwendungsbereich des Verbots, in das auch solche Personen

einbezogen werden, von denen der Handelnde **lediglich annimmt**, sie gehörten der geschützten Gruppe an. Im Falle einer direkten Diskriminierung oder einer Anweisung hierzu, in denen der Handelnde das Anknüpfungsverbot verletzt und damit die Kausalität offen einräumt, kann der Geltungsbereich des Verbots durch die Bestimmung in Abs. 1 erweitert werden. Bei lediglich mittelbaren Diskriminierungen und Belästigungen dürfte dies dagegen am erforderlichen Nachweis der Kausalität scheitern.

- 3 2. Abs. 2 übernimmt die **Rechtsfolgenanordnung** für benachteiligende Vereinbarungen aus den RL nur teilweise; so erstrecken etwa Art. 14 RL 2000/43/EG und Art. 16 RL 2000/78/EG die Nichtigkeitsfolge auch auf Bestimmungen in Satzungen von Vereinen bzw. AG- oder ANVerbänden, die von Abs. 2 gerade nicht erfasst würden. In ihrem Geltungsbereich besitzt die Bestimmung klarstellende Funktionen, da sich die Nichtigkeit gesetzwidriger Vereinbarungen bereits aus § 134 BGB ergab, und § 7 II Verbotsgesetz im Sinne dieser Vorschrift ist (*Bauer* NZA 2005, 32, 33; *Kamanabrou* RdA 2006 Heft 6). Da Abs. 2 S. 1 nur die Nichtigkeit für „Bestimmungen in Vereinbarungen“ anordnet, bleibt es bei einseitigen Rechtsgeschäften bei der Anwendung des § 134 BGB iVm. § 2 I HS 1. Die Rechtsfolge erfasst nur die verbotswidrige Bestimmung selbst, nicht den gesamten Arbeitsvertrag, § 139, HS 2 BGB, oder die regelmäßig mit einer Benachteiligung einhergehende Bevorzugung eines Dritten.
- 4 a) Was inhaltlich anstelle der für unwirksam erklärten benachteiligenden Vereinbarung treten soll, legt das Gesetz nicht fest. Nach der alten Entwurfsfassung war vorgesehen, dass in diesen Fällen die Regelung hätte gelten sollen, die die Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie die Unwirksamkeit gekannt hätten. Inhaltlich hätte dies zu einer **Ausgestaltungskompetenz durch die ArbG** geführt, die bei unwirksamen Tarifnormen als problematischer Eingriff in die Tarifautonomie verstanden wurde. Die Kompetenz zur Lückenfüllung sollte den Tarifparteien selbst zugestanden werden, wenn zur Schließung der Lücke verschiedene Möglichkeiten bestehen; dies wird insbes. bei unzulässigen Differenzierungen im Entgeltbereich nicht selten sein. Praktisch wird das Problem jedoch nur geringere Bedeutung erhalten: Bezugnahmeklauseln in ArbVerh., die selbst bei tarifgebundenen Vertragsparteien konstitutiv wirken, können bei Nichtigkeit der Tarifregelungen durch die ArbG nach Maßgabe des § 612 I BGB ersetzt werden; ein Regelungsvorbehalt der TVParteien besteht hier nicht.
- 5 b) Bei Schaffung der Ersatzregelung ist die Rspr. des EuGH zur „Angleichung nach oben“ zu berücksichtigen (EuGH 13. 12. 1989 Rs. 102/88 NZA 1991, 59; 7. 2. 1991 Rs. C-184/89 AP BAT § 23 a Nr. 25; 27. 6. 1990 Rs. C-33/89 NZA 1990, 771). Auch das BAG gewährt für die Vergangenheit eine Angleichung nach oben, wenn auf andere Weise Gleichbehandlung nicht herstellbar ist, weil der AG den Begünstigten für die Vergangenheit die Leistung praktisch nicht mehr entziehen kann (BAG 13. 11. 1985 NZA 1986, 321; 7. 3. 1995 – 3 AZR 282/94 –). Gleichheitswidrig gewährte kürzere Arbeitszeiten, längere Urlaubsansprüche, höhere Entgeltleistungen stehen dann allen Benachteiligten zu. Auch § 15 III schützt den AG davor nicht, die Norm begrenzt nur Ansprüche auf Entschädigungsleistung, nicht den Gleichbehandlungsanspruch selbst (*Löwisch* DB 2006, 1729, 1731).
- 6 Inhaltlich geht die Anforderung des Gemeinschaftsrechts über diejenige des BAG hinaus, weil sie den Erhöhungsanspruch so lange zugesteht, bis eine gemeinschaftsrechtskonforme Neuregelung getroffen ist. Diese Vorgabe ist entwickelt worden anhand von Fällen, in denen eine kleinere Beschäftigtengruppe von einer für alle geltenden begünstigenden Norm ausgenommen worden ist. Stellt sich dagegen ein gesamtes Tarifsysteem als benachteiligend dar, etwa wegen Vereinbarung einer altersdiskriminierenden Vergütungsregelung, könnte als Bezugsgröße lediglich die höchste bestehende Altersstufe dienen; dies widerspricht auch dem nicht diskriminierenden Anliegen der Einführung von Gehaltsstufen. Hier sollte den TVParteien eine Übergangsfrist zur Neuregelung gewährt werden (*Wank* FS Wißmann, S. 599, 617; *Schlachter* FS Schaub, S. 651, 668 ff.).
- 7 3. Abs. 3 legt fest, dass alle von AG oder Beschäftigten begangenen Benachteiligungen nach Abs. 1 **Vertragsverletzungen** darstellen. Soweit dabei das Rechtsverhältnis zwischen AG und dem selbst benachteiligten AN betroffen ist, handelt es sich dabei um die Klarstellung, dass die Verletzung einer gesetzlichen Pflicht als Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht verstanden wird. Handelt es sich um eine Benachteiligung von Beschäftigten untereinander, ist Abs. 3 dahingehend zu verstehen, dass der Handelnde die Nebenpflicht aus seinem Arbeitsvertrag zum AG verletzt, dessen Interesse an einem störungsfreien Betriebsablauf nicht zu beeinträchtigen. Die Vertragswidrigkeit wird in beiden Fällen fingiert unabhängig vom tatsächlichen Vertragsinhalt. Der AG kann die üblichen arbeitsrechtlichen Folgen an ein derartiges Fehlverhalten knüpfen (LAG Hamm 22. 10. 1996 NZA 1997, 769), wann er dem Betroffenen ggü. dazu sogar verpflichtet ist, bestimmt § 12 I. Vertragspflichtverletzungen können Schadensersatzansprüche aus §§ 280 I, 241 II BGB auslösen. Auch kann den Benachteiligten ein Leistungsverweigerungsrecht aus § 14 zustehen. Daneben können deliktische Ansprüche sowie ggf. Schmerzensgeld treten, wenn die Benachteiligung zugleich die Tatbestandsvoraussetzungen der Anspruchsnormen erfüllt.
- 8 Geht die Benachteiligung von **Dritten** aus, die zum AG nicht in arbeitsrechtlichen, sondern in sonstigen vertraglichen Beziehungen stehen, ist Abs. 3 nicht einschlägig. Eine Vertragspflichtverletzung aus dem Arbeitsvertrag zwischen AG und benachteiligtem AN liegt tatsächlich nicht vor. Zwar

kann der Benachteiligte auch in diesem Falle die Verletzung von Schutzpflichten aus § 241 II BGB geltend machen, doch kann dem AG das Fehlverhalten Dritter nicht als eigene Pflichtverletzung zugerechnet werden. Wollte sich dagegen der AG dem Dritten ggü. auf eine Pflichtverletzung berufen, müssen seine eigenen Rechtsgüter oder Interessen durch die Benachteiligung des Arbeitnehmers betroffen sein. Hier kommt lediglich ein mittelbares Interesse des AG in Betracht, soweit er dem benachteiligten Beschäftigten für ein benachteiligungsfreies Arbeitsumfeld verantwortlich ist; das genügt nicht zur Begründung einer Rechtspflicht des Dritten.

§ 8 Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen beruflicher Anforderungen

(1) Eine unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 genannten Grundes ist zulässig, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist.

(2) Die Vereinbarung einer geringeren Vergütung für gleiche oder gleichwertige Arbeit wegen eines in § 1 genannten Grundes wird nicht dadurch gerechtfertigt, dass wegen eines in § 1 genannten Grundes besondere Schutzvorschriften gelten.

1. **Allgemeine Ausnahme.** Absatz 1 schafft allg. Ausnahmen vom Benachteiligungsverbot, die von Art. 4 I RL 2000/43/EG und 2000/78/EG sowie Art. 2 VI RL 76/207 EWG nF zugelassen werden. Die Unterscheidung nach Merkmalen gem. § 1 ist zulässig, wenn der Differenzierungsgrund eine solche berufliche Anforderung darstellt. Das trifft zu, wenn die Art der Tätigkeit oder die tatsächlichen Arbeitsbedingungen die Anforderung objektiv tragen. Jedoch kommen auch subjektive Gründe in Betracht: Ist die Intimsphäre betroffen (Pflegedienst), dürfen subjektive Empfindlichkeiten ausschlaggebend sein. Auch Gründe der Authentizität oder Glaubwürdigkeit können Forderungen nach bestimmten Merkmalen rechtfertigen (LAG K 8. 11. 2000 NZA-RR 2001, 232; ArbG München 14. 2. 2001 NZA-RR 2001, 365; *Wisskirchen* DB 2006, 1491, 1492; *Richardi* NZA 2006, 881, 883 f.), soweit die „Bedingungen der Ausübung“ einer Tätigkeit ein Merkmal als berufswesentlich kennzeichnen. Ist ein Merkmal gem. § 1 Voraussetzung der „Art der auszuübenden Tätigkeit“, muss die benachteiligende Maßnahme der Begründung oder Konkretisierung einer Leistungspflicht des AN dienen; auf die Gegenleistung des AG ist die Ausnahme nicht anwendbar. Daher können sich Unterschiede im Entgeltniveau nicht auf Abs. 1 stützen.

a) Hält ein AG ein Merkmal für **unverzichtbar** zur Ausfüllung der Arbeitsaufgabe, muss er es zudem zur Voraussetzung der Leistung erheben. Damit kommen die Ausnahmen nur bei Differenzierungen in Betracht, die eine unmittelbar merkmalsbezogene Unterscheidung (§ 3 I) darstellen. Dass etwas eine „wesentliche und entscheidende“ Voraussetzung der beruflichen Tätigkeit ist, muss der Handelnde zumindest geltend gemacht haben, sonst kann es kaum „entscheidend“ darauf ankommen. Wer nach anderen Merkmalen unterschieden hatte, wird nachträglich kaum begründen können, dass es auf das von ihm selbst nicht einmal erwähnte Merkmal iSd. § 1 für die auszuübende Tätigkeit „entscheidend“ ankommt. Mithin gestattet § 8 keine Ausnahme vom Verbot der mittelbaren Benachteiligung; vielmehr läge eine mittelbare Benachteiligung ohnehin nicht vor, falls die Differenzierung sachlich gerechtfertigt sowie in verhältnismäßiger Anwendung zur Erreichung eines rechtmäßigen Zieles erforderlich wäre. Ebenso wenig begründet Abs. 1 eine Ausnahme vom Verbot der Belästigung (§ 3 III, IV), da die Ausnahme allein für eine „unterschiedliche Behandlung“ zugelassen wird. Die Verschiedenbehandlung ist aber weder Merkmal einer Belästigung noch einer sexuellen Belästigung.

b) Eine wesentliche berufliche Anforderung kann neben den objektiv für die Durchführung der Tätigkeit erforderlichen Umständen uU durch ein **unternehmerisches Konzept** geschaffen werden (ArbG Bonn 8. 3. 2001 NZA-RR 2002, 100; MüKo/*Müller-Glöge* § 611 a BGB Rn. 41, 44; *Lüderitz* Altersdiskriminierung durch Altersgrenzen, 2005, S. 83). Um eine „berufliche Anforderung“ (*Hahn* Auswirkungen der europäischen Regelung zur Altersdiskriminierung im DArbR, 2005, S. 114: Abstellen auf das Gesetzgebungsziel im Rahmen einer Interessenabwägung) handelt es sich aber nur dann, wenn die Anforderungen für den Unternehmenserfolg erweislich entscheidend sind. Nicht jede Vorstellung davon, mit welchem Personal ein Unternehmen konkret geführt werden soll, ist schon eine „entscheidende berufliche“ Anforderung. Ein Unternehmenskonzept mag ja durchaus darin liegen, nur mit exotisch aussehenden Frauen, oder mit sportlichen Männern eine bestimmte Dienstleistung am Markt zu positionieren, eine „berufliche“ Anforderung läge darin aber nicht. Anderenfalls liefe das Benachteiligungsverbot stets leer, wenn auf einen Kundenkreis verwiesen werden könnte, der bestimmte Vorlieben pflegt (*Wisskirchen* DB 2006, 1491, 1492). Eine berufliche Anforderung liegt nur dann vor, wenn das Auswahlkriterium einen hinreichend engen Tätigkeitsbezug aufweist, der nachweislich den Erfolg der Tätigkeit wesentlich bestimmt. Trendmode oder -frisuren können Jugendlichen nicht überzeugend von Mitarbeitern angepriesen werden, die der Elterngeneration angehören. Hier wird durch die Zugehörigkeit zur „falschen“ Altersgruppe der Erfolg der vertraglich geschuldeten Leistung verhindert. Anders ist dies beim Kabinenpersonal von Fluggesellschaften zu beurteilen.

dessen Betreuungsleistung Passagiere wohl nicht vom Zurschaustellen körperlicher Reize abhängig machen werden. Eine wesentliche Anforderung ist in der Zugehörigkeit zur bevorzugten Gruppe nur im Ausnahmefall zu sehen (*Thüsing RdA* 2001, 319, 322 ff.; *Annuß BB* 2006, 1629, 1633), abhängig von den Auswirkungen: nachweisliche erhebliche Einbußen infolge Beschäftigung „falscher“ Mitarbeiter braucht ein AG nicht hinzunehmen; die Zugehörigkeit zur „richtigen“ Gruppe wäre in solchem Falle eine berufliche Anforderung. Allerdings müssen die Auswirkungen tatsächlich von den Merkmalen verursacht worden sein. Dazu gehört auch eine präzise Bestimmung von angegebenen Kundenwünschen: Der Vertrieb komplexer Versicherungs- oder Altersvorsorge-Produkte an ausländische Kunden mit geringer deutscher Sprachkompetenz rechtfertigt eine berufliche Anforderung „perfekte Beherrschung der (jeweiligen) Sprache der Klientel“, nicht aber zugleich diejenige nach Zugehörigkeit zu deren ethnischer Gruppierung.

- 4 c) Dass die berufliche Anforderung zudem **wesentlich und entscheidend** sein muss, soll verdeutlichen, dass die Geringfügigkeitsgrenze klar überschritten sein muss: Anzeigenübliche Maximalforderungen an Bewerber, die ohnehin von kaum jemandem überhaupt erfüllt werden können, jedenfalls aber sonst in diesem Unternehmen tatsächlich nicht zur Voraussetzung einer Beschäftigung gemacht worden sind, genügen diesem Maßstab nicht. Von solchen Übertreibungen abgesehen, können aber Anforderungen an die Leistungsfähigkeit frei festgelegt werden. *Entscheidend* ist eine berufliche Anforderung, wenn sie für die vertragsgemäße Erfüllung der Arbeitsleistung erforderlich ist; *wesentlich* ist sie, wenn ein hinreichend großer Teil der Gesamtanforderungen des Arbeitsplatzes betroffen ist (ArbG B 13. 7. 2005 NZA-RR 2005, 608). Ist die gestellte Anforderung für die Ausübung der geschuldeten Tätigkeit „wesentlich“, so stellt sie einen inhaltlich „rechtmäßigen Zweck“ dar. Insoweit kommt dem 2. HS. keine eingrenzende Wirkung mehr zu. Bei der „angemessenen“ Anforderung wird eine Verhältnismäßigkeitsprüfung verlangt: Der mit der Differenzierung verfolgte Zweck (= berufliche Anforderung) muss in einem akzeptablen Verhältnis zu dem durch seine Verwendung verursachten Nachteil stehen. Zur Vermeidung einer geringen oder nicht nachweisbaren Einbuße stehen Diskriminierungen außer Verhältnis.
- 5 2. Die Bestimmung über die Ausnahme bei der **Entgeltgleichheit** in Abs. 2 soll § 612 III 2 BGB aF inhaltlich über seinen bisherigen Anwendungsbereich der Benachteiligung wegen des Geschlechts hinaus auf alle Merkmale des § 1 erstrecken. Tatsächlich fehlt aber die Kernaussage, denn einen Anspruch formuliert die Norm gerade nicht selbst; das Entgeltgleichheitsgebot wird in Abs. 2 nur notwendig vorausgesetzt. Hervorgehoben wird nur noch, dass beim Entgelt gerade der typische Differenzierungsgrund der teureren Schutzvorschriften als unzulässig ausgeschlossen wird. Verboten werden soll nicht, mit bestimmten Beschäftigtengruppen geringere Vergütung als mit anderen zu vereinbaren. Ausgeschlossen wird lediglich ein bes. Grund zur Rechtfertigung von Entgeltunterschieden bei gleicher bzw. gleichwertiger Arbeit, nämlich das Vorhandensein bes. Schutzvorschriften zugunsten der geringer entlohnten Gruppe. Zum Begriff der gleichen oder gleichwertigen Arbeit vgl. die Kommentierung zu § 612 III BGB aF. Mit diesem Verbot wird eines der nahe liegendsten Argumente für Entgeltendifferenzierungen ausgeschlossen, die unmittelbar an die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe anknüpfen. Die generellen Bedingungen des Arbeitsmarktes können allerdings auch für die Entgelthöhe berücksichtigungsfähig bleiben (EuGH 27. 10. 1993 AP EWG-Vertrag Art. 119 Nr. 50).

§ 9 Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder Weltanschauung

(1) Ungeachtet des § 8 ist eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung bei der Beschäftigung durch Religionsgemeinschaften, die ihnen zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform oder durch Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion oder Weltanschauung zur Aufgabe machen, auch zulässig, wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung unter Beachtung des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft oder Vereinigung im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht oder nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt.

(2) Das Verbot unterschiedlicher Behandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung berührt nicht das Recht der in Absatz 1 genannten Religionsgemeinschaften, der ihnen zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform oder der Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion oder Weltanschauung zur Aufgabe machen, von ihren Beschäftigten ein loyales und aufrichtiges Verhalten im Sinne ihres jeweiligen Selbstverständnisses verlangen zu können.

- 1 1. **Besonderer Differenzierungsgrund.** Abs. 1 schafft eine **bereichsspezifische Ausnahme** zum Verbot der unterschiedlichen Behandlung wegen der Religion oder Weltanschauung. Die begünstigten Einrichtungen dürfen also Beschäftigte auf Grund ihrer Religion oder Weltanschauung unterschiedlich behandeln, wenn die Zugehörigkeit zu ihr für die handelnde Einrichtung entweder im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht oder nach Art der ausgeübten Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt.

derung darstellt. Die Vorschrift will von den Rechtfertigungsgründen aus Art. 4 II, RL 2000/78/EG Gebrauch machen (hierzu *Belling* NZA 2004, 885, 886 ff.; *Joussen* RdA 2003, 32, 35 ff.). Dass der von der RL eröffnete Spielraum beachtet wird (*Budde* AuR 2005, 353, 357 f.), ist jedenfalls durch Auslegung sicherzustellen. Die RL bindet eine Differenzierung nach der Religion daran, dass diese nach Art der Tätigkeit oder den Umständen ihrer Ausübung eine wesentliche berufliche Anforderung darstellt. Die Rechtfertigungswirkung hat mithin einen Tätigkeitsbezug; eine unterschiedslose Forderung nach Religionszugehörigkeit oder Beachtung der Anforderungen ist problematisch (Rn. 3). Nach Abs. 1 soll die Rechtfertigungswirkung über die allg. Ausnahme in § 8 I hinausgehen. Dafür wird die Feststellung einer wesentlichen beruflichen Anforderung nicht von objektiven Maßstäben abhängig gemacht, wie dies bei § 8 I der Fall wäre, sondern unter Beachtung des **Selbstverständnisses** der Vereinigungen bestimmt. Dieses Selbstverständnis gibt mithin den Maßstab dafür ab, ob eine berufsbezogene Anforderung als „wesentlich“ eingestuft werden kann (BVerfG 4. 6. 1985 E 70, 138). Gerichtlich kontrollierbar ist nur mehr, ob die selbst aufgestellten Regeln eingehalten werden (*Reichhold* NZA 2001, 1054, 1059). Es unterliegt insoweit dem Selbstverständnis einer Religionsgemeinschaft, ob ihr Personal dieser Gemeinschaft angehören muss oder nicht. Ob sich dies auf sämtliche Beschäftigte erstrecken lässt, oder untergeordnete Hilfstätigkeiten auszunehmen sind, soll nach dem Selbstverständnis der betreffenden Vereinigung selbst entschieden werden.

a) Wem die Ausnahmegvorschrift zugute kommen soll, erschließt sich wegen der komplizierten Ausdrucksweise nur schwer. Die Entwurfsbegründung (BT-Drucks. 16/1780 S. 35) verweist zur Bestimmung des **Adressatenkreises** darauf, dass nach Art. 140 GG iVm. Art. 136 ff. WRV den Kirchen und sonstigen Religionsgesellschaften und Weltanschauungsgemeinschaften nicht nur für ihnen körper-schaftlich zugeordnete Organisation, sondern auch ihnen in anderer Weise zugeordneten Einrichtungen das Recht zusteht, über Ordnung und Verwaltung ihrer Angelegenheiten selbständig zu entscheiden. Damit sind Einrichtungen der Caritas und der Diakonie einbezogen. Unklar bleibt die nachfolgende Ausdehnung auf „Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion oder Weltanschauung zur Aufgabe machen“. Dies dient der Erweiterung des Anwendungsbereichs auf konfessionsgebundene Zusammenschlüsse, die eine Religion bzw. Weltanschauung kraft selbstgesetzter Übereinkunft, etwa in einer Satzung pflegen. Ob nicht sogar eine formlose Zielsetzung genügt, ist nicht eindeutig. Erfasst sind jedenfalls auch Vereinigungen von Laien, die sich die „partielle Pflege des religiösen Lebens ihrer Mitglieder zum Ziel gesetzt haben“ (BT-Drucks. 16/1780 S. 35). Als Anwendungsfall wäre an die von der katholischen Kirche unabhängigen Schwangerschaftskonfliktberatungsstellen „Donum Vitae“ zu denken. Selbst ein privates Wohnheim religiös gebundener Studentinnen könnte nach dem Wortlaut der Norm kaum aus dem Anwendungsbereich der Ausnahmebestimmung herausfallen. Darin liegt allerdings ein Widerspruch zum übrigen ArbR, das die bes. kirchliche Autonomie nur insoweit gewährt, wie die privilegierten Einrichtungen der Kirche rechtlich zuzuordnen sind.

b) Problematisch bleibt der genaue Umfang der Ausnahmeklausel. Art. 4 II RL 2000/78/EG lässt eine Ausnahme vom Benachteiligungsverbot zu, wenn die Religion oder Weltanschauung nach der **Art der Tätigkeit** oder der Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderungen angesichts des Ethos der Organisation darstellt. Diesen Wortlaut übernimmt Abs. 1 nicht, sondern erklärt die Benachteiligung für zulässig, wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht *oder* nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt. Diese Alternativität lässt Art. 4 Abs. 2 der RL nicht zu. Ein Verzicht auf den Tätigkeitsbezug aber nach dem Wortlaut von § 9 Abs. 1 zulässig, sodass es für die Art oder die Ausübung der Tätigkeit auf die Zugehörigkeit zu einer Religion objektiv nicht ankommt, die Religionsgemeinschaft unter Verweis auf ihr Selbstbestimmungsrecht diese Forderung aber dennoch erhebt. Dies wäre mit der umzusetzenden RL nicht vereinbar. Daran ändert auch der in der Entwurfsbegründung enthaltene Hinweis auf den Erwägungsgrund Nr. 24 RL 2000/78/EG nichts, der es den Mitgliedstaaten zugesteht, spezifische Bestimmungen über die wesentlichen, rechtmäßigen und gerechtfertigten beruflichen Anforderungen für Kirchen und weltanschauliche Gemeinschaften vorzusehen. Diese Befugnis der Mitgliedstaaten wird durch Art. 4 Abs. 2 der RL gerade konkretisiert; eine weitergehende, im RLText selbst nicht enthaltene Ausnahme vom Benachteiligungsverbot kann nicht aus einer Begründungserwägung abgeleitet werden, die lediglich allg. die Zulassung von Ausnahmen begründet.

2. **Besondere Loyalitätspflichten.** Abs. 2 erweitert die Ausnahme über Abs. 1 hinaus auf spezifische Verhaltensanforderungen, die eine Religionsgemeinschaft an bei ihr Beschäftigte stellen darf. Gefordert werden darf ein „loyales und aufrichtiges Verhalten iSd. jeweiligen Selbstverständnisses“ der Gemeinschaften. Von den Beschäftigten kann also neben der Zugehörigkeit zur Glaubens- oder Überzeugungsgemeinschaft eine an deren Vorgaben ausgerichtete Verhaltensweise verlangt werden. Dasselbe gilt, wenn ausnahmsweise die förmliche Zugehörigkeit zur Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft tatsächlich nicht verlangt worden ist. Den Inhalt derjenigen Anforderungen, nach denen sich die Beschäftigten zu richten haben, können die Gemeinschaften selbst festlegen. Völlig schrankenlos ist diese Befugnis allerdings nicht. Abs. 2 formuliert ausdrücklich, dass die Ausnahme nur vom Verbot unterschiedlicher Behandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung zugelassen wird. Noch

deutlicher betont Art. 4 II RL 2000/78/EG, dass eine zulässige Ungleichbehandlung „keine Diskriminierung aus einem anderen Grunde“ rechtfertigt. Damit soll klargestellt werden, dass die Loyalitätsanforderungen sich in den Grenzen der Grundrechte der Beschäftigten einschließlich der Diskriminierungsverbote halten müssen. Letzteres kann problematisch werden bei kirchlichen Verhaltensanforderungen an homosexuell veranlagte Mitarbeiter. Soll die Ablehnung eines Stellenbewerbers oder die Kündigung eines bereits Beschäftigten (BAG 13. 6. 1983 AP GG Art. 140 Nr. 15) mit der Homosexualität des Betroffenen begründet werden, handelt es sich um eine Benachteiligung wegen der sexuellen Identität, die auch dann nicht zulässig wäre, wenn die dieses verbietenden Glaubensanforderungen an die Mitglieder auch eine Verpflichtung auf entspr. loyales Verhalten iSd. Abs. 2 begründen. Auch Art. 4 II RL 2000/78/EG sagt hier nichts anderes (aA *Kamanabrou* RdA 2006 Heft 6), da S. 2 letzter Halbs. dieser Vorschrift ausdrücklich vorschreibt, dass eine solche Ungleichbehandlung keine Diskriminierung aus einem anderen Grund rechtfertigt, vgl. insoweit auch das Verbot der Mehrfachdiskriminierung gem. § 4. Der Widerspruch kann nicht dadurch aufgelöst werden, dass als Verhaltensanforderung an die Mitarbeiter lediglich das Verbot gerichtet wird, ihre Homosexualität zu praktizieren (*Joussen* RdA 2003, 32, 37); diese Anforderung knüpft zwar nicht mehr unmittelbar an das Merkmal der sexuellen Identität an, führt aber dennoch zu einer mittelbaren Benachteiligung wegen dieses Merkmals, da die Gruppe derjenigen, die Homosexualität praktiziert, wohl weit überwiegend aus Personen mit homosexueller Ausrichtung zusammengesetzt sein dürfte. An dem Umstand, dass in einer solchen Verhaltensanforderung eine, wenn auch nur mittelbare, Benachteiligung enthalten ist, die über die von § 9 gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung wegen der Religion hinausgeht, ändert sich durch die abweichende Formulierung mithin nichts. Daraus ergibt sich allerdings ein Konflikt mit der grundrechtlich geschützten Kirchenautonomie (BVerfG 4. 6. 1985 E 70, 138).

§ 10 Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen des Alters

¹ Ungeachtet des § 8 ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters auch zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. ² Die Mittel zur Erreichung dieses Ziels müssen angemessen und erforderlich sein. ³ Derartige unterschiedliche Behandlungen können insbesondere Folgendes einschließen:

1. die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung und zur beruflichen Bildung sowie besonderer Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Bedingungen für Entlohnung und Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses, um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren Beschäftigten und Personen mit Fürsorgepflichten zu fördern oder ihren Schutz sicherzustellen,
2. die Festlegung von Mindestanforderungen an das Alter, die Berufserfahrung oder das Dienstalter für den Zugang zur Beschäftigung oder für bestimmte mit der Beschäftigung verbundene Vorteile,
3. die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung auf Grund der spezifischen Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes oder auf Grund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand,
4. die Festsetzung von Altersgrenzen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit als Voraussetzung für die Mitgliedschaft oder den Bezug von Altersrente oder von Leistungen bei Invalidität einschließlich der Festsetzung unterschiedlicher Altersgrenzen im Rahmen dieser Systeme für bestimmte Beschäftigte oder Gruppen von Beschäftigten und die Verwendung von Alterskriterien im Rahmen dieser Systeme für versicherungsmathematische Berechnungen,
5. eine Vereinbarung, die die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses ohne Kündigung zu einem Zeitpunkt vorsieht, zu dem der oder die Beschäftigte eine Rente wegen Alters beantragen kann; § 41 des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch bleibt unberührt,
6. eine Berücksichtigung des Alters bei der Sozialauswahl anlässlich einer betriebsbedingten Kündigung im Sinne des § 1 des Kündigungsschutzgesetzes, soweit dem Alter kein genereller Vorrang gegenüber anderen Auswahlkriterien zukommt, sondern die Besonderheiten des Einzelfalls und die individuellen Unterschiede zwischen den vergleichbaren Beschäftigten, insbesondere die Chancen auf dem Arbeitsmarkt entscheiden,
7. die individual- oder kollektivrechtliche Vereinbarung der Unkündbarkeit von Beschäftigten eines bestimmten Alters und einer bestimmten Betriebszugehörigkeit, soweit dadurch nicht der Kündigungsschutz anderer Beschäftigter im Rahmen der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 des Kündigungsschutzgesetzes grob fehlerhaft gemindert wird,
8. Differenzierungen von Leistungen in Sozialplänen im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes, wenn die Parteien eine nach Alter oder Betriebszugehörigkeit gestaffelte Abfindungsregelung geschaffen haben, in der die wesentlich vom Alter abhängenden Chancen auf dem Arbeitsmarkt durch eine verhältnismäßig starke Betonung des Lebensalters erkennbar berücksichtigt worden sind, oder Beschäftigte von den Leistungen des Sozialplans ausgeschlossen haben, die

wirtschaftlich abgesichert sind, weil sie, gegebenenfalls nach Bezug von Arbeitslosengeld, rentenberechtigt sind.

1. Allgemeine Voraussetzungen der Ausnahmen. S. 1 und 2 formulieren eine Generalklausel, mit der allen Akteuren des Arbeitslebens eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters freigestellt wird, solange sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Die Formulierung lehnt sich an Art. 6 RL 2000/78/EG an, lässt aber die dort bereits in der Eingangsklausel formulierten Regelbsp. für **legitime** Ziele, nämlich Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung, gerade aus. Damit sollten ausweislich der Entwurfsbegründung (BT-Drucks. 16/1780 S. 36) diese Ziele zwar nicht aus dem Katalog der möglichen und zulässigen ausgeschlossen werden, doch setzt die Entwurfsbegründung einen deutlich anderen Akzent als die RL selbst. Während diese durch die Bsp. verdeutlicht, dass es sich bei den genannten Zielen in erster Linie um solche von öffentl. Interesse handeln soll (*Schlachter* GS Blomeyer 2003, S. 355, 368; *Wiedemann/Thüsing* NZA 2002, 1234, 1237; *Reichhold* NZA 2005, 1270, 1275; aA *Linsenmaier* RdA Sonderbeil. 2003, S. 22, 26), die vom Mitgliedstaat festgelegt werden müssten, verzichtet § 10 auf diese Begrenzung. Folgerichtig betont die Entwurfsbegründung (BT-Drucks. 16/1780 S. 36), dass die „Legitimität eines Zieles unter Berücksichtigung der fachlich-beruflichen Zusammenhänge aus Sicht des AG oder der TVParteien zu beurteilen“ ist. Damit werden die innerstaatlichen Rechtsanwender dazu ermächtigt, die Legitimität derjenigen Ziele selbst festzulegen, die die Ausnahme vom Verbot der Altersdiskriminierung begründet (krit.: *Wiedemann/Thüsing* NZA 2002, 1234, 1238; *Löwisch* DB 2006, 1729, 1730); eine hohe Beschränkungswirkung kommt dem nicht zu. Neben die zahlreichen, weit gefassten Ausnahmebestimmungen tritt eine von staatlichen Vorgaben weitgehend unabhängige Festlegung der Fälle, in denen ein Eigeninteresse an Unterscheidungen nach dem Alter eine Ausnahme vom generellen Benachteiligungsverbot bewirken kann. Als wirksame Begrenzung bleibt die Angemessenheit und Erforderlichkeit der Mittel, die zur Erreichung der selbst gesetzten Ziele eingesetzt werden, S. 2. Damit ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung dergestalt vorzunehmen, dass die eingesetzten Mittel das angestrebte Ziel auch tatsächlich fördern können und die Interessen der benachteiligten Gruppe nicht unverhältnismäßig stark vernachlässigen.

2. Fallgruppen. a) S. 3 Nr. 1 konkretisiert eines der nach S. 1 erforderlichen „legitimen Ziele“, 2 nämlich die **Förderung der beruflichen Eingliederung** solcher Personen, die gegenwärtig als Problemgruppen des Arbeitsmarktes bezeichnet werden: Jugendliche und ältere Beschäftigte sowie Personen mit Fürsorgepflichten. Es wird ausdrücklich gestattet, bes. Bedingungen nicht nur für den Zugang zu Beschäftigung und Berufsbildung, sondern auch bes. Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlohnungs- oder Entlassungsbedingungen vorzusehen, um die Eingliederung von Problemgruppen in das Arbeitsleben voranzutreiben. Solche Maßnahmen bedürfen der gesonderten Zulassung, weil sie stets – mind. aus der Perspektive irgendeiner Altersgruppe – eine benachteiligende Unterscheidung treffen müssen. Als Anwendungsbsp. werden etwa die Gewährung zusätzlicher Urlaubstage oder verringerter Arbeitszeitdauer für ältere AN genannt (*Bertelsmann* ZESAR 2005, 242, 246; *Linsenmaier* RdA Sonderbeil. 2003, 22, 29; *Waltermann* NZA 2005, 1265, 1269), die Einführung von Lohnabschlägen für Berufseinsteiger oder Langzeitarbeitslose. Gerade dieser Anwendungsfall zeigt die Problematik dieser Ausnahme, ist er doch sowohl aus Sicht der von der Maßnahme ausgeschlossenen Mitglieder eine Benachteiligung, weil er geradezu bezweckt, ihre Chancen auf dem Arbeitsmarkt durch Einführung zusätzlicher Konkurrenz zu belasten, als auch aus Sicht der Mitglieder der angesprochenen Altersgruppe, denen eine direkt merkmalsbezogene Entgeltdiskriminierung zugemutet wird. Solchermaßen mehrfach belastende Maßnahmen sind nur deshalb akzeptabel, weil der Gesetzgeber mit ihnen ein Allgemeininteresse verfolgt, das arbeitsmarktpolitische Ziel der Eingliederung von Problemgruppen in den Arbeitsmarkt; die grds. Zulässigkeit derartiger Maßnahmen nach Nr. 3 entbindet nicht von der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall, der S. 2 alle Mittel zur Verfolgung legitimer Zwecke gleichermaßen unterwirft.

b) Nr. 2 gestattet eine Differenzierung entweder unmittelbar nach dem Alter oder mittelbar nach 3 **Berufserfahrung oder Dienstalder** für den Zugang zur Beschäftigung oder für bestimmte Vorteile im ArbVerh. Diese Bestimmung konkretisiert nicht selbst ein legitimes Ziel, sondern beschreibt ein mögliches Mittel, mit der ein auf andere Weise zu legitimierendes Ziel gerechtfertigt werden kann. Dementspr. lässt Ziff. 2 nicht jede Verwendung von **Mindestaltersstufen** bei Einstellung oder Arbeitsbedingungen als Ausnahme vom Benachteiligungsverbot zu. Auch Altersstufen sind nur rechtmäßig, sofern sie einem anderweitig legitimierten Ziel dienen, erforderlich sind und angemessen angewendet werden. Bei den Differenzierungskriterien wird nicht nur das Alter unmittelbar genannt, sondern auch Berufserfahrung und Dienstalder, deren Verwendung im Regelfalle als mittelbare Benachteiligung wegen des Alters untersagt ist. Dies wird allerdings für viele Fälle der Nr. 2 gerade nicht zutreffen, da die mittelbare Benachteiligung gerechtfertigt ist, sofern die Anknüpfung an das fragliche Kriterium sachlich gerechtfertigt, erforderlich und angemessen ist, § 3 II.

c) In Nr. 3 wird ein legitimes Ziel definiert, das durch **Höchstaltersgrenzen** bei der Einstellung 4 verfolgt werden kann. In Übereinstimmung mit dem auch in der RL gewählten Regelbsp. werden

dafür spezifische Ausbildungsanforderungen eines Arbeitsplatzes oder die Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungsdauer vor Eintritt in den Ruhestand genannt. Das zugrunde liegende legitime Allgemeininteresse besteht in der staatlichen Arbeitsmarktpolitik. Der generelle Widerstand gegen die Beschäftigung älterer AN und das Verbot der Altersdiskriminierung allg. soll dadurch vermindert werden, dass die Anforderungen der Gleichbehandlung nur in einem zeitlich planbaren Rahmen eingehalten werden müssen.

- 5 d) Nr. 4 schafft Sonderbestimmungen zur **betrieblichen Altersversorgung**, obwohl § 2 II 2 diesen Bereich insgesamt ausschließlich ins BetrAVG verweist. Inhaltlich soll die Norm ein legitimes Ziel durch Zulassung von Altersgrenzen bei betrieblichen Sozialsystemen schaffen, und zwar sowohl beim Zugang zum System als auch beim Bezug von Leistungen daraus. Das damit verfolgte Allgemeininteresse besteht in der Funktionsfähigkeit betrieblicher **Sozialsysteme**, die nach versicherungsmathematischen Grundsätzen betrieben werden müssen, um ihre Leistungsfähigkeit zu gewährleisten; dazu gehören auch feste Berechnungsgrundlagen für Mindestbeitragszeiten, die Leistung überhaupt erst begründen können. Diskriminierungsfrei sind Regelungen zur betrieblichen Altersversorgung allerdings vielfach nicht; gerade zu diesem Bereich sind zahlreiche Grundsatzentscheidungen des EuGH ergangen. Da die wichtigsten Anwendungsbsp. für benachteiligende Regelungen aus dem Bereich der Geschlechtsdiskriminierung stammen, weist der RLText ausdrücklich darauf hin, dass Altersgrenzen nur vom Benachteiligungsverbot ausgenommen sind, soweit sie nicht zugleich eine Benachteiligung wegen des Geschlechts enthalten. Zwar fehlt ein derartiger Hinweis in Ziff. 4, doch ist dies unschädlich, da sich die Rechtfertigungswirkung von § 10 ausdrücklich allein auf Unterscheidungen nach dem Alter erstreckt.
- 6 e) Nr. 5 gestattet Pensionsgrenzen, die an die **Rentenberechtigung** der Beschäftigten anknüpfen. Der Wortlaut lässt sowohl kollektivvertragliche wie arbeitsvertragliche Altersgrenzenregelungen zu, doch ist ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht fragwürdig. Auch diese Bestimmung ist an RL 2000/78/EG zu messen, der Erwägungsgrund Nr. 14 dieser RL hindert ihre Anwendung auf Pensionsgrenzen nicht (aA *Leuchten* NZA 2002, 1254, 1258; *Nussberger* JZ 2002, 524, 530). Da dieser Erwägungsgrund, der einzelstaatliche Bestimmungen über die Festsetzung der Altersgrenzen für den Eintritt in den Ruhestand unberührt lassen wollte, den Geltungsbereich der RL nicht beschränken kann (*Schlachter* GS Blomeyer, 2003, S. 355, 363 f.; *Zöllner* GS Blomeyer, 2003, S. 517, 529 f.), ist den Anforderungen der RL zu genügen. Dies gelingt jedoch nicht. Die allg. Rechtfertigung aus Art. 4 I der RL setzt voraus, dass das Alter auf Grund der beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt. Soweit es bei der Einführung von Pensionsgrenzen tatsächlich um die vermutete unzureichende Belastbarkeit der Beschäftigten selbst geht, besteht die erforderliche berufliche Anforderung eben gerade in dem Ausmaß der notwendigen Belastbarkeit, nicht in einem jüngeren Lebensalter. Stattdessen unspezifisch auf das Alter abzustellen, gestattet lediglich Art. 2 V RL 2000/78/EG zur Gewährleistung der öffentl. Sicherheit und Ordnung, zum Gesundheitsschutz und zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.
- 7 Ebenso wenig gelingt eine Rechtfertigung nach Art. 6 I 2 RL 2000/78/EG. Zwar wären nach Buchst. a) dieser Vorschrift auch bes. Bedingungen für die Beendigung von ArbVerh. zulässig, sie müssten allerdings dem ausdrücklich vorgegebenen Regelungsziel der beruflichen Eingliederung Jugendlicher oder dem Schutz älterer AN dienen. Beide Aspekte werden aber durch Pensionsgrenzen nicht verwirklicht (*Schlachter* GS Blomeyer, 2003, S. 355, 369; *Lüderitz* Altersdiskriminierung durch Altersgrenzen, 2005, S. 104 f.; *Kamanabrou* NZA Sonderheft 2006). Zum Schutz älterer Beschäftigter sind allg. Pensionsgrenzen nicht geschaffen worden, da der AN selbst bei ihrem Fehlen nicht verpflichtet wäre, über das 65. Lebensjahr hinaus zu arbeiten, sondern lediglich die Möglichkeit dazu behielte. Ein Mittel zur beruflichen Eingliederung Jugendlicher stellen Altersgrenzen ebenfalls nicht dar, denn die durch Pensionierungen frei werdenden Arbeitsplätze kommen nicht zwgd. Jugendlichen zugute; falls auch jugendliche AN eingestellt werden, handelt es sich dabei allenfalls um eine ungezielte Streuwirkung von Pensionsgrenzen, und nicht um ein „angemessenes und erforderliches Mittel“ zur Erreichung dieses Ziels. Schließlich kann eine Pensionsgrenze auch nicht als positive Maßnahme (§ 5) im Arbeits- oder Kollektivvertrag gerechtfertigt werden. Zum einen stellen die Diskriminierungsverbote der RL (Art. 5 RL 2000/43/EG, Art. 7 RL 2000/78/EG und Art. 2 VIII RL 2002/73/EG) positive Maßnahmen ausschließlich den Mitgliedstaaten frei, nicht aber Kollektivparteien oder Einzelarbeitsvertrag. Entscheidend ist jedoch, dass Vereinbarungen über allg. Pensionsgrenzen inhaltlich keine „positiven Maßnahmen“ iSd. § 5 darstellen können, da sie Benachteiligungen wegen des Alters weder verhindern noch ausgleichen. Pensionsgrenzen verhindern keine Nachteile für ältere AN, da solchen ohne Pensionsgrenzen Nachteile nicht drohen; sie können auch ohne Altersgrenzen auf Wunsch jederzeit aus dem ArbVerh. ausscheiden. Pensionsgrenzen dienen aber auch nicht dem Ausgleich von Benachteiligung junger AN, da solche auf dem Arbeitsmarkt ohnehin nicht bestehen, schon gar nicht im Verhältnis zu den von der Altersgrenze betroffenen AN. Die Regelung der Nr. 5, die nach der Entwurfsbegründung (BT-Drucks. 16/1780 S. 36) „der Rechtssicherheit“ dienen soll, kann dieses Ziel mithin nicht erreichen (zu einer europarechtskonformen Alternative vgl. *Waltermann* NZA 2005, 1265, 1270). Rechtsfolge der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Nr. 5 wäre

zwar nicht die Unwirksamkeit der Bestimmung, doch sieht der EuGH (22. 11. 2005 Rs. C-144/04 NZA 2005, 1345) das Verbot der Altersdiskriminierung als primärrechtlichen Grundsatz an mit der Folge, dass eine entgegenstehende nationale Norm unanwendbar wird.

f) Nr. 6 soll erreichen, dass das Alter bei der **Sozialauswahl** im Rahmen einer betriebsbedingten Kündigung weiterhin als Auswahlkriterium herangezogen werden kann, sofern ihm kein genereller Vorrang vor anderen Kriterien zukommt. Gesetzestechnisch ist das ein Missgriff: Hier soll ein Bundesgesetz (AGG) ein anderes Bundesgesetz (KSchG) inhaltlich beeinflussen, ohne es förmlich abzuändern oder gar aufzuheben. Auch inhaltlich ist diese Regelung nicht konsistent: Zum einen sollten die Vorschriften des Gesetzes gem. § 2 IV auf Kündigungen überhaupt nicht anwendbar sein. Warum dann eine Ausnahme von einer als solche für unanwendbar gehaltenen Regel in einem Gesetz geradezu versteckt wird, das seinen Geltungsbereich auf derartige Fälle ausdrücklich nicht erstrecken will? Zudem obliegt die Aufgabe, Kriterien für die Sozialauswahl bei der betriebsbedingten Kündigung nicht diskriminierend auszugestalten, dem Gesetzgeber selbst (*Preis* NZA 2006, 401, 409). Anpassungen des KSchG hält die hM (*Schmidt/Senne* RdA 2002, 80, 84; *Wiedemann/Thüsing* NZA 2002, 1234, 1241; *Linsenmaier* RdA 2003 Sonderbeil., S. 22, 32; *Waltermann* NZA 2005, 1265, 1269; *Kamanabrou* RdA 2006 Heft 6) für entbehrlich. Da die Berücksichtigung des Lebensalters bei der Sozialauswahl gerade dem Schutz älterer AN dient, kann sie sowohl auf die Ausnahmebestimmung des Art. 6 I 2 lit. a RL 2000/78/EG als auch auf die Zulassung positiver Maßnahmen gem. Art. 7 I der RL gestützt werden. Einschränkend ist aber jedenfalls bei der Auslegung zu berücksichtigen, dass von der RL nur Begünstigungen zugelassen werden, die ältere AN im Sinne der auf dem Arbeitsmarkt bes. nachteilig betroffenen Personen erfasst. Die Bevorzugung eines 37-jährigen ggü. einem 33-jährigen AN wird dadurch nicht gerechtfertigt; eine pauschale gleitende Bevorzugung des jeweils Lebensälteren ggü. dem relativ Jüngeren ist damit nicht vereinbar (*Kamanabrou* RdA 2006 Heft 6). Einer dahingehenden einengenden Auslegung ist § 1 III KSchG aber zugänglich.

g) Nr. 7 gestattet die Vereinbarung von **Unkündbarkeitsklauseln** zugunsten älterer AN, soweit sie den Kündigungsschutz anderer Beschäftigter bei der Sozialauswahl nicht grob fehlerhaft mindern. Implizit geht die Bestimmung davon aus, dass Unkündbarkeitsvereinbarungen die Sozialwahl ausschließen können und beschränkt dies für den Sonderfall der altersabhängigen Klausel. Gemeinschaftsrechtlich lässt sich dies auf Art. 6 I 2 lit. a RL 2000/78/EG stützen (*Linsenmaier* RdA 2003 Sonderbeil., S. 22, 32; *Waltermann* NZA 2005, 1265, 1269), sofern die Klauseln die Verhältnismäßigkeit wahren: Dass der Schutz älterer AN vor Entlassungen als solches ein legitimes beschäftigungspolitisches Ziel darstellt, wird auch von der EG in den Leitlinien für beschäftigungspolitische Maßnahmen der Mitgliedstaaten ausdrücklich anerkannt. Eine Eignung zur Erreichung dieses Ziels wird man Unkündbarkeitsklauseln nicht absprechen können; über die Erforderlichkeit kann man streiten, weil das Lebensalter bereits als Auswahlkriterium in der Sozialauswahl enthalten ist. Doch schließt dieser Umstand die Möglichkeit einer Entlassung gerade der älteren AN nicht aus; insoweit wird auch die Erforderlichkeit anzuerkennen sein. Jedenfalls dürfen Unkündbarkeitsklauseln den Kündigungsschutz anderer AN nicht unverhältnismäßig beeinträchtigen. Dabei ist auch hier nur der Schutz älterer AN iSd. bes. Problemgruppen des Arbeitsmarktes gerechtfertigt; eine Unkündbarkeitsklausel ist gemeinschaftsrechtlich nicht zu rechtfertigen, sofern sie ab einem frühen Lebensalter einsetzt (*Kamanabrou* NZA Sonderheft 2006).

h) Nr. 8 will nach Alter oder Betriebszugehörigkeit gestaffelte **Leistungen in Sozialplänen** vom 10 Benachteiligungsverbot ausnehmen. Die Ausnahmebestimmung soll sich nach beiden Richtungen auswirken können: Ältere AN können bevorzugt werden, um ihre vergleichsweise schlechten Chancen auf dem Arbeitsmarkt auszugleichen. Zum anderen sollen die rentennahen Jahrgänge aber auch benachteiligt werden dürfen, in dem sie von Sozialplanleistungen ausgeschlossen werden. Die Zulässigkeit der letzteren Differenzierung ist nicht unproblematisch (für die Zulässigkeit: *Bauer* NJW 2001, 2672, 2673; *Lüderitz* Altersdiskriminierung durch Altersgrenzen, 2005, S. 114, 222). Mit dem Schutz älterer AN lässt sie sich nicht rechtfertigen, aber auch als bes. Arbeitsbedingung gem. Art. 6 I 2 lit. a RL 2000/78/EG kann sie eine Ausnahme nicht begründen, da es nach dem Wortlaut dieser Bestimmung um die berufliche Eingliederung von „Jugendlichen“ geht und nicht den Schutz der relativ lebensjüngeren vor den jeweils lebensälteren AN bezweckt.

3. Strukturprobleme. Die Konstruktion der in S. 3 bezeichneten Regelbeispiele folgt keinem einheitlichen Konzept. Am weitesten geht die Zulassung von Altersgrenzen bei Betriebsrenten nach Nr. 4, die in Umsetzung der Ausnahme gem. Art. 6 II RL 2000/78/EG keine zusätzliche Verhältnismäßigkeitsprüfung verlangt. Da die RL den Mitgliedstaaten hier die Kompetenz zuweist, eine echte Ausnahme vom Verbot der Benachteiligung wegen des Alters vorzusehen, sind weitergehende Abwägungen nicht erforderlich. Die Regelungen der Ziff. 1, 3 und 8 lassen erkennen, welche legitimen Ziele iSd. S. 1 der Gesetzgeber für geeignet hält, eine Ausnahme vom Benachteiligungsverbot zu begründen. Damit wird die Kompetenz zur Festlegung „legitimer Ziele“ für eine Differenzierung nach dem Alter beansprucht. Dies entbindet jedoch nicht von der Pflicht, den weitergehenden Anforderungen gem. S. 1, 2 zu genügen. Dagegen beschreiben die Nr. 5 bis 7 lediglich bes. Fallgruppen von Ungleichbe-

handlungen, die der Gesetzgeber vom Benachteiligungsverbot ausnehmen möchte. Da in diesen Fällen nicht entschieden wurde, welche legitimen Ziele die Altersdifferenzierung hier verfolgt, kann die bloße Aufzählung als solche eine Ausnahme nicht begründen. Ob eine konkrete Maßnahme vom Verbot der Altersdiskriminierung ausgenommen ist oder nicht, ist anhand S. 1, 2 zu überprüfen. Ist danach die differenzierende Maßnahme objektiv und angemessen und verfolgt sie ein legitimes Ziel mit angemessenen und erforderlichen Mitteln, hätte es ihrer gesonderten Erwähnung in S. 3 nicht bedurft.

Unterabschnitt 2. Organisationspflichten des Arbeitgebers

§ 11 Ausschreibung

Ein Arbeitsplatz darf nicht unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 ausgeschrieben werden.

- 1 Die Vorschrift ersetzt § 611 b BGB aF, dessen Regelungsanliegen sie auch inhaltlich übernimmt. Sie soll gewährleisten, dass die Benachteiligungsverbote bereits im Vorfeld der Begründung von ArbVerh. wirksam werden können. Ein Verstoß gegen das Verbot der **benachteiligenden Ausschreibung** begründet zugleich eine Vermutung für einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot selbst (so schon zu § 611 a BGB aF: BAG 14. 3. 1989 AP BGB § 611 a Nr. 5, 6), weil sie als Tatsache gewertet wird, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lässt (BVerfG 16. 11. 1993 AP BGB § 611 a Nr. 9; LAG R-P 16. 8. 1996 NZA 1997, 115). Schwerbehinderte Bewerber, die für die ausgeschriebene Stelle nicht offensichtlich ungeeignet sind, müssen von öffentlichen AG darüber hinaus zum Vorstellungsgespräch eingeladen werden; die unterbliebene Einladung begründet eine Vermutung für die Benachteiligung, § 81 II Nr. 1, S. 3 SGB IX (LAG S-H 8. 11. 2005 – 5 Sa 277/05; LAG R-P 1. 9. 2005 – ZTR 2006, 207). Dieselbe Indizienwirkung kommt der Nichtbeteiligung der Schwerbehindertenvertretung zu (BAG 15. 2. 2005 NZA 2005, 870). Zu den Einzelheiten vgl. die Kommentierung bei § 611 b BGB aF, § 81 SGB IX.

§ 12 Maßnahmen und Pflichten des Arbeitgebers

(1) ¹Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen wegen eines in § 1 genannten Grundes zu treffen. ²Dieser Schutz umfasst auch vorbeugende Maßnahmen.

(2) ¹Der Arbeitgeber soll in geeigneter Art und Weise, insbesondere im Rahmen der beruflichen Aus- und Fortbildung, auf die Unzulässigkeit solcher Benachteiligungen hinweisen und darauf hinwirken, dass diese unterbleiben. ²Hat der Arbeitgeber seine Beschäftigten in geeigneter Weise zum Zwecke der Verhinderung von Benachteiligung geschult, gilt dies als Erfüllung seiner Pflichten nach Absatz 1.

(3) Verstoßen Beschäftigte gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1, so hat der Arbeitgeber die im Einzelfall geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zur Unterbindung der Benachteiligung wie Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung zu ergreifen.

(4) Werden Beschäftigte bei der Ausübung ihrer Tätigkeit durch Dritte nach § 7 Abs. 1 benachteiligt, so hat der Arbeitgeber die im Einzelfall geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zum Schutz der Beschäftigten zu ergreifen.

(5) ¹Dieses Gesetz und § 61 b des Arbeitsgerichtsgesetzes sowie Informationen über die für die Behandlung von Beschwerden nach § 13 zuständigen Stellen sind im Betrieb oder in der Dienststelle bekannt zu machen. ²Die Bekanntmachung kann durch Aushang oder Auslegung an geeigneter Stelle oder den Einsatz der im Betrieb oder der Dienststelle üblichen Informations- und Kommunikationstechnik erfolgen.

- 1 **1. Schutzpflichten.** Die Vorschrift verpflichtet den AG, Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen zu treffen, nach Möglichkeit bereits **präventiv**. Damit werden Regelungen aufgenommen, die zuvor in den §§ 2 I und 4 I BeschSchG enthalten gewesen sind. Strukturell neu ist die Verpflichtung daher nicht, insbes. bleibt es bei dem auch schon in § 2 BeschSchG vorgegebenen Verpflichtungsumfang, einen effektiven Schutz sicherzustellen, der von einer betrieblichen Veranlassung der Benachteiligung unabhängig ist; die Schutzpflicht wird ausgelöst, auch wenn die Benachteiligung von betriebsfremden Dritten ausgeht (BT-Drucks. 16/1780 S. 37). Gegenständlich bezieht sich die Schutzpflicht nicht allein auf den Arbeitsplatz, denn schon der Wortlaut des Abs. 1 vermeidet jeden Bezug auf den Betrieb. Die notwendigen Grenzen sind der Schutzpflicht funktional dadurch gezogen, dass der AG rechtlich und tatsächlich dafür verantwortlich sein muss, Schutzmaßnahmen zu ergreifen. Es geht also um die Abgrenzung der beruflichen Sphäre, auf deren Organisation und Gestaltung der AG Einfluss nehmen kann, vom Bereich des allg. Lebensrisikos. Zu den Einzelheiten vgl. die Kommentierung zu § 2 BeschSchG aF Rn. 2, 3.

2. Maßnahmen. Abs. 2 verdeutlicht eine der mehreren denkbaren Möglichkeiten, Schutz vor Benachteiligungen sicherzustellen, nämlich zunächst im Vorfeld durch Information über die Unzulässigkeit von Verhaltensweisen, sowie dann durch erforderliche Maßnahmen zu ihrer Unterbindung. Was erforderlich iSd. Abs. 1 ist, hängt von den Umständen des konkreten Einzelfalles ab. Ob eine mündliche Information genügt oder schriftliche Materialien bereitgestellt werden bzw. in mit dem BR vereinbarte Arbeitsordnungen aufgenommen werden müssen, gibt das Gesetz nicht vor. Jedenfalls kann die Einführung solcher Unternehmensgrundsätze die Behauptung einer Verletzung von Organisations- und Schutzpflichtverletzung widerlegen (*Wisskirchen/Jordan/Bissels* DB 2005, 2190, 2193 f.). Einen Anhaltspunkt dafür, was AG unternehmen können, vermittelt Abs. 2 S. 2 durch die gesonderte Erwähnung betrieblicher Schulungen. Auch wenn sich die Schutzpflicht des AG aus Abs. 1 auf das Ziel, Herstellung einer benachteiligungsfreien Arbeitsumgebung, konkretisiert, ist doch bei präventiven Maßnahmen nicht zu verlangen, dass sie erfolgreich sein müssen. Selbst Vorbeugemaßnahmen, die letztlich nicht zum Erfolg geführt haben, haben dessen Eintrittswahrscheinlichkeit zumindest verringert. Bleibt der Erfolg allerdings aus, aktualisiert sich die Verpflichtung aus Abs. 3. Der umfassende Ansatz des Abs. 2 zeigt sich in der Formulierung, der AG müsse „seine“, dh. alle Beschäftigten schulen, und nicht lediglich diejenigen mit Personalverantwortung, denen bes. Einfluss auf das betriebliche Miteinander zukommt. Eine Prävention durch Information soll so früh und so umfassend wie möglich einsetzen, um auch Benachteiligungen, insbes. in Form von Belästigungen, von Mitarbeitern untereinander zu vermeiden.

3. Ergebnisorientierung. Abs. 3 verpflichtet den AG auf Maßnahmen zur Unterbindung von Benachteiligungen. Die gewählten Maßnahmen müssen im Ergebnis dazu geeignet sein, die Benachteiligung zu verhindern; Spielraum hat der AG nur bei der Auswahl zwischen mehreren gleichermaßen geeigneten Gegenmaßnahmen. Welches der in Abs. 3 nicht abschließend aufgeführten **Sanktionsinstrumente** im konkreten Fall angemessen ist, ist eine Frage der Verhältnismäßigkeit, hängt also von der Schwere des Vorfalles ab sowie von dem Umstand, ob es sich um eine erstmalige oder eine wiederholte Verfehlung handelt. Da die Benachteiligung eines AN durch einen Beschäftigten gem. § 7 III eine Vertragspflichtverletzung ggü. dem AG darstellt, kann dieser alle arbeitsrechtlich zulässigen Maßnahmen gegen den Verursacher ergreifen, deren Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen vorliegen. Obwohl etwa eine Abmahnung als eigenständiges Sanktionsmittel genannt ist, ist sie nicht „geeignet“, wenn sie zur Verhinderung der Benachteiligung nicht genügt; bei wiederholtem Fehlverhalten von einigem Gewicht wird eine Kündigung auch ohne Abmahnung zulässig (LAG NI 21. 1. 2003 NZA-RR 2004, 19; zu weiteren Einzelfällen vgl. die Kommentierung in § 4 BeschSchG aF Rn. 2 f.). Die gesetzlichen Mitwirkungsrechte von BR und PersR bleiben gewahrt; scheidet eine vom AG als geeignet eingeschätzte Gegenmaßnahme am Fehlen einer erforderlichen Mitwirkungshandlung des Vertretungsorgans, verlangt die Schutzpflicht aus Abs. 1 jedoch, dass der AG den Widerstand zu überwinden versucht.

4. Gem. Abs. 4 muss der AG gegen **betriebsfremde Dritte** ebenfalls zugunsten der Benachteiligten einschreiten, obwohl die Schutzpflichten des AG in diesen Fällen von deutlich anderem Umfang sein müssen. Regelbsp. wie in Abs. 3 nennt der Gesetzgeber in Abs. 4 nicht, doch sind die Reaktionsmöglichkeiten im Verhältnis zu betriebsfremden Dritten deutlich geringer ausgeprägt. Die Entwurfsbegründung (BT-Drucks. 16/1780 S. 37) weist lediglich darauf hin, dass eine „angemessene Reaktion“ anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles zu bestimmen sei. Einen Erfolg seiner Bemühungen kann der AG hier keinesfalls schulden, schon weil es ihm an konkreten Einwirkungsmöglichkeiten auf den Dritten idR fehlt. Ob eine Aufklärung des Dritten über die Benachteiligungsverbote des AGG geeignet und erforderlich zum Schutz des Arbeitnehmers vor Benachteiligungen sein kann, oder ob es zur Effektivierung des Schutzanspruches erforderlich ist, die Zuständigkeit für Kontakte mit solchen Personen umzuverteilen, hängt von den konkreten Umständen ab. In bes. schwerwiegenden Fällen kann die Erteilung eines Hausverbotes in Betracht kommen, etwa im Falle von Massengeschäften mit Laufkundschaft, doch bestimmt in diesen Fällen die Zumutbarkeit für den AG die Verpflichtungsgrenze. Die Auswahl der Geschäftspartner zählt zur unternehmerischen Freiheit, ein Abbruch von Geschäftsbeziehungen wird meist ein unverhältnismäßiger Eingriff in diese Rechte darstellen. Sachlich kann es sich bei den von Dritten zu verantwortenden Benachteiligungen lediglich um Belästigungen handeln, da andere Benachteiligungsformen gem. § 3 von Dritten kaum begangen werden können. Möglich bleibt die sexuelle Belästigung gem. § 3 IV, da dort eine Würdeverletzung auch dann als Benachteiligung gewertet wird, wenn sie im konkreten Falle nicht für das Arbeitsumfeld „kennzeichnend“ ist. Bei Belästigungen wegen anderer Merkmale gem. § 3 III sieht das anders aus: Sie entsprechen nur dann der Definition einer Benachteiligung, wenn das unerwünschte Verhalten ein von Einschüchterungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen „gekennzeichnetes Umfeld schafft“; dies ist bei einem von Dritten ausgehenden Verhalten nur in den seltenen Fällen einmal denkbar, in denen Dritte in derartig engem Kontakt zu Beschäftigten stehen, dass sie durch ihr Verhalten deren Arbeitsumfeld tatsächlich „kennzeichnen“ können.

Wer **Adressat der Gegenmaßnahmen** sein kann, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. 5 Entscheidungsspielraum kommt dem AG nur bei gleichermaßen geeigneten Adressaten zu. Käme an

sich sowohl eine Maßnahme ggü. dem Benachteiligenden, als auch eine Versetzung der benachteiligten Person in Betracht, darf der AG jedenfalls ohne Einverständnis des Benachteiligten dessen Versetzung nicht betreiben. Eine Abwägung mit dem entgegenstehenden Interesse, einen bes. qualifizierten Mitarbeiter nicht umsetzen oder demotivieren zu wollen, rechtfertigt kein sofortiges Ausweichen auf die Versetzung, vielmehr hat die Gegenmaßnahme zur Beseitigung der Beeinträchtigung zuerst beim Störer anzusetzen. Soweit dies dem AG rechtlich und tatsächlich möglich ist, ist er zu solchen Maßnahmen auch verpflichtet, um der Schutzpflicht aus Abs. 1 zu genügen. Unmittelbar auf den Benachteiligten selbst zuzugreifen, würde den Schutzzweck des Gesetzes in sein Gegenteil verkehren, da der Benachteiligte infolge der Benachteiligung erneut eine für ihn unerwünschte Behandlung erleiden müsste. Nur wenn andere Lösungen nicht möglich oder nicht zumutbar sind, bleibt die sofortige Versetzung Betroffener. Dies gilt auch bei Belästigungen durch betriebsfremde Dritte (Abs. 4), da die tatsächlichen Möglichkeiten des AG, auf andere Weise vor Benachteiligungen Schutz zu bieten, schon aus Rechtsgründen wesentlich geringer sind.

- 6 5. Die in Abs. 5 geregelte **Pflicht zur Bekanntgabe** soll den Betroffenen ihre Rechte nahe bringen, sie insbes. auf die Notwendigkeit zur Beachtung einer Klagefrist gem. § 61 b ArbGG hinweisen. Um die Chancen auf Rechtsdurchsetzung zu verbessern, soll auch ein Hinweis auf die für die Behandlung von Beschwerden zust. Stellen gem. § 13 erfolgen.

Unterabschnitt 3. Rechte der Beschäftigten

§ 13 Beschwerderecht

(1) ¹Die Beschäftigten haben das Recht, sich bei den zuständigen Stellen des Betriebs, des Unternehmens oder der Dienststelle zu beschweren, wenn sie sich im Zusammenhang mit ihrem Beschäftigungsverhältnis vom Arbeitgeber, von Vorgesetzten, anderen Beschäftigten oder Dritten wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt fühlen. ²Die Beschwerde ist zu prüfen und das Ergebnis der oder dem beschwerdeführenden Beschäftigten mitzuteilen.

(2) Die Rechte der Arbeitnehmervertretungen bleiben unberührt.

- 1 Wer sich „im Zusammenhang mit dem Beschäftigungsverhältnis“ benachteiligt fühlt, darf sich bei den zust. Stellen beschweren. Dabei muss sich ein Beschwerdeführer selbst als betroffen ansehen, die von § 84 BetrVG ausgeschlossene „Populärbeschwerde“ kennt auch § 13 nicht. Das Beschwerderecht steht Beschäftigten gegen Übergriffe aller potenziell in Betracht kommenden Personen zu, das Gesetz nennt den AG selbst, Vorgesetzte, andere Beschäftigte oder Dritte. Die Bestimmung der zust. Stelle fällt in die Organisationshoheit des AG, gesetzliche Vorgaben hierfür bestehen nicht. Die Entwurfsbegründung (BT-Drucks. 16/1780 S. 37) erwähnt einen Vorgesetzten, eine Gleichstellungsbeauftragte oder eine betriebliche Beschwerdestelle. In Betrieben mit BR gibt § 87 I Nr. 1 BetrVG dabei ein zwgd. Mitbestimmungsrecht, denn Benachteiligungen durch Betriebsangehörige werden typischerweise das Ordnungsverhalten der AN betreffen. Die Beschwerdestelle darf die Beschwerde nicht unbearb. lassen, sondern ist zur Prüfung und anschließenden Mitteilung des Prüfungsergebnisses an die Beschwerdeführer verpflichtet. Die Durchführung eines solchen Verfahrens verlangt auch, dass den Beteiligten Gehör zu gewähren ist, sobald dies ohne Gefahr für den Fortgang der Aufklärungsbemühungen möglich ist. Einen Anspruch auf vollständig vertrauliche Behandlung der Beschwerde ggü. dem Beschwerdegegner kann die benachteiligte Person nicht geltend machen. Allerdings muss der AG gewährleisten, dass die Benachteiligten vor Repressalien wegen der Beschwerde effektiv geschützt werden. Einen Anspruch darauf, dass konkrete Gegenmaßnahmen ergriffen werden, haben die Benachteiligten allerdings nicht in jedem Falle, sondern nur abhängig vom Ergebnis der Feststellungen. Entscheidet sich die Beschwerdestelle für einen Verzicht auf konkrete Maßnahmen, ist die Mitteilung der hierfür wesentlichen Gründe an den Beschwerdeführer bes. wichtig.
- 2 Der Hinweis auf bestehende **Rechte der ANVertretungen** in Abs. 2 bezieht sich insbes. auf die betrieblichen Beschwerderechte der Beschäftigten gem. §§ 84, 85 BetrVG. Der BR soll mithin als Anlaufstelle auch für Benachteiligungen im Betrieb erhalten bleiben; er könnte parallel auch als „zuständige Stelle“ iSd. Abs. 1 benannt werden.

§ 14 Leistungsverweigerungsrecht

¹Ergreift der Arbeitgeber keine oder offensichtlich ungeeignete Maßnahmen zur Unterbindung einer Belästigung oder sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz, sind die betroffenen Beschäftigten berechtigt, ihre Tätigkeit ohne Verlust des Arbeitsentgelts einzustellen, soweit dies zu ihrem Schutz erforderlich ist. ²§ 273 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bleibt unberührt.

- 1 § 12 I verpflichtet den AG, seine Beschäftigten vor Benachteiligung zu schützen. Welche Maßnahmen geeignet sind, dieses Ziel tatsächlich zu erreichen, obliegt der Einschätzung des AG, ist aber im