Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Auswirkungen auf Personalauswahl und Beförderungspraxis

Seit Jahren versuchen die Wirtschaftspsychologen, den Unternehmen die Vorzüge der DIN 33430 für die Personalauswahl schmackhaft zu machen. Mit dem „Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz" (AGG) kommen neue Rahmenbedingungen dazu.

Umsetzung mehrerer EU-Richtlinien

Der deutsche Gesetzgeber setzte das neue Antidiskriminierungsrecht auf der Grundlage mehrerer bestehender EU-Richtlinien um [2]. Die Bundesrepublik Deutschland hat damit als letzter Mitgliedsstaat innerhalb der EU einen umfassenden Schutz vor Benachteiligung im beruflichen Alltag geschaffen. Die deutsche Wirtschaft lehnt die neuen rechtlichen Vorgaben mehrheitlich ab und sieht insbesondere die Gefahr einer weiteren Bürokratisierung. **Die praktischen Konsequenzen für die Personalauswahl sowie Beförderungspraxis sind weit reichend.** So werden etwa abgelehnte Bewerber durch prozessuale Erleichterungen künftig dazu ermuntert, erhebliche Geldleistungen von Unternehmen zu erstreiten. Die Möglichkeiten dafür sind tatsächlich aussichtsreicher geworden. Ebenso wie in anderen EU-Mitgliedsstaaten oder etwa den USA müssen daher auch deutsche Unternehmen ihre Personalpolitik mit Blick auf das neue Gefährdungspotenzial überprüfen. Nur wenn die Verfahren zur Personalauswahl und zur Beförderungspraxis die neuerlichen Haftungsrisiken berücksichtigen, können eine sachorientierte Personalauswahl sichergestellt und finanzielle Risiken vermieden werden.

Die Rechtslage

Gab es bislang nur einen über eine Vielzahl unterschiedlicher Gesetze verstreuten Schutz einzelner Personengruppen, wird mit dem AGG in Deutschland erstmals ein zusammenhängender Schutz vor Benachteiligungen eingeführt. Dabei findet eine erhebliche Ausweitung des Schutzumfangs in personeller und gegenständlicher Hinsicht, vor allem aber im Hinblick auf die damit verbundenen Rechtsfolgen auf Unternehmensseite statt.

Nach dem AGG sollen Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft, wegen des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität verhindert oder beseitigt werden. Das Gesetz schützt nicht nur Arbeitnehmer und Auszubildende, sondern neben arbeitnehmerähnlichen Personen (zum Beispiel: Heimarbeiter) Bewerber, ehemalige Beschäftige, auch freie Mitarbeiter (zum Beispiel: Handelsvertreter, Tankstellenpächter) und sogar GmbH-Geschäftsführer und Vorstände einer AG.

Verboten sind unmittelbare Benachteiligungen (einschließlich – sexueller – Belästigungen) und so genannte **mittelbare Benachteiligungen:** Mittelbar ist eine Benachteiligung dann, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren einen bestimmten, nach dem Gesetz geschützten Personenkreis gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können. Klassisches Beispiel ist die Vereinbarung vergleichsweise schlechterer Arbeitsbedingungen für Teilzeitbeschäftigte. Da zirka 90 Prozent der Teilzeitbeschäftigten in Deutschland Frauen sind, werden Frauen durch solche Abreden gegenüber Vollzeitbeschäftigten – mittelbar – benachteiligt.

Ein Blick auf die gesetzliche Systematik macht deutlich, wie sehr dem Gesetzgeber an einer spürbaren Verbesserung des Schutzes vor Benachteiligung gelegen ist. Wird zu-

Dr. Astrid Gulba, Partnerin bei Moldzio & Partner – Institut für Personalauswahl, Tremsbüttel
gulba@moldzio.com

Dr. Andreas Walle, Partner und Fachanwalt für Arbeitsrecht in der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek, Hamburg
a.walle@heuking.de

Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 5. Februar 2004 [1]

Eine Rechtsanwaltssozietät suchte unter Mithilfe der Bundesagentur für Arbeit über eine Stellenausschreibung eigenen juristischen Nachwuchs. Nach dem Wortlaut der Annonce suchte man eine „Volljuristin". Es bewarb sich unter anderem ein männlicher Volljurist. Im Absageschreiben teilte die Sozietät diesem Bewerber das negative Ergebnis mit, wobei im Betreff des Schreibens – versehentlich – „Ihre Bewerbung als Volljuristin" formuliert war. Der Bewerber nahm die Formulierung der Stellenausschreibung und des Ablehnungsschreibens zum Anlass, Klage auf die Zahlung von drei Bruttomonatsgehältern gegen die Sozietät zu erheben. Es bestehe – so seine Argumentation – die Vermutung, dass die Sozietät nur weibliche Juristen gesucht habe.

Das BAG gab der Klage statt. Die geschlechtsspezifische Stellenausschreibung, wiederholt in der Formulierung des Absageschreibens, sei ein Indiz für eine Benachteiligung des Klägers als männlicher Bewerber. Die Sozietät behauptete zwar und konnte auch belegen, dass die letztlich eingestellte weibliche Bewerberin besser qualifiziert war und dass das Geschlecht des Klägers bei der Auswahlentscheidung keine entscheidende Rolle gespielt habe. Hierzu machte das BAG allerdings deutlich, dass die Benachteiligung im Rahmen der Auswahlentscheidung eines Arbeitgebers nicht für die Auswahl entscheidend gewesen sein muss. Einstellungsentscheidungen beruhen immer auf einer Mehrzahl von Motiven. Bei einem solchen „Motivbündel" habe die Anwaltssozietät nicht zur Überzeugung des Gerichts beweisen können, dass das Geschlecht des abgewiesenen Bewerbers überhaupt nicht als Kriterium herangezogen wurde. Hierfür nahm das Gericht wiederum Bezug auf die vom Arbeitgeber durch die Formulierung der Stellenanzeige und des Ablehnungsschreibens gesetzten Indizien. Auch der Umstand, dass die Anzeige nicht von der Sozietät, sondern von der Bundesagentur für Arbeit gestaltet und veröffentlich wurde, half nicht. Das Fehlverhalten der Bundesagentur musste sich die Sozietät zurechnen lassen.

nächst der Begriff der Benachteiligung sorgfältig definiert, benennt das Gesetz anschließend so genannte Rechtfertigungsgründe, mit denen Arbeitgeber eine Ungleichbehandlung legitimieren können. Schon dies zeigt, **wer im Konfliktfall die Last der Erklärung und gegebenenfalls des Beweises trägt.** Liegt eine Benachteiligung objektiv vor, muss der Arbeitgeber darlegen und beweisen, dass eine solche Benachteiligung im Einzelfall „zulässig", also sachlich gerechtfertigt war:

- Ist es beispielsweise sachlich gerechtfertigt, wenn ein Arbeitgeber im Einstellungsverfahren nach dem Vorliegen einer Schwerbehinderung fragt und es ihm dabei um die Erfüllung der gesetzlich vorgeschriebenen Beschäftigungsquote und somit um die Vermeidung von Ausgleichszahlungen geht? Bisher gehörte diese Frage zum Standardinhalt von Einstellungsfragebögen. – Dies wird sich ändern. Sofern die Art der Tätigkeit nicht das Fehlen einer Behinderung voraussetzt, wird die Frage nach dem AGG unzulässig sein und damit zum Anwendungsfall einer verbotenen Diskriminierung werden.
- Ist es sachlich gerechtfertigt, wenn ein Unternehmen die Höhe von Gehaltszahlungen, zum Beispiel Sondervergütungen, freiwillige Leistungen oder sonstige Incentives, vom Erreichen eines bestimmten Lebensalters abhängig macht? Auch dies wird nach dem neuen Recht zu verneinen sein. Eine solche Differenzierung benachteiligt unmittelbar jüngere gegenüber älteren Arbeitnehmern und wird künftig sanktioniert werden können.

Schon diese zwei Beispiele zeigen, dass eine uneingeschränkte Überprüfung auch von bislang selbstverständlichen Abläufen erfolgen muss.

Gravierende Rechtsfolgen

Das AGG sieht im Diskriminierungsfall eine Vielzahl von Rechtsfolgen vor, die teilweise alternativ, teilweise auch nebeneinander Anwendung finden. Sie reichen von

- der **Unwirksamkeit** benachteiligender Rechtsgeschäfte (beispielsweise wäre ein Arbeitsvertrag, der für einen Ausländer schlechtere Arbeitsbedingungen als für einen vergleichbaren deutschen Arbeitnehmer vorsieht, unwirksam)
- über ein **Beschwerde- und Leistungsverweigerungsrecht** des betroffenen Mitarbeiters bis hin zu
- **Entschädigungs- und Schadenersatzansprüchen benachteiligter Mitarbeiter.**

Ist ein Großteil der vorgesehenen Rechtsfolgen im deutschen Rechtssystem bekannt und gebräuchlich, so lohnt sich ein vertiefter Blick auf den im AGG geregelten Entschädigungsanspruch. Er entsteht **verschuldensunabhängig**, also unabhängig davon, ob die Benachteiligung vom Arbeitgeber vorwerfbar verursacht worden ist. Dieser Anspruch soll immaterielle Schäden des Arbeitnehmers/Bewerbers ausgleichen. Da grundsätzlich keine Höchstgrenzen bestehen, stellt sich spätestens hier die Frage, ob deutsche Unternehmen künftig US-amerikanische Verhältnisse zu befürchten haben? Dafür spricht, dass die Entschädigungshöhe maßgeblich von der Art und Schwere des Verstoßes und der Erzielung eines individuellen Abschreckungseffekts für den Arbeitgeber abhängen soll. Damit erhält die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers Bedeutung für die festzusetzende Entschädigungshöhe.

Höchstbetragsgrenzen gibt es nur in der Bewerbungssituation. Bewerber, die bei der Einstellung diskriminierungsrelevant benachteiligt werden, aber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht zum Zuge gekommen wären (so genannte „nichtbestqualifizierte" Bewerber), können maximal drei Monatsgehälter als Entschädigung beanspruchen. Gab es diesen Entschädigungsanspruch bislang in Deutschland – ebenfalls auf der Grundlage entsprechender EU-Richtlinien – nur im Bereich der geschlechtsbezogenen Benachteiligung (s. § 611a BGB) sowie im Schwerbehindertenrecht (s. § 81 SGB IX), kommt es nunmehr zu einer Gefährdungshaftung des Arbeitgebers in allen neuerdings geschützten Bereichen.

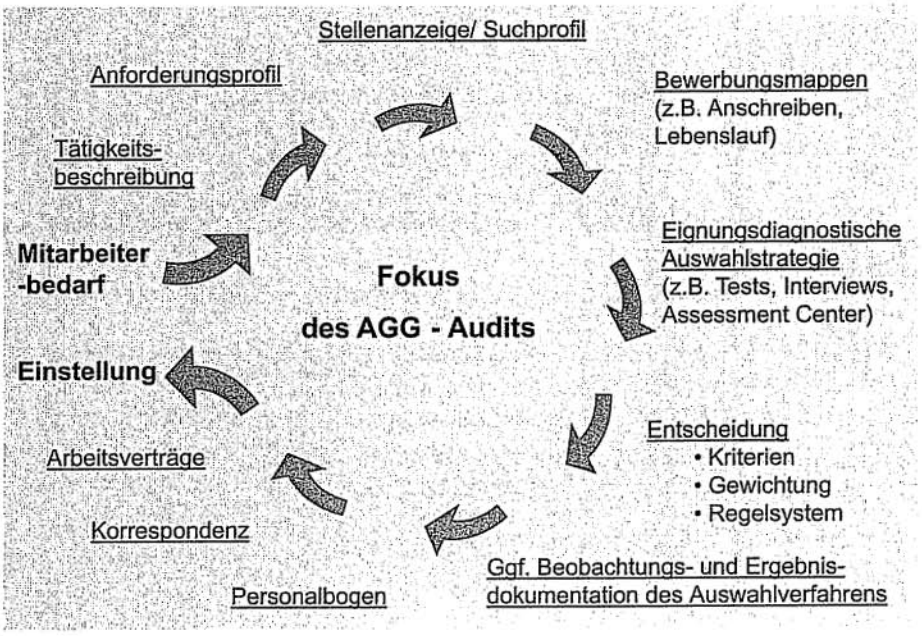

Abb. 1: AGG-Audit

Das daraus resultierende **Haftungsrisiko für Arbeitgeber** beweist ein Blick auf die im AGG geregelte Beweislast. Kann der Beschäftigte Indizien „glaubhaft machen", die eine Benachteiligung vermuten lassen, muss der Arbeitgeber anschließend beweisen, dass andere, sachliche Gründe für die unterschiedliche Behandlung bestehen. Wie schwierig, ja oft unmöglich dieser Beweis des Gegenteils für den Arbeitgeber sein wird, zeigt ein Blick auf die höchstrichterliche Rechtsprechung zur geschlechtsbezogenen Benachteiligung (s. Kasten auf S. 46).

Diese Rechtsprechung des BAG im Rahmen der geschlechtsbezogenen Benachteiligung ist ohne weiteres auf den Anwendungsbereich des AGG übertragbar. Es zeigt sich, dass ein Arbeitgeber, der im Auswahlverfahren das Indiz einer Benachteiligung gesetzt hat, Entschädigungsansprüche nur mit erheblichen Schwierigkeiten, oftmals überhaupt nicht mehr abwehren kann.

Unterstützung können geschützte Personengruppen künftig auch von so genannten „Antidiskriminierungsverbänden" erhalten. Diese können benachteiligte Bewerber oder Beschäftigte nicht nur rechtlich beraten, sondern auch gerichtlich vertreten.

Lösungen

Die gestiegenen Haftungsrisiken führen zum **Handlungsbedarf auf Arbeitgeberseite.** Nach unseren Erfahrungen stellen sich bislang hauptsächlich international agierende Unternehmen auch in Deutschland präventiv auf die neue Rechtslage ein. Sie sind sich der Haftungsrisiken im betrieblichen Alltag konkret bewusst, da sie über ihre ausländischen Beteiligungsgesellschaften Erfahrungen insbesondere mit Entschädigungsklagen sammeln konnten.

Was als Minimum zu tun ist, ist im AGG bereits beschrieben: Der Arbeitgeber soll in geeigneter Weise, insbesondere im Rahmen der beruflichen Aus- und Fortbildung, auf die Unzulässigkeit von Benachteiligungen hinweisen und darauf hinwirken, dass solche unterbleiben. Dies bedeutet, **dass die Beschäftigung mit dem AGG künftig fester Bestandteil der Ausbildungspläne in deutschen Unternehmen werden wird.** Um die Beweislage aus Arbeitgebersicht zu verbessern, empfiehlt es sich, zumindest **die Führungsmitarbeiter in einem Unternehmen und Angestellte in den Personalabteilungen im Hinblick auf das AGG zu schulen.** Solche Maßnahmen sollten individuell dokumentiert werden, um in späteren gerichtlichen Verfahren entsprechende Nachweise erbringen zu können.

- Unternehmen können in einem ersten Schritt prüfen, ob und inwieweit bestehende **Versicherungen** auch potenzielle Entschädigungsansprüche umfassen. Die Versicherungsbranche hat ihrerseits nach US-amerikanischem Vorbild mit den „Employment Practices Liability Insurances" (EPLI) spezielle Policen für den deutschen Markt entwickelt, die Entschädigungs- oder Schadenersatzzahlungen durch das AGG abdecken sollen. Es ist davon auszugehen, dass die individuelle Ausrichtung eines Unternehmens auf die neuen rechtlichen Maßstäbe Einfluss auf die Prämienhöhe einerseits und auf die Geltung von Ausschlusstatbeständen andererseits haben wird.
- Auch gibt es offene **Seminare,** in denen die Teilnehmer allgemeine Informationen zum Gesetz und den daraus resultierenden arbeitsrechtlichen Konsequenzen erhalten. Maßgeschneiderte Empfehlungen werden dort nicht gegeben. Es bleibt Aufgabe der Unternehmen, potenzielle Schwachstellen selbst zu erkennen und individuell abzustellen.

Gerade **diese betriebliche Umsetzung im Tagesgeschäft wird indes entscheidend sein.** Um Haftungsrisiken auszuschließen, sollten sämtliche Prozesse der Personalauswahl sowie Beförderungspraxis strategisch und praktisch optimiert werden. Hier bietet sich ein **Audit** an. Dabei werden typischerweise verschiedene Analyse- und Beratungsmethoden genutzt, die für einzelne Unternehmen von externen Beratern konzipiert und zusammengestellt werden. Ein Audit zum AGG, in dem eine unternehmensspezifische Ist-Soll-Analyse der maßgeblichen Prozesse und Dokumente durchgeführt wird, ist besonders gut geeignet, um in einem angemessenen Zeitrahmen Schwachstellen zu identifizieren und maßgeschneiderte Handlungsempfehlungen abzuleiten. Welche Prozesse und Dokumente hierbei maßgeblich sind, zeigt Abbildung 1.

Entsprechend gilt es, im Rahmen der Personalentwicklung und der internen Beförderungspraxis darauf zu achten, **dass eine Benachteiligungsfreiheit auf allen Mitarbeiterebenen gewährleistet ist** und zum

Beispiel eine systematische, für alle zugängliche Potenzialerkennung durchgeführt wird. Unabhängig von einzelnen Personalbewegungen werden gegebenenfalls auch arbeitsvertragliche Einheitsregelungen und Gesamtzusagen sowie die Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge im Rahmen eines Audits betrachtet.

Ablauf eines AGG-Audits

In dem von den Verfassern angebotenen Audit übersendet das Unternehmen zunächst die – soweit vorhanden – maßgeblichen Dokumente (s. Abb. 1). Im Rahmen einer unternehmensspezifischen Informationsveranstaltung für Vorstand, Geschäftsführung, Personalleiter und Mitarbeiter der Personalabteilung werden die praktischen Auswirkungen der gesetzlichen Neuregelung auf die Personalarbeit praxisnah aufgezeigt und Vermeidungsstrategien entwickelt. Dabei werden etwa die Stellenanzeigen des Unternehmens als konkrete Fallbeispiele genutzt. Vor Ort analysieren die Berater weitere unternehmensspezifische Rahmendaten und Prozesse, um einen Ist-Soll-Vergleich zu ermöglichen. Durch Interviewerhebungen mit den an der Personalauswahl beteiligten Personen und systematische Protokollierung der Beobachtungen vor Ort wird die Vorgehensweise bei der Einstellung neuer Mitarbeiter ermittelt sowie die Art der Dokumentation in Augenschein genommen.

Am Ende eines Tages haben die Verfasser sämtliche Informationen und Dokumente zusammengetragen, die für einen Ist-Soll-Vergleich zwischen Anforderungen des AGG und Unternehmenspraxis relevant sind. Es folgt die gründliche Analyse der Informationen sowohl in juristischer als auch psychologisch-eignungsdiagnostischer Hinsicht. Daraus werden auf das jeweilige Unternehmen bezogene Handlungsempfehlungen abgeleitet. Abschließend erhält das Unternehmen eine umfassende schriftliche Dokumentation der Audit-Ergebnisse. Dem Unternehmen wird es dadurch ermöglicht, gegebenenfalls notwendige Änderungen fundiert zu planen, zielgenau umzusetzen und sich bestmöglich vor finanziellen Risiken auf der Grundlage des AGG zu schützen (s. Kasten).

Sehbehinderter verklagt Großkonzern

Für einen deutschlandweit tätigen Konzern führte Moldzio & Partner das Bewerbermanagement durch. Unter den Bewerbern fand sich auch ein Sehbehinderter, der aus dem weiteren Auswahlverfahren ausgeschlossen worden war. Der Konzern teilte dies dem Bewerber in einem standardisierten Absageschreiben mit, der Sehbehinderte fühlte sich diskriminiert. Seine Klage vor dem Arbeitsgericht wurde jedoch abgelehnt, da erfolgreich nachgewiesen werden konnte, dass die Ablehnung aufgrund der formalen Qualifikation erfolgt war. Die externen Berater hatten im Vorfeld klare Entscheidungskriterien formuliert, unter anderem sollten die Teilnehmer an dem Assessment Center mindestens über ein (Fach-) Hochschulstudium verfügen. Der sehbehinderte Bewerber verfügte jedoch lediglich über einen Studienabschluss an einer Berufsakademie (BA).

Ausblick

Die fachliche Qualität der beruflichen Eignungsdiagnostik kann mit Hilfe der DIN 33430 beurteilt werden. Eine rechtliche Verbindlichkeit entsteht, wenn zwischen Kunde und Berater ein DIN-gerechtes Vorgehen vertraglich vereinbart wird. Das AGG wird in jedem Fall die praktische Personalarbeit in Unternehmen verändern, zu gravierend sind die Konsequenzen bei Nichtbeachtung. Wenn dies dann dazu führt, dass

- die eignungsdiagnostischen Abläufe optimiert werden,
- wissenschaftlich fundierte Methoden häufiger zielgerecht eingesetzt und
- Entscheidungsregeln nicht nur im Vorfeld formuliert, sondern auch transparent und nachvollziehbar angewendet sowie den Bewerbern mitgeteilt werden,

dann leisten die neuen rechtlichen Vorgaben einen positiven Beitrag zur Qualitätssteigerung in der praktischen Personalarbeit. Dies wird maßgeblich davon beeinflusst, inwiefern es Wirtschaftspsychologen gelingt, den praktischen und monetär nachweisbaren Nutzen professioneller Eignungsdiagnostik aufzuzeigen und im Unternehmen umzusetzen. Dadurch wird zum einen die Qualität von Personalentscheidungen erhöht, zum anderen auch neuerliche Haftungsrisiken vermindert.

Da viele Unternehmen ohnehin benachteiligungsfrei handeln, ist es unser Anliegen, die unternehmerische Personalpolitik abzusichern sowie die Handlungs- und Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen zu erhalten. Unternehmen sollen sich auf ihr Kerngeschäft konzentrieren können. Eine sichere, professionelle und praktikable Personalarbeit leistet hier einen wichtigen Beitrag.

---

[1] *BAG:* Az. 8 AZR 112/03, NJW 2004, 2112 ff.

[2] Dem Beitrag liegt die vom Bundestag am 29.6.2006 beschlossene und vom Bundesrat am 7.7.2006 gebilligte Fassung des Gesetzentwurfs zugrunde: www.bmj.bund.de/media/archive/1213.pdf. Das ursprünglich zum 1.8.2006 vorgesehene Inkrafttreten verzögert sich durch aktuelle Prüfungen des Bundespräsidenten.