

Gleichbehandlung

- I. Vorbemerkung
- II. Rechtsgrundlagen (bisher)
 1. Öffentlich-rechtliche Schutzvorschriften
 2. Allgemeiner arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz
 - a) Rechtsgrundlage und Inhalt
 - b) Benachteiligungsverbot
 - c) Geltungsbereich
 - d) Vorrang individueller Vereinbarungen
 3. Gesetzliche Spezialregelungen
 - a) §§ 611 a ff. BGB
 - b) § 4 TzBfG
 - c) § 81 SGB IX
 4. EG-Recht
- III. Neu: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
 1. Ziel des Gesetzes
 2. Persönlicher und sachlicher Geltungsbereich
 3. Belästigungen
 4. Pflichten des Arbeitgebers
 5. Rechte der Mitarbeiter
 6. Beweislast
 7. Prozessuale Rechte von Betriebsräten und Gewerkschaften
- IV. Betriebliche Gleichbehandlungsfälle allgemein (außer Gleichbehandlung Mann-Frau)
 1. Einstellung
 2. Arbeitsvergütung
 3. Betriebliche Altersversorgung
 4. Sonstige Arbeitsbedingungen
 5. Kündigung
 6. Kündigungsabfindungen
- V. Gleichbehandlung Mann-Frau im Betrieb
 1. Einstellung, unbefristete Übernahme und Entlassung
 2. Beförderung, Bewährungsaufstieg
 3. Arbeitsvergütung
 4. Betriebliche Altersversorgung
 5. Sonstige Arbeitsbedingungen

I. Vorbemerkung

Wenn sich in der Personal- und der Arbeitsrechtspraxis Fragen der Gleichbehandlung oder der (erlaubten oder unerlaubten) Differenzierung („Diskriminierung“) stellen, ging es bisher und geht es auch zur Zeit noch überwiegend um diese Vergleichsgruppen:

- Arbeiter und Angestellte,
- Frauen und Männer,
- Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigte.

Aufgrund der – maßgeblich durch EG-Recht beeinflussten – Entwicklung der letzten Jahre (kritisch dazu *Adomeit*, NJW 2002, 1622) kann es

darüber hinaus u. a. auch um folgende Gruppen gehen:

- Befristet und unbefristet eingestellte Mitarbeiter,
- ältere und jüngere Mitarbeiter,
- (schwer-)behinderte und nicht-behinderte Menschen,
- Menschen mit unterschiedlicher sexueller Orientierung.

II. Rechtsgrundlagen (bisher)

1. Öffentlich-rechtliche Schutzvorschriften

Art. 3 I GG enthält den **allgemeinen Gleichheitssatz**. Diesem entsprechend, hat das BAG (NZA 2005, 57) § 29 BAT dahin gehend ergänzend ausgelegt, dass der familienstandsbezogene Ortszuschlag auch in Eingetragener Lebenspartnerschaft lebenden Menschen zustehe. Nach Art. 3 II GG sind Männer und Frauen gleichberechtigt. Art. 3 III GG enthält weitere Benachteiligungsverbote, u. a. zu Gunsten behinderter Menschen.

Die **Tarifvertragsparteien** sind als Vereinigungen privaten Rechts nicht unmittelbar grundrechtsgebunden. Gleichwohl müssen sie auf Grund der **Schutzpflichtfunktion** der Grundrechte bei ihrer tariflichen Normsetzung den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG sowie die Diskriminierungsverbote des Art. 3 II und III GG beachten. Das gilt auch bei der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs eines Tarifvertrags zur Regelung allgemeiner Arbeitsbedingungen (BAG NZA 2004, 1399, insbesondere zum Ausschluss einer bestimmten Arbeitnehmergruppe aus dem persönlichen Geltungsbereich eines Tarifvertrages; s. auch BAG NZA 2004, 215 zur befristeten Verschlechterung von Arbeitsbedingungen einer Mitarbeitergruppe und BAG NZA 2003, 1037 zur bevorzugten Berücksichtigung von Frauen bei Besetzung öffentlicher Ämter.

Zur Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern wurde das 2. GleichBG (vom 24. 6. 1994, BGBl I, 1406) erlassen. Dieses enthielt in Art. 10 das BeschSchG. Dieses ist mit Inkrafttreten des AGG außer Kraft gesetzt worden. Inhaltlich wird es jetzt vom AGG abgedeckt (dazu unten III).

2. Allgemeiner arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

a) Rechtsgrundlage und Inhalt

Der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz wird überwiegend aus der *Fürsorgepflicht* des Arbeitgebers abgeleitet. Er gehört zu den tragenden Ordnungsprinzipien des Arbeitsrechts. Er verpflichtet zwar den

Arbeitgeber zur gleichmäßigen Behandlung aller Arbeitnehmer im Betrieb, besagt aber inhaltlich nicht, dass jeder Arbeitnehmer Anspruch darauf hat, ebenso gestellt zu werden wie bestimmte einzelne, vom Arbeitgeber herausgestellte Mitarbeiter; er verbietet jedoch, dass Mitarbeiter aus **Willkür** oder **sachfremden Gründen** ungünstiger behandelt werden als andere in vergleichbarer Lage. Sein Inhalt geht also in Richtung eines **Benachteiligungsverbots** und (jedenfalls primär) nicht in Richtung eines Gleichbehandlungsgebots. Der Grundsatz kann sich **immer nur zu Gunsten eines (oder mehrerer) Arbeitnehmer** auswirken. Er dient allein zur Begründung von Rechten, nicht zu deren Einschränkung (BAG NZA 2003, 147).

b) Benachteiligungsverbot

Der Gleichbehandlungsgrundsatz verwehrt es dem Arbeitgeber, in seinem Betrieb einzelne oder Gruppen von Arbeitnehmern ohne sachlichen Grund von allgemein begünstigenden Regelungen des Arbeitsverhältnisses auszunehmen und schlechter zu stellen (BAG DB 1996, 834). Der Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet jedoch nicht die Bevorzugung einzelner (oder mehrerer) Arbeitnehmer. Bildet der Arbeitgeber Gruppen von begünstigten und benachteiligten Arbeitnehmern, muss diese **Gruppenbildung** sachlichen Kriterien entsprechen (BAG DB 1995, 1868 = NZA 1996, 84).

c) Geltungsbereich

Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist **grundsätzlich betriebsbezogen**. Die Arbeitnehmer verschiedener Betriebe desselben Unternehmens können sich daher nicht auf die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes berufen. Andererseits haben der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz und der besondere des § 2 I BeschFG (heute § 4 TzBfG) überbetriebliche Geltung, wenn der Arbeitgeber eine **überbetriebliche Regel** aufstellt und anwendet (BAG NZA 1994, 993 = DB 1994, 2550). Vgl. auch BAG BB 1995, 2170 = NZA 1995, 1065.

Die Begründung und Ausprägung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes durch den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 I GG) spricht nach Auffassung des **1. Senats des BAG** dafür, den Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht auf den Betrieb zu beschränken, sondern **betriebsübergreifend** auf das ganze Unternehmen zu erstrecken (BAG NZA 1999, 606).

d) Vorrang individueller Vereinbarungen

Der Grundsatz der **Vertragsfreiheit** hat im Bereich der Vergütung Vorrang vor dem Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn es sich um individuell vereinbarte Löhne und Gehälter ohne kol-

lektiven Charakter handelt. Das wirkt sich auch **kündigungsrechtlich** aus:

Der Arbeitgeber, der mit einzelnen Arbeitnehmern einzelvertraglich eine höhere Vergütung vereinbart hat als sie dem betrieblichen Niveau entspricht, ist es verwehrt, unter Berufung auf den Gleichbehandlungsgrundsatz diese Vergütung dem Lohn der übrigen Arbeitnehmer anzupassen, mit denen er eine solche höhere Lohnvereinbarung nicht getroffen hat (BAG NZA 1999, 1336; bestätigt durch BAG NZA 2003, 147). Zur **Abgrenzung** einer individuellen Gehaltsvereinbarung von einer Gruppenbildung s. BAG BB 1992, 2431 = NZA 1993, 171). S. auch unten IV.2.

3. Gesetzliche Spezialregelungen

a) §§ 611 a ff. BGB

Der Arbeitgeber durfte nach § 611 a I BGB einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme, insbesondere bei der **Begründung des Arbeitsverhältnisses**, beim **beruflichen Aufstieg**, bei einer **Weisung** oder bei einer **Kündigung**, nicht wegen seines **Geschlechts** benachteiligen. Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts war jedoch zulässig, soweit eine Vereinbarung oder eine Maßnahme die Art der vom Arbeitnehmer ausübenden Tätigkeit zum Gegenstand hat und ein bestimmtes Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für diese Tätigkeit ist. Wenn im Streitfall der Arbeitnehmer Tatsachen glaubhaft machte, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen, trug der Arbeitgeber die **Beweislast** dafür, dass nicht auf das Geschlecht bezogene sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen oder das Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die ausübende Tätigkeit ist.

Verstieß der Arbeitgeber gegen das so genannte Benachteiligungsverbot, so konnte nach § 611 a II BGB der hierdurch benachteiligte Bewerber eine **angemessene Entschädigung in Geld** verlangen; ein Anspruch auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses bestand nicht. Wäre der Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden, so hatte der Arbeitgeber nach § 611 a III BGB eine angemessene Entschädigung in Höhe von höchstens drei Monatsverdiensten zu leisten. Als Monatsverdienst gilt, was dem Bewerber bei regelmäßiger Arbeitszeit in dem Monat, in dem das Arbeitsverhältnis hätte begründet werden sollen, an Geld- und Sachbezügen zugestanden hätte. Voraussetzung für den Anspruch ist die **Ernsthaftigkeit der Bewerbung** und die **objektive Eignung des Bewerbers** für die ausgeschriebene Stelle (BAG NZA 1999, 371; LAG Berlin, 30. 3. 2006, 10 Sa 2395/05). Bedient

sich der Arbeitgeber zur Stellenausschreibung eines Dritten, zum Beispiel eines Stellenvermittlers wie der Bundesanstalt (Bundesagentur) für Arbeit, und verletzt ein so eingeschalteter Dritter die Pflicht zur geschlechtsneutralen Stellenausschreibung, so ist diese Handlung dem Arbeitgeber zuzurechnen. Den Arbeitgeber trifft im Fall der Fremdausschreibung die Sorgfaltspflicht, die Ordnungsmäßigkeit der Ausschreibung zu überwachen (BAG NZA 2004, 540).

Nach § 611b BGB durfte der Arbeitgeber einen Arbeitsplatz weder öffentlich noch innerhalb des Betriebs nur für Männer oder nur für Frauen ausschreiben, es sei denn, dass ein Fall des § 611a I 2 BGB vorliegt.

Nach § 612 III BGB durfte bei einem Arbeitsverhältnis für gleiche oder für gleichwertige Arbeit nicht wegen des Geschlechts des Arbeitnehmers eine geringere Vergütung vereinbart werden als bei einem Arbeitnehmer des anderen Geschlechts. Die Vereinbarung einer geringeren Vergütung würde nicht dadurch gerechtfertigt, dass wegen des Geschlechts des Arbeitnehmers besondere Schutzvorschriften galten. § 611a I 3 BGB war entsprechend anzuwenden. Nach Art. 3 XIV des Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung sind die vorgenannten Vorschriften aufgehoben worden. Die Regelungen im AGG (dazu unten III) entsprechen insoweit im Wesentlichen der bisherigen Rechtslage. Rechtsprechung ist nach wie vor aktuell.

b) § 4 TzBfG

§ 4 I TzBfG enthält ein Diskriminierungsverbot zugunsten von Teilzeitbeschäftigten (dazu *Teilzeitarbeit* III 3 ff.), § 4 II TzBfG ein Diskriminierungsverbot zugunsten befristeter Beschäftigter (dazu *Befristeter Arbeitsvertrag* VIII). Als Beispiele aus der Rechtsprechung s. BAG NZA 2004, 551: Ausschluss teilzeitbeschäftigten Reinigungspersonals aus dem Geltungsbereich eines Tarifvertrags, und BAG AP Nr. 157 zu § 611 BGB: Lehrer, Dozenten: Ausschluss der Lehrkräfte in Altersteilzeit von altersabhängiger Pflichtstundenermäßigung. Der Regelungsbereich wird vom AGG nicht unmittelbar erfasst. Die Ungleichbehandlung von Teilzeitkräften kann eine mittelbare Diskriminierung von Frauen darstellen.

c) § 81 II SGB IX

Die Vorschrift enthielt ein umfangreiches Benachteiligungsverbot zugunsten schwerbehinderter Beschäftigter (dazu *Schwerbehindertenrecht* V.5). Als Rechtsprechungsbeispiel s. hierzu BAG NZA 2005 S. 870. Anstelle von § 81 II 2 SGB IX gelten nunmehr die Regelungen des AGG.

4. EG-Recht

Aus der Flut der Richtlinien sind aus Aktualitätsgesichtspunkten und als Grundlage des AGG primär die folgenden zu nennen:

– Antirassismus-Richtlinie 2000/43 EG vom 29. 6. 2000

Sie betrifft die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft.

– Rahmenrichtlinie 2000/78 EG vom 27. 11. 2000 (zuvor: 76/207 EG)

Gegenstand war zunächst nur die 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. Nach Art. 12 RL 2000/78 EG soll jede unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung in den von der Richtlinie abgedeckten Bereichen gemeinschaftsweit untersagt werden. Dieses Diskriminierungsverbot soll auch für Staatsangehörige dritter Länder gelten.

– Revidierte Gleichbehandlungs-Richtlinie

2002/73 vom 23. 9. 2002

Geschütztes Merkmal ist das Geschlecht. Anwendungsbereiche sind Beschäftigung und Beruf.

III. Neu: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

Das in Art. 1 des Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung enthaltene Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vom 14. 8. 2006 (BGBl. I S. 1897) regelt z.T. Gegenstände, die zuvor bereits an anderer Stelle geregelt waren (oben II.3) oder von der Rechtsprechung zum allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz abgehandelt wurden, betritt daneben aber auch in wesentlichen Punkten Neuland.

1. Ziel des Gesetzes

Nach § 1 ist es Ziel des Gesetzes, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.

Geschlecht und (Schwer-)Behinderung waren bisher schon arbeitsrechtlich geschützte Merkmale. Nach Art. 3 III GG darf niemand wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder

politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Die sexuelle Identität ist im LPartG angesprochen, das bereits die Arbeitsgerichtsbarkeit beschäftigt hat (BAG NZA 2005, 57 und BAG, 26. 10. 2006, 6 AZR 307/06). Jedenfalls das Alter als geschütztes Merkmal ist dem deutschen Recht bisher fremd gewesen.

Nicht berührt vom AGG sind folgende Mitarbeitergruppen als solche:

- Angestellte /Arbeiter,
- Außen- und Innendienstmitarbeiter,
- befristet/unbefristet eingestellte Mitarbeiter,
- Teilzeit-/Vollzeitkräfte.

2. Persönlicher und sachlicher Geltungsbereich

Nach § 7 I dürfen Beschäftigte 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. Nach § 6 I sind Beschäftigte i. S. des Gesetzes

- *Arbeitnehmer* und Arbeitnehmerinnen (einschl. Leiharbeitnehmer);
- die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten;
- 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.

Unzulässig sind nach dem Gesetz

- unmittelbare Benachteiligungen (§ 3 I) und
 - mittelbare Benachteiligungen (§ 3 III),
- und zwar nach § 2 in Bezug auf:
1. die Bedingungen – einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen – für den Zugang zu unselbstständiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit, unabhängig von Tätigkeitsfeld und beruflicher Position, sowie für den beruflichen Aufstieg;
 2. die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich Arbeitsentgelt und Entlassungsbedingungen, insbesondere in individual- und kollektivrechtlichen Vereinbarungen und Maßnahmen bei der Durchführung und Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses sowie beim beruflichen Aufstieg;
 3. den Zugang zu allen Formen und allen Ebenen der Berufsberatung, der Berufsbildung einschließlich der Berufsausbildung, der beruflichen Weiterbildung und der Umschulung sowie der praktischen Berufserfahrung;

...
Damit ist im Grunde die gesamte Personalarbeit angesprochen. S. dazu etwa *Fragerecht des Arbeitgebers* II.

Nach § 2 Abs. 4 gelten für **Kündigungen** ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz. Diese Vorschrift ist mit höchster Wahrscheinlichkeit **mit dem Gemeinschaftsrecht nicht vereinbar**. Dafür spricht u. a. das aktuelle Urteil des EuGH (NZA 2006, 839) zur Frage, ob eine krankheitsbedingte Kündigung eine Diskriminierung wegen Behinderung darstelle.

– Zulässige unterschiedliche Behandlung

Die Ungleichbehandlung wird zur Benachteiligung, wenn sie nicht gerechtfertigt ist. Rechtfertigungsgründe sind in §§ 8–10 geregelt. Von besonderem Interesse ist § 10 „**Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen des Alters**“. Danach sind unter bestimmten Voraussetzungen u. a. zulässig: Mindest- und Höchstalter bei Einstellungen, *Altersgrenzen*, Berücksichtigung des Alters bei der Sozialauswahl, Vereinbarung von Unkündbarkeit, Differenzierung von Sozialplanleistungen. S. dazu den Vorlagebeschluss des BAG (27. 6. 2006, 3 AZR 352/05) an den EuGH zur Frage, ob eine nach deutschem Recht zulässige Altersabstandsklausel in einer Regelung zur Hinterbliebenenversorgung mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang stehe.

3. Belästigungen

Das Benachteiligungsverbot erstreckt sich auch auf Belästigungen. Dieser Begriff war dem Arbeitsrecht bisher fremd. Nach § 3 III ist eine Belästigung dann eine Benachteiligung, wenn **unerwünschte Verhaltensweisen**, die mit einem in § 1 genannten Grund in Zusammenhang stehen, bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird. Ein einmaliger Vorfall dürfte nicht ausreichen; vgl. die Rechtsprechung zu *Mobbing*.

Die **sexuelle Belästigung** ist in § 3 IV geregelt.

4. Pflichten des Arbeitgebers

Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur **diskriminierungsfreien Stellenausschreibung** (§ 11) entspricht inhaltlich § 611 b BGB, bezieht sich aber selbstverständlich auf alle Merkmale. Sehr bedeutsam ist § 12. Nach Abs. 1 ist der Arbeitgeber verpflichtet, die **erforderlichen Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen** wegen eines in § 1 genannten Grundes zu treffen. Dieser Schutz umfasst auch vorbeugende Maßnahmen. Nach Abs. 2 soll der Arbeitgeber 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. Zu denken ist sowohl an **organisatorische Maßnahmen** als auch an eine Aufklärung über die Problematik im Rahmen von **Schulungen**, Handbüchern oder Intranetveröffentlichungen. Dabei müssen etwaige Beteiligungsrechte des Betriebsrates aus §§ 87, 98 ff. BetrVG gewahrt werden.

Wichtig: Hat der Arbeitgeber seine Beschäftigten in geeigneter Weise zum Zweck der Verhinderung von Benachteiligung geschult, gilt dies als Erfüllung seiner Pflichten nach Absatz 1 (§ 12 II).

Ist ein Mitarbeiter **Opfer einer Benachteiligung** durch andere Mitarbeiter geworden, muss der Arbeitgeber nach § 12 III **geeignete Maßnahmen** ergreifen, z.B. Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung. Auch muss der Arbeitgeber tätig werden, wenn ein Mitarbeiter bei Ausübung seiner Tätigkeit **durch Dritte benachteiligt** wird, § 12 IV. „Dritte“ können in diesem Zusammenhang auch Leiharbeiter oder Beschäftigte von Fremdfirmen sein.

Nach § 12 V sind vom Arbeitgeber das **AGG** und § 61 b des **Arbeitsgerichtsgesetzes** sowie Informationen über die für die Behandlung von Beschwerden nach § 13 **zuständigen Stellen** im Betrieb **bekannt zu machen**. Die Bekanntmachung kann durch Aushang oder Auslegung an geeigneter Stelle oder durch den Einsatz der im Betrieb üblichen Informations- und Kommunikationsmittel (z. B. Intranet) erfolgen.

5. Rechte der Mitarbeiter

Nach § 13 I können sich benachteiligt fühlende Mitarbeiter bei der zuständigen betrieblichen Stelle **beschweren**, sich aber nach § 27 I zugleich auch an die gemäß § 25 I zu errichtende **Antidiskriminierungsstelle des Bundes** wenden. Ob das **Leistungsverweigerungsrecht** nach § 11 große praktische Bedeutung erlangen wird, ist eher zweifelhaft.

Nach § 15 I ist bei einem **Verstoß** gegen das Benachteiligungsverbot der Arbeitgeber verpflichtet, den hierdurch entstandenen **Schaden** zu ersetzen. Dies gilt nicht, wenn der Arbeitgeber die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der Mitarbeiter/Bewerber nach Abs. 2 eine angemessene **Entschädigung in Geld** verlangen. Die Entschädigung darf bei einer Nichteinstellung drei Monatsgehälter nicht übersteigen, wenn der Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. Die Frist zur schriftlichen Geltendmachung des Anspruchs beträgt nach

§ 15 IV **zwei Monate**. Nach § 15 III ist der Arbeitgeber bei der Anwendung kollektivrechtlicher Vereinbarungen nur dann zur Entschädigung verpflichtet, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig handelt.

Zum **Maßregelungsverbot** in diesem Zusammenhang s. § 16.

6. Beweislast

Wenn im Streitfall die eine Partei **Indizien** beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen, trägt nach § 22 die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.

7. Prozessuale Rechte von Betriebsräten und Gewerkschaften

Die heftig umstrittene Vorschrift des § 17 II wurde am Ende des Gesetzgebungsverfahrens schließlich wie folgt gefasst: In Betrieben, in denen die Voraussetzungen des § 1 I 1 BetrVG vorliegen, können bei einem **groben Verstoß** des Arbeitgebers gegen Vorschriften aus diesem Abschnitt der Betriebsrat oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft unter der Voraussetzung des § 23 III 1 BetrVG die dort genannten Rechte gerichtlich geltend machen; § 23 III 2–5 BetrVG gilt entsprechend. Mit dem Antrag dürfen nicht Ansprüche des Benachteiligten geltend gemacht werden. Zu **Antidiskriminierungsverbänden** s. § 23.

IV. Betriebliche Gleichbehandlungsfälle allgemein (außer Gleichbehandlung Mann-Frau)

Die Rechtsgrundsätze zur Gleichbehandlung von Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigten sind behandelt unter *Teilzeitarbeit* III.3 ff.

1. Einstellung

Hier konnten Rechtsstreitigkeiten bisher nur im Zusammenhang mit dem geschlechtsbezogenen und dem zu Gunsten von Schwerbehinderten geltenden Diskriminierungsverbot entstehen. Die weitere Rechtsentwicklung bleibt abzuwarten.

2. Arbeitsvergütung

– Grundsätze

Im Bereich der Vergütungszahlung kommt der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zur Anwendung, wenn es sich um **individuell vereinbarte Löhne** und Gehälter handelt und der Arbeitgeber nur einzelne Arbeitnehmer besser stellt. Ist die **Anzahl der begünstigten Arbeitnehmer** im Verhältnis zur Gesamtzahl der betroffenen Ar-

beitnehmer sehr gering (hier: weniger als 5% der insgesamt betroffenen Arbeitnehmer), kann ein nicht begünstigter Arbeitnehmer aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz keinen Anspruch auf Vergütung herleiten. Dieser Grundsatz betrifft nicht nur freiwillige Leistungen des Arbeitgebers, sondern auch die Vereinbarung der Arbeitsvergütung (BAG, 14. 6. 2006, 5 AZR 584/05). Trotz des Vorrangs der Vertragsfreiheit ist der Gleichbehandlungsgrundsatz im Bereich der Vergütungszahlung nur anwendbar, wenn der Arbeitgeber die Leistung nach einem **allgemeinen Prinzip** gewährt, indem er bestimmte Voraussetzungen oder Zwecke festlegt (BAG NZA 2003, 215). Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz greift nur ein bei einem **gestaltenden Verhalten des Arbeitgebers**. Das schließt einen Anspruch auf „Gleichbehandlung im Irrtum“ aus (BAG NZA 2005, 892).

Entlohnt ein Arbeitgeber Arbeitnehmer mit ähnlicher Tätigkeit unterschiedlich, hat der Arbeitgeber darzulegen, wie groß der begünstigte Personenkreis ist, wie er sich zusammensetzt, wie er abgegrenzt ist und warum der klagende Arbeitnehmer nicht dazugehört. Der Arbeitnehmer hat dann darzulegen, dass er die vom Arbeitgeber vorgegebenen Voraussetzungen der Leistung erfüllt (BAG NZA 2005, 183).

Erhält eine Arbeitnehmergruppe aus Gründen der **Besitzstandswahrung** eine Zulage als nicht abbaubaren, ruhegeltfähigen Entgeltbestandteil und eine andere Gruppe von Arbeitnehmern nicht, kann die Wahrung sozialer Besitzstände als sachlicher Grund die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen (BAG, 2. 8. 2006, 10 AZR 572/05).

– Grundvergütung

Der Grundsatz „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ ist in der deutschen Rechtsprechung keine allgemein gültige Anspruchsgrundlage, sondern bedarf der Umsetzung in **Anspruchsgrundlagen** wie § 612 III BGB (BAG NZA 2000, 1050). Zur Gehaltsdifferenzierung Ostdeutschland/Westdeutschland s. BAG DB 2002, 273.

Es verstößt nicht gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn einer Gruppe von Arbeitnehmern ein höheres Arbeitsentgelt gezahlt wird als anderen Arbeitnehmern, die die gleichen Tarifgruppeneingruppierungsmerkmale erfüllen, weil andernfalls die Arbeitsplätze der begünstigten Gruppe nicht besetzt werden können (BAG DB 1996, 834; vgl. auch BAG NZA 1997, 724).

– Zulagen, Sozialleistungen

Bei – auch freiwillig gewährten – Lohnzulagen ist der Gleichbehandlungsgrundsatz dann anwendbar, wenn es sich nicht um individuell motivierte Zulagen handelt, sondern diese nach

objektiven Kriterien ausgeworfen werden, z. B. Familienstand, Betriebszugehörigkeit, Arbeiterschwernis, Teuerung usw.

Besteht ein **Mangel an Pflegekräften** und zahlt ein Arbeitgeber deshalb in Anlehnung an die tarifliche Regelung über eine Pflegezulage eine übertarifliche Zulage in entsprechender Höhe, um Pflegekräfte zu gewinnen oder im Betrieb zu erhalten (**Arbeitsmarktzulage**), so ist er nicht nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz verpflichtet, neu einzustellenden Pflegekräften diese Zulage zu gewähren, wenn nach seiner sachlich begründeten Prognose ein Mangel an Pflegekräften nicht mehr besteht (BAG NZA 2001, 782).

Eine **Fremdfinanzierung von übertariflichen Vergütungen** kann einen Sachgrund für eine ungleiche Vergütung darstellen, selbst wenn die unterschiedlich vergüteten Arbeitnehmer mit gleichen Aufgaben befasst sind (LAG Niedersachsen LAGE § 242 BGB Gleichbehandlung Nr. 26).

Sachlich gerechtfertigt ist auch eine Regelung, wonach innerhalb einer Stadtverwaltung nur die Beschäftigten ein sog. **Job-Ticket** erhalten, die in der Hauptverwaltung arbeiten, nicht aber diejenigen in Außenstellen, wenn in der Hauptverwaltung 50% der Beschäftigten das Angebot annehmen, in den Außenstellen aber nur 25% (BAG NZA 1999, 474).

– Verrechnung einer Tariflohnerhöhung mit freiwilligen Zulagen

So genannte übertarifliche Lohn- oder Gehaltsbestandteile werden in Arbeitsverträgen häufig mit Widerrufs- und Anrechnungsvorbehalt versehen. Auch hierbei ist der Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten. Der Arbeitgeber darf danach nicht ohne **sachlichen Grund** die Tarifierhöhung auf die übertarifliche Zulage nur bei wenigen Arbeitnehmern anrechnen, während er bei der Mehrzahl hiervon absieht.

– Freiwillige Erhöhung der Grundvergütung

Der arbeitsrechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung gilt für freiwillige Gehaltserhöhungen, soweit der Arbeitgeber dabei nach **abstrakten Regeln** verfährt, verpflichtet den Arbeitgeber aber nicht, solche Regeln aufzustellen; er kann vielmehr individuelle Gesichtspunkte, z. B. die Gehaltsdifferenz zu vergleichbaren Mitarbeitern, berücksichtigen (BAG BB 1995, 409 = NZA 1995, 939).

Erhöht der Arbeitgeber, wenn auch in individuell unterschiedlicher Höhe und zu unterschiedlichen Zeitpunkten, während mehrerer Jahre in ungefähigem Jahresrhythmus die Gehälter der ganz überwiegenden Mehrzahl seiner Arbeitnehmer (hier: 80–90%), so spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass in diesen Erhöhungen – ggf. neben individuell bemessenen Erhöhungs-

betragen – jedenfalls ein **Grundbetrag zum Zwecke des Kaufkraftausgleichs** enthalten ist. Von dessen Gewährung darf ein Arbeitnehmer nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz nur bei Vorliegen sachlicher Gründe ausgeschlossen werden, die mit dieser Zwecksetzung vereinbar sind.

– **Außertarifliche Angestellte**

Ein außertariflicher oder leitender Angestellter kann unter gleichen oder vergleichbaren Voraussetzungen ebenfalls auf Grund des Gleichbehandlungsgrundsatzes eine **Gehaltserhöhung** vom Arbeitgeber verlangen. Der Arbeitgeber kann hierbei aus sozialen Erwägungen **Gruppen** bilden, doch ist es auch bei leitenden Angestellten unzulässig, die Höherverdienenden ohne sachgemäße Erwägungen von der Gehaltserhöhung ganz auszuschließen.

– **Sonderzahlungen**

Der Arbeitgeber kann mit der Auszahlung von Gratifikationen und ähnlichen Sonderzuwendungen verschiedene **Zwecke** verfolgen. Er kann die Voraussetzungen seiner Leistungen so abgrenzen, dass diese zum gewünschten Erfolg führen. Der **Freiwilligkeitsvorbehalt** bei Sonderzuwendungen schließt die Bindung an den Gleichbehandlungsgrundsatz jedoch nicht aus.

Der Arbeitgeber kann bei der Gewährung einer freiwilligen Leistung im Laufe des Bezugsjahres ausgeschiedene Mitarbeiter auch dann von der Leistung ausnehmen, wenn er diese den im Laufe des Bezugsjahres neu eingetretenen Mitarbeitern anteilig gewährt (BAG NZA 1996, 418).

– **Treueprämie.** Will der Arbeitgeber von der Zahlung einer Treueprämie wegen 10jähriger Betriebszugehörigkeit die Arbeitnehmer ausnehmen, die an einem Stichtag nach dem Bezugszeitraum nicht mehr dem Betrieb angehören, so muss er dies rechtzeitig vorher bekannt geben.

– **Urlaubsgeld.** Gewährt ein Arbeitgeber den Arbeitnehmern Urlaubs- und Weihnachtsgeld, um deren erhöhten saisonalen Bedarf abzudecken, ist es nicht zu rechtfertigen, wenn er eine Gruppe von Arbeitern (hier: gering qualifizierte Obstsortiererinnen) von diesen Sonderzahlungen völlig ausschließt (BAG NZA 1999, 700).

– **Weihnachtsgratifikation.** Zahlt der Arbeitgeber ein Weihnachtsgeld als freiwillige Leistung, rechtfertigt es dessen Zweck, zu den anlässlich des Weihnachtsfestes zusätzlich entstehenden Aufwendungen beizutragen und in der Vergangenheit geleistete Dienste zusätzlich zu honorieren, in der Regel nicht, bezüglich der Höhe des Weihnachtsgeldes zwischen Angestellten und gewerblichen Arbeitnehmern zu differenzieren. Begründet

der Arbeitgeber die Begünstigung der Angestellten mit der Absicht, diese stärker an sich zu binden, hat er, zugeschnitten auf seinen Betrieb, darzulegen, aus welchen Gründen eine stärkere Bindung der Angestellten einem objektiven, wirklichen Bedürfnis entspricht (BAG NZA 2005, 1418). Gelingt ihm dies, so haben die gewerblichen Arbeitnehmer grundsätzlich keinen Anspruch auf die höhere Zuwendung aus dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung (BAG NZA 2003, 724).

Erhält der Arbeitgeber von einem Dritten **arbeitsplatzgebundene Mittel** für die Zahlung einer Weihnachtsgratifikation, so gebietet es der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht, auch den auf anderen Arbeitsplätzen beschäftigten Arbeitnehmern eine entsprechende Gratifikation aus eigenen Mitteln zu gewähren (BAG NZA 2003, 1274).

Krankheitsbedingte Fehlzeiten, für die der Arbeitnehmer Lohn oder Gehalt beanspruchen konnte, dürfen bei der Bemessung einer jährlichen Sonderzahlung **anspruchsmindernd** berücksichtigt werden (vgl. auch die ausdrückliche gesetzliche Regelung in § 4b EFZG). S. zum Thema auch BVerfG NZA 1997, 1339; BAG NZA 1996, 1383 (Kürzung einer Sonderzahlung wegen Fehlzeiten nur bei Arbeitern, nicht bei Angestellten) und BAG DB 2002, 2384.

3. Betriebliche Altersversorgung

Bei der Aufstellung von Richtlinien für die Gewährung von Leistungen der betrieblichen Altersversorgung hat der Arbeitgeber den Grundsatz der Gleichbehandlung zu beachten. Das Gleiche gilt, wenn Arbeitgeber und Betriebsrat eine entsprechende Betriebsvereinbarung abschließen. Die **Zwecke**, die die unterschiedliche Behandlung bei Leistungen der betrieblichen Altersversorgung rechtfertigen sollen, müssen aus der Versorgungsordnung **erkennbar** sein. Ist der Grund der Ungleichbehandlung nicht ohne Weiteres erkennbar, muss der Arbeitgeber ihn spätestens dann offenlegen, wenn ein von der Vergünstigung ausgeschlossener Arbeitnehmer Gleichbehandlung verlangt (BAG NZA 1994, 125). Ein Arbeitgeber kann bei der Gewährung von Leistungen der betrieblichen Altersversorgung insbesondere wegen eines **nachvollziehbar unterschiedlichen Interesses an fort-dauernder Betriebstreue** oder wegen eines typischerweise **unterschiedlichen Versorgungsbedarfs** einzelner Arbeitnehmergruppen differenzieren (Beispiel: LAG Rheinland-Pfalz NZA-RR 2001, 434).

Der Arbeitgeber kann **Einkommensunterschiede** berücksichtigen und ohne Verstoß gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz Arbeitnehmer von der betrieblichen Altersver-

sorgung ausnehmen, die ein erheblich höheres Einkommen als die in das Versorgungswerk einbezogene Gruppe haben. Ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz führt nicht zur Nichtigkeit der gesamten vom Arbeitgeber geschaffenen Ordnung, sondern dazu; dass die einschränkenden Bestimmungen entfallen, die eine Arbeitnehmergruppe ohne sachlichen Grund benachteiligen. Dies gilt jedenfalls für in der Vergangenheit abgeschlossene Sachverhalte, bei denen der Arbeitgeber keine andere Möglichkeit, Gleichbehandlung herzustellen, hat als durch eine „Anpassung“ nach oben (BAG NZA 1998, 1173).

– Arbeiter und Angestellte

Ein allein an den unterschiedlichen Status von Arbeitern und Angestellten anknüpfenden Ungleichbehandlung von Arbeitern und Angestellten in der betrieblichen Altersversorgung verletzt den Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 1 b I 4 BetrAVG) (BAG NZA 2004, 321).

– Außen- und Innendienstangestellte

Der Arbeitgeber darf Außendienstmitarbeiter von Leistungen der betrieblichen Altersversorgung nicht deshalb ausschließen, weil diese ein höheres Entgelt (Fixum und Provision) als Mitarbeiter im Innendienst erhalten (BAG DB 1994, 102 = NZA 1994, 125). Auch die Unterschiede in der Art der Arbeitsleistung können es nicht sachlich rechtfertigen, Außendienstmitarbeiter aus einer ausschließlich arbeitgeberfinanzierten betrieblichen Altersversorgung auszuschließen, die sämtlichen Innendienstmitarbeitern zugute kommt (BAG NZA 1998, 1173). Im Gegenteil darf der Arbeitgeber auch Mitarbeiter im Außendienst durch Zusagen auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung enger an das Unternehmen binden. Für diese **Bevorzugung** gibt es gute Gründe (BAG NZA 1998, 762; zur Berechnung der Altersversorgung bei Außendienstmitarbeitern NZA 1998, 782).

– Führungskräfte

Eine Versorgungsordnung, die ausschließlich für Arbeitnehmer in gehobenen Positionen gilt, verstößt nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. Das gilt auch, wenn der Arbeitgeber die individuellen Versorgungszusagen auf die Angestellten in Leitungsfunktionen beschränkt, die mit **Außenwirkung gegenüber Kunden** bestimmte Vertretungsbefugnisse haben (LAG München BB 1988, 1824). Die Unterscheidung zwischen Mitarbeitern mit leitenden Aufgaben und sonstigen Mitarbeitern ist sachlich gerechtfertigt (BAG NZA 1998, 762).

4. Sonstige Arbeitsbedingungen

Die Rechtsprechung hatte sich hier u. a. mit folgenden Gegenständen zu befassen:

- Dienstreisevergütung: LAG Köln NZA-RR 2002, 220;
- Einsatz an Bildschirmgeräten: BAG NZA 1989, 209;
- Bezahlte Freistellung bei Niederkunft der nichtehelichen Lebensgefährtin: BAG NZA 2002, 47;
- Ausgleich von Überstunden durch bezahlte Freizeit: BAG NZA 1993, 1088;
- Einteilung zu Mehrarbeit: Hessisches LAG NZA-RR 2002, 348; LAG Niedersachsen, 14. 11. 2000, 75 a 55/00;
- Vertragliche Abfindungen: BAG NZA 1995, 675 und NZA 1996, 778.

5. Kündigung

Ob der Gleichbehandlungsgrundsatz bei Kündigungen anwendbar ist, ist umstritten. Jedenfalls wird es in der betrieblichen Praxis immer zweckmäßig sein, bei gleichgelagerten Kündigungssachverhalten **nicht willkürlich** zu verfahren. So dürfte eine Kündigung – ohne Rücksicht auf das Vorliegen eines Kündigungsgrundes – dann unwirksam sein (§§ 134, 138 BGB), wenn von mehreren Arbeitnehmern, die sich das gleiche Fehlverhalten hatten zuschulden kommen lassen, einer gekündigt wird, der andere jedoch nicht (**herausgreifende Kündigung**). Vgl. auch *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 11. Auflage 2005, § 112 Rz. 47, 48).

6. Kündigungsabfindungen

Zahlt ein Arbeitgeber nach der Schließung seines Betriebes **freiwillig** an die Mehrzahl seiner ehemaligen Arbeitnehmer Abfindungen, so sind die Leistungen nach dem vom Arbeitgeber bestimmten **Verteilungsschlüssel** am Gleichbehandlungsgrundsatz zu messen. Sind die rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen der Betriebsschließung für verschiedene Arbeitnehmergruppen gleich oder vergleichbar, so darf der Arbeitgeber nicht willkürlich der einen Gruppe eine Abfindung zahlen, während er die andere Gruppe von der Abfindungszahlung ausnimmt (BAG DB 1994, 1089). Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist in einem solchen Fall nicht verletzt, wenn der Arbeitgeber solche Arbeitnehmer von der Abfindung ausnimmt, die gegen die Kündigung gerichtliche Schritte einleiten. Das **Interesse des Arbeitgebers an Planungssicherheit** und Vermeidung des mit einer gerichtlichen Auseinandersetzung verbundenen Aufwandes an Sach- und Personalkosten ist ein sachlicher Grund zur unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer (BAG NZA 2005, 1117).

Will der Arbeitgeber auch die **älteren Arbeitnehmer**, die sich mit den Leistungen aus dem

bestehenden Sozialplan nicht begnügen wollen, zu einem einvernehmlichen Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis bewegen, so verstößt er nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn er zusätzliche Leistungen nur den Arbeitnehmern verspricht, die sich nicht schon zuvor mit einem Ausscheiden auf der Basis des bestehenden Sozialplans einverstanden erklärt haben (BAG NZA 2002, 148). Es verstößt auch weder gegen § 75 BetrVG noch gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn ein Sozialplan Mitarbeiter, die bei Ausscheiden eine abschlagsfreie Rente beanspruchen können, von Sozialplanleistungen ausschließt. Das Gleiche gilt für eine Regelung, die die Abfindungsansprüche älterer, rentenmehrer Arbeitnehmer auf einen Höchstbetrag begrenzt, wenn diese Arbeitnehmer nach Ablauf der Kündigungsfrist und anschließender Ausschöpfung der Fristen für den Bezug von Arbeitslosengeld Anspruch auf vorgezogenes Altersruhegeld gemäß §§ 36 ff. SGB VI haben (LAG Rheinland-Pfalz MDR 2002, 707). Es verstößt schließlich auch nicht gegen den § 75 I 1 BetrVG zu Grunde liegenden allgemeinen Gleichheitssatz, wenn ein Sozialplan für Arbeitnehmer, die durch Vermittlung des Arbeitgebers einen neuen Arbeitsplatz finden, keine Abfindung vorsieht (BAG NZA 2005, 831. S. zur Bedeutung des § 75 I BetrVG bei Sozialplänen auch BAG DB 2003, 2658).

V. Gleichbehandlung Mann-Frau im Betrieb

Hier ist die Rechtsprechung des EuGH sehr bedeutsam. S. auch *Teilzeitarbeit* III.3 ff.

I. Einstellung, unbefristete Übernahme und Entlassung

Europarechtlich gilt: Art. 2 I und IV Richtlinie 76/207/EWG und Art. 141 IV EG stehen einer nationalen Regelung nicht entgegen, nach der ein Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts um eine Stelle im Staatsdienst, der hinreichende Qualifikationen für diese Stelle besitzt, vor einem Bewerber des anderen Geschlechts, der sonst ausgewählt worden wäre, auszuwählen ist, sofern dies erforderlich ist, damit ein Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts ausgewählt wird, und sofern der Unterschied zwischen den Qualifikationen der Bewerber nicht so groß ist, dass sich daraus ein Verstoß gegen das Erfordernis der Sachgerechtigkeit bei der Einstellung ergeben würde (EuGH NZA 2000, 935).

Umfangreiche Rechtsprechung liegt zur Frage der Benachteiligung von Schwangeren vor: Ein Arbeitgeber verstößt unmittelbar gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 1 I,

III 1 Richtlinie 76/207/EWG, wenn er es ablehnt, mit einer von ihm für geeignet befundenen Bewerberin einen Arbeitsvertrag zu schließen, weil er wegen der Einstellung einer schwangeren Frau Nachteile zu befürchten hat, die sich aus einer staatlichen Regelung über die Arbeitsunfähigkeit ergeben (EuGH NZA 1991, 171). Für die Annahme, dass ein bestimmtes Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die Besetzung des Arbeitsplatzes ist, reicht ein sachlicher Grund nicht aus, der einem pädagogischen Konzept entspricht (LAG Düsseldorf NZA-RR 2002, 345). Ein Unternehmen (hier: Finanzdienstleistungsunternehmen) kann für sich ein frauenspezifisches Betätigungsfeld und eine darauf gerichtete Organisation in Anspruch nehmen, die es erfordert, dass die Beratungstätigkeit ausschließlich von weiblichen Kundenbetreuerinnen wahrgenommen wird. Das Geschlecht ist daher unverzichtbare Voraussetzung für die Tätigkeit einer Kundenbetreuerin, so dass eine geschlechtsspezifische Stellenausschreibung keine Diskriminierung darstellt (ArbG Bonn NZA-RR 2002, 100).

Art. 2 I und III Richtlinie 76/207/EWG verbietet es, eine Schwangere deshalb nicht für eine unbefristete Stelle einzustellen, weil sie für die Dauer der Schwangerschaft wegen eines auf ihren Zustand folgenden gesetzlichen Beschäftigungsverbots auf dieser Stelle von Anfang an nicht beschäftigt werden darf (EuGH NZA 2000, 255). Art. 5 I Richtlinie 76/207/EWG und Art. 10 Richtlinie 92/85 EWG stehen der Entlassung einer Arbeitnehmerin wegen Schwangerschaft entgegen,

- wenn diese auf bestimmte Zeit eingestellt wurde,
- wenn sie den Arbeitgeber nicht über ihre Schwangerschaft unterrichtet hat, obwohl ihr diese bei Abschluss des Arbeitsvertrages bekannt war,
- und wenn feststand, dass sie auf Grund ihrer Schwangerschaft während eines wesentlichen Teils der Vertragszeit nicht würde arbeiten können (EuGH NZA 2001, 1241. S. auch EuGH NZA 2001, 1243). Zum Ausschluss in Teilzeit arbeitender Raumpflegerinnen von der Eingliederung in das planmäßige Personal (Stammbelegschaft) s. EuGH NZA 2005, 807.

Daraus wird geschlossen, dass der europäische Gleichbehandlungsgrundsatz es generell einem Arbeitgeber verwehrt, sich auf die Befristung eines Arbeitsvertrags zu berufen, wenn dies ausschließlich wegen einer in der Vertragslaufzeit auftretenden Schwangerschaft der Arbeitnehmerin geschieht (ArbG Cottbus NZA-RR 2000, 626).

Art. 2 I i. V. mit Art. 5 I der Richtlinie 76/207/ EWG schließt auch die Entlassung einer Arbeitnehmerin aus, die auf unbestimmte Zeit eingestellt wurde, um zunächst eine andere Arbeitnehmerin während deren Mutterschaftsurlaub zu vertreten, und die diese Vertretung nicht gewährleisten kann, weil sie kurz nach ihrer Einstellung schwanger wird (EuGH NZA 1994, 609).

Nach deutschem Recht wurde hier eine Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Vertrages erörtert. Zum Fragerecht nach Schwangerschaft s. *Fragerecht des Arbeitgebers* II.3.

Es läuft den Art. 2 I und 5 I Richtlinie 76/207/ EWG zuwider, wenn eine Arbeitnehmerin zu irgendeinem Zeitpunkt während ihrer Schwangerschaft auf Grund von **Fehlzeiten infolge einer durch diese Schwangerschaft verursachten Krankheit** entlassen wird (EuGH NZA 1998, 871; vgl. aber auch EuGH NZA 1998, 25). Die Vorschriften stehen hingegen einer Auslegung einer nationalen Bestimmung wie § 1 III KSchG in der bis zum 30. 9. 1996 geltenden Fassung nicht entgegen, nach der **teilzeit- und vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer bei der sozialen Auswahl**, die der Arbeitgeber bei der betriebsbedingten **Streichung eines Teilzeitarbeitsplatzes** vorzunehmen hat, generell nicht vergleichbar sind (EuGH NZA 2000, 1155; gemeint ist BAG NZA 1999, 431).

2. Beförderung, Bewährungsaufstieg

Die **Quotenregelung des Bremer Landesgleichstellungsgesetzes (LGG)** ist mit dem Recht der Europäischen Gemeinschaft unvereinbar, weil sie weiblichen Bewerbern um eine Beförderungsstelle **automatisch den Vorrang einräumt**, wenn sie gleich qualifiziert sind wie männliche Bewerber (EuGH NZA 1995, 1095; BAG NZA 1996, 751; vgl. auch EuGH NZA 2000, 935; zum Fallgruppenaufstieg vgl. BAG NZA 1994, 1042). Demgegenüber hat der EuGH (NZA 1997, 1337) das **Gleichstellungsgesetz NRW** für gemeinschaftskonform angesehen, weil es einen automatischen Vorrang von Frauen vermeidet und in jedem Einzelfall eine „objektive Beurteilung“ der Kriterien aller Bewerber vorsieht. Ferner hat der EuGH (NZA 2000, 473) das **Hessische Gleichberechtigungsgesetz** als europarechtskonform bestätigt, weil dessen Regelungen gewährleisten, dass die Bewerbungen Gegenstand einer objektiven Beurteilung sind, bei der die besondere persönliche Lage aller Bewerberinnen und Bewerber berücksichtigt wird.

Zur **Anrechnung von Dienstzeiten** für den Aufstieg in eine höhere Vergütungsgruppe s. EuGH NZA 1991, 513 und BAG NZA 1993, 367. Zur **Berechnung von Dienstzeiten** beim Bewährungs-

aufstieg s. EuGH NZA 1997, 1277; zur Berechnung der Gesamtdauer einschlägiger Berufspraxis als Voraussetzung für die Befreiung von der Steuerberaterprüfung EuGH NZA 1997, 1221.

3. Arbeitsvergütung

Bei einem Arbeitsverhältnis darf nach § 612 III BGB (neuestens § 7 I AGG) für gleiche oder für gleichwertige Arbeit nicht wegen des Geschlechts des Arbeitnehmers eine geringere Vergütung vereinbart werden als bei einem Arbeitnehmer des anderen Geschlechts. Die Vereinbarung einer geringeren Vergütung wird nicht dadurch gerechtfertigt, dass wegen des Geschlechts des Arbeitnehmers besondere Schutzvorschriften gelten (BAG NZA 1996, 579).

– Grundvergütung

Wenn in einem Unternehmen ein **Entlohnungssystem** angewandt wird, dem jede **Durchschaubarkeit** fehlt, obliegt dem Arbeitgeber der **Nachweis**, dass seine Lohnpolitik nicht diskriminierend ist, sofern der weibliche Arbeitnehmer auf der Grundlage einer relativ großen Zahl von Arbeitnehmern belegt, dass das durchschnittliche Entgelt der weiblichen Arbeitnehmer niedriger ist als das der männlichen Arbeitnehmer (EuGH NZA 1990, 772).

Um die „**gleiche Arbeit**“ handelt es sich, wenn Arbeitnehmer identische oder gleichartige Tätigkeiten ausüben, wobei bei einzelnen Abweichungen die jeweils überwiegende Tätigkeit maßgebend ist. Um eine „**gleichwertige**“ Arbeit handelt es sich, wenn Arbeitnehmer Tätigkeiten ausüben, die nach objektiven Maßstäben der Arbeitsbewertung denselben Arbeitswert haben, wobei Tarifpraxis und Verkehrsanschauung Anhaltspunkte geben können (BAG NZA 1996, 579). Eine gleiche Arbeit i.S. des Art. 119 EWGV liegt nicht vor, wenn eine gleiche Tätigkeit über einen erheblichen Zeitraum von Arbeitnehmern mit unterschiedlicher **Berufsberechtigung** ausgeübt wird (EuGH NJW 1999, 699). Gehört zu den Tätigkeitsmerkmalen einer Lohngruppe ein **bestimmtes Maß an körperlicher Belastung**, so kommt es nicht allein auf das Ausmaß der Muskelbeanspruchung an, sondern es sind alle Umstände zu berücksichtigen, die auf den Menschen belastend einwirken und zu körperlichen Reaktionen führen. Da Männer und Frauen unterschiedlich belastbar sind, gebietet es der Gleichheitssatz des Art. 3 III GG, dass für Männer und Frauen die Schwere ein und derselben Arbeit getrennt bewertet wird. Hierbei ist die **körperliche Leistungsfähigkeit** der Frau im Durchschnitt um ein Drittel geringer zu veranschlagen als die des Mannes.

Sind männliche und weibliche Arbeitnehmer mit der gleichen Arbeit beschäftigt und entlohnt der

Arbeitgeber fast die Hälfte der Männer, dagegen nur $\frac{1}{10}$ der Frauen über Tarif, dann liegt hierin ein Verstoß gegen § 612 III BGB, wenn die höhere Entlohnung der männlichen Arbeitnehmer nicht durch Gründe gerechtfertigt ist, die nicht auf das Geschlecht bezogen sind. Eine tarifvertragliche Bestimmung, die den Anspruch von Arbeitnehmern auf **Gewährung von zusätzlich bezahlter Freistellung** ab Vollendung des 60. Lebensjahres ausschließt, sofern der Arbeitnehmer vorgezogenes Altersruhegeld in Anspruch nehmen kann, kann **Frauen** mittelbar diskriminieren. Dass die Frauen im Verhältnis zu Männern begünstigende Altersgrenze von 60 Jahren verfassungsrechtlich (noch) unbedenklich ist, rechtfertigt ihren Ausschluss nicht (BAG NZA 2003, 861).

Im Falle eines Verstoßes gegen § 612 III BGB haben die wegen ihres Geschlechts benachteiligten Arbeitnehmer Anspruch auf die Leistungen, die der bevorzugten Gruppe gewährt werden (BAG NZA 1993, 891). Vgl. ferner EuGH AP Nr. 15 zu EWG-RL Nr. 75/117 (zur Berücksichtigung einzelner Entgeltbestandteile beim Entgeltvergleich) und EuGH NZA 1999, 757 zur Frage der **Krankenvergütung** für eine Schwangere.

S. auch EuGH NZA 2005, 1105.

– Sonderzahlungen

Art. 119 EWGV untersagt es, dass ein Arbeitgeber Arbeitnehmerinnen vollständig von der Gewährung einer freiwillig als Sonderzuwendung zu Weihnachten gezahlten Gratifikation ausschließt, ohne im Jahr der Gewährung der Gratifikation geleistete Arbeit oder Mutterschutzzeiten (Beschäftigungsverbote) zu berücksichtigen, wenn diese **Gratifikation eine Vergütung für in diesem Jahr geleistete Arbeit** sein soll. Dagegen verbietet es weder Art. 119 EWG noch Art. 11 Nr. 2 Richtlinie 92/85/EWG noch § 2 VI Anhang Richtlinie 96/34/EG des Rates vom 3. 6. 1996 zu der von UNICE, CEEP und EU geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub, einer **Frau im Erziehungsurlaub** (heute Elternzeit) die Gewährung einer solchen Gratifikation zu verweigern, wenn die Gewährung dieser Zuwendung nur von der Voraussetzung abhängt, dass sich der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Gewährung im **aktiven Beschäftigungsverhältnis** befindet (BAG DB 2000, 1717 = NZA 2000, 944).

Art. 119 EGV, Art. 11 II Lit. b Richtlinie 92/85/EWG und § 2 VI Anhang Richtlinie 96/34/EG untersagen es nicht, dass ein Arbeitgeber bei der Gewährung einer Weihnachtsgratifikation an eine Frau, die sich im Erziehungsurlaub befindet, Zeiten des Erziehungsurlaubs anteilig leistungsmindernd berücksichtigt. Das gilt jedenfalls dann, wenn es sich um **reine Vergütung**

(13. Monatseinkommen) und nicht um eine Gratifikation (mit Mischcharakter) handelt (LAG Köln, NZA-RR 2000, 625). Dagegen untersagt es Art. 119 EGV, dass ein Arbeitgeber bei der Gewährung einer Weihnachtsgratifikation Mutterschutzzeiten (Beschäftigungsverbote) anteilig leistungsmindernd berücksichtigt (EuGH NZA 1999, 1325).

4. Betriebliche Altersversorgung

Das **Lohnleichheitsgebot des Art. 119 EWG-Vertrag** gilt auch für betriebliche Versorgungsleistungen. Die Vorschrift ist dahin auszulegen, dass Einrichtungen wie die **Pensionskassen** deutschen Rechts, die damit betraut sind. Leistungen eines Betriebsrentensystems zu erbringen, die Gleichbehandlung von Männern und Frauen sicherzustellen haben, auch wenn Arbeitnehmern, die aufgrund ihres Geschlechts diskriminiert sind, gegenüber ihren unmittelbaren Versorgungsschuldnern, den Arbeitgebern als Parteien der Arbeitsverträge, ein insolvenzgeschützter, die Diskriminierung ausschließender Anspruch zusteht (EuGH DB 2002, 279).

Versorgungsansprüche werden zwar nicht im Austausch gegen zeitlich beschränkte Arbeitsleistung erworben, gehören aber zur Vergütung i.S. von Art. 119 I EWG-Vertrag. Das in dieser Vorschrift aufgestellte Lohnleichheitsgebot für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit ist unmittelbar geltendes Recht in den Mitgliedstaaten. Es gilt nicht nur für Vergütungsregelungen, die unmittelbar nach dem Geschlecht differenzieren. Auch eine **mittelbare Diskriminierung** ist verboten. Der Europäische Gerichtshof hat die Voraussetzungen einer mittelbaren Diskriminierung näher konkretisiert. Ist der objektive Tatbestand einer mittelbaren Diskriminierung gegeben, muss der Arbeitgeber zur Rechtfertigung seiner Regelung darlegen und beweisen, dass die Differenzierung einem wirklichen **Bedürfnis des Unternehmens** dient und für die Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich ist. Es müssen erhebliche Kostenvor- oder -nachteile die differenzierende Regelung erfordern (BAG BB 1991, 1570 = NZA 1991, 675).

Es verstößt gegen das Verbot der Diskriminierung beim Entgelt (Art. 141 EG), wenn unter im Übrigen gleichen Bedingungen Beschäftigte, die nach vorzeitigem Ausscheiden mit einer unverfallbaren Anwartschaft vorgezogen in den Ruhestand gehen, auf Grund einer **nach dem Geschlecht differenzierenden Regelung des Rentenzahlungsalters** unterschiedlich hohe Betriebsrenten beanspruchen können. Dies gilt auch dann, wenn die dem zu Grunde liegenden Regelungen nicht vom Arbeitgeber, sondern von einer **Pensionskasse** aufgestellt wur-

den (BAG NZA 2005, 1289). Eine Regelung, die für Witwen früherer Arbeitnehmer ohne weitere Voraussetzung betriebliche **Witwenrente**, für Witwer früher Arbeitnehmerinnen aber nur dann **Witwenrente** in Aussicht stellt, wenn diese den Unterhalt ihrer Familie überwiegend bestritten haben, stellt eine Entgelt-diskriminierung wegen des Geschlechts dar. Die anspruchseinschränkende Bestimmung ist deshalb nicht anzuwenden (BAG NZA 2005, 380). Ein Arbeitgeber, der Leistungen der betrieblichen Altersversorgung über eine Lebensversicherung zusagt (**Direktversicherung**), kann je nach dem Umfang der regelmäßigen Arbeitszeit der begünstigten Arbeitnehmer **Gruppen** bilden, die die Höhe der Versicherungsleistung und der dafür aufzubringenden Versicherungsprämien bestimmen. Bei einer versicherungsförmigen Versorgung wird die Einteilung der Arbeitnehmer in voll-, überhalbzeitig und unterhalbzeitig Beschäftigte dem Lohngleichheitsgebot des Art. 119 EWG-Vertrag gerecht (BAG NZA 1994, 315).

– Gesetzliches Altersruhegeld

Es ist mit Art. 3 II GG vereinbar, dass Frauen Altersruhegeld aus der gesetzlichen Rentenversicherung im Unterschied zu Männern bereits mit Vollendung des sechzigsten Lebensjahres beziehen können (§ 25 III AVG = § 1248 III RVO). Zur Zulässigkeit unterschiedlicher Berechnung der Sozialversicherungsrente je nach dem Geschlecht des Arbeitnehmers s. EuGH BB 1998, 2008.

5. Sonstige Arbeitsbedingungen

– Arbeitgeberdarlehen

Der **Ausschluss von Teilzeitbeschäftigten** bei der Gewährung von langfristigen Baudarlehen und Arbeitgeberdarlehen kann gegen das Verbot der unterschiedlichen Behandlung von Teilzeitkräften gegenüber Vollzeitkräften gemäß § 2 I BeschFG (heute: § 4 I TzBfG) und gegen das mittelbare Diskriminierungsverbot des Art. 119 EWG-Vertrag verstoßen.

Ein **Verstoß** gegen § 2 I BeschFG, Art. 119 EWG-Vertrag bei der Gewährung von Arbeitgeberdarlehen hat – nach einer ergänzenden Vertragsauslegung – zur Folge, dass dem Teilzeitbeschäftigten ein Darlehen der Höhe nach anteilig im Verhältnis der wöchentlichen Ar-

beitszeit zu der wöchentlichen Arbeitszeit einer Vollzeitkraft gewährt werden muss (LAG Hamm NZA 1994, 460, bestätigt durch BAG NZA 1994, 1130).

– Kindertagesstättenplätze

Art. 2 I und 4 der Richtlinie 76/207/EWG steht einer Regelung nicht entgegen, die ein **Ministerium** eingeführt hat, um einer **erheblichen Unterrepräsentation von Frauen** bei seinen **Beschäftigten** entgegenzuwirken, und bei der in einem Kontext, der durch das erwiesenermaßen unzureichende Angebot an angemessenen und erschwinglichen Kinderbetreuungseinrichtungen gekennzeichnet ist, die begrenzte Zahl der seinem Personal von ihm zur Verfügung gestellten subventionierten Kindertagesstättenplätze den weiblichen Beamten vorbehalten wird, während die männlichen Beamten nur in Notfällen, deren Vorliegen der Arbeitgeber beurteilt, Zugang zu diesen Plätzen haben (EuGH NZA 2002, 501).

(Hunold)

Weiterführende Literatur:

Annuß, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht, BB 2006, 1629; *Bauer/Evers*, Schadensersatz und Entschädigung bei Diskriminierung – ein Fass ohne Boden?, NZA 2006, 893; *Diller/Krieger/Arnold*, Kündigungsschutzgesetz plus Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Sind Arbeitnehmer in Zukunft doppelt vor Kündigungen gestützt?, NZA 2006, 887; *Grobys*, Die Beweislast im Anti-Diskriminierungsprozess, NZA 2006, 898; *ders.*, Organisationsmaßnahmen des Arbeitgebers nach dem neuen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, NJW 2006, 2950; *Hunold*, Ausgewählte Rechtsprechung zur Gleichbehandlung im Betrieb, NZA-RR 2006, 561 und 617; *Klump*, § 23 BetrVG als Diskriminierungs-sanktion?, NZA 2006, 904; *Löwisch*, Kollektivverträge und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, DB 2006, 1729; *Richardi*, Neues und Altes – ein Ariadnefaden durch das Labyrinth des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes NZA 2006, 881; *Wisskirchen*, Der Umgang mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz – Ein „Kochrezept“ für Arbeitgeber, DB 2006, 1491.