

Gleichheit statt Freiheit?

Zum Grundrechtsschutz des Arbeitnehmers

Wolfgang Däubler

I. Einführung

Grundrechte am Arbeitsplatz ausüben zu können, ist keine Selbstverständlichkeit. Im Arbeitsrecht der USA ist dies nur ausnahmsweise möglich; das Reich der Vertragsfreiheit kennt insoweit kaum Grenzen.¹ In Deutschland ist zwar der Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers mittlerweile eine Selbstverständlichkeit, die § 75 BetrVG schon im Jahre 1972 bestätigt hat. Dennoch gibt es juristische Kontroversen über die (sehr fühlbaren) Grenzen sowie faktische Beschränkungen, die mittelbar dadurch sichtbar werden, dass im Bereich der Meinungsfreiheit nur Urteile veröffentlicht sind, die Sanktionen gegen Arbeitnehmer betreffen.²

Wer sich mit Grundrechten am Arbeitsplatz befasst, wird alsbald auf Veröffentlichungen von Ulrich Zachert stoßen. Ob es um das Tragen von Plaketten³, um Gewerkschaftsrechte im Betrieb einschließlich des Fernhaltens von Pseudogewerkschaften⁴ oder um die neue Kategorie des »gefühlten Kündigungsschutzes« oder des »gefühlten Arbeitsrechts« geht⁵ – überall trifft man auf seine engagierten und neuen Bahnen folgenden Analysen, die nicht nur den Mitstreiter zum Nachdenken veranlassen. Die folgenden Betrachtungen seien ihm daher in freundschaftlicher Verbundenheit gewidmet.

II. Privileg der Gleichheitsrechte?

Im Unternehmen waren insgesamt 1128 Arbeitnehmer beschäftigt. 69 % von ihnen waren Frauen. Die insgesamt 27 Führungskräfte bestanden ausschließlich aus Männern. Zuletzt hatte es vor mehr als 30 Jahren eine »Direktorin« gegeben, die kommissarisch mit dieser Funktion betraut worden und die 1976 aus Altersgründen ausgeschieden war. Im Dezember 2006 war die Stelle des Personaldirektors zu besetzen. Ohne dass sie ausgeschrieben wurde und ohne dass irgendein formalisiertes Verfahren stattfand, wurde sie mit einem Mann besetzt. Die Bewerbung einer Betriebswirtin, die in einem Teilbereich des Unternehmens für die Personalverwal-

1 Finkin, ZVglRWiss 94 (1995) 109 ff.

2 ErfK-Dieterich, 9. Aufl. 2009, Art. 5 GG Rn. 29.

3 Zachert, AuR 1984, 289.

4 Zachert, AiB 1983,23 und AuR 2003, 370 ff.

5 Zachert, in: Schramm/Zachert (Hrsg.), Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung. Mythen und Realität, 2008, S. 40 ff.

tung verantwortlich war, blieb unberücksichtigt. Als diese sich auf »Diskriminierung« berief, wurde ihr bedeutet, sie solle besser über ihre weitere Tätigkeit im Unternehmen nachdenken und ihre arbeitsvertraglichen Pflichten erfüllen.

Die Betroffene klagte auf Schadensersatz und hatte damit vor dem LAG Berlin-Brandenburg Erfolg.⁶ Der Arbeitgeber wurde verurteilt, ihr nach § 15 Abs.1 AGG bis auf weiteres die Differenz zum Direktorengelohn in Höhe von 1.467,86 Euro monatlich und außerdem eine Entschädigung in Höhe von 20.000,- Euro zu bezahlen. Interesse verdient die Begründung. Nach § 22 AGG muss die benachteiligte Seite lediglich »Indizien« beweisen, die eine Diskriminierung vermuten lassen. Dem war im vorliegenden Fall schon durch die einseitige Zusammensetzung der Belegschaft und der Führungskräfte genügt. Dem Arbeitgeber steht es im Grundsatz frei, den Nachweis zu führen, dass das Geschlecht bei seiner Entscheidung keine Rolle gespielt habe, doch hatte er sich hier selbst diese Möglichkeit verbaut: Im Anschluss an die »Schlosserin-Entscheidung« des BVerfG⁷ erklärte das LAG ein »Nachschieben« von Auswahlkriterien für unzulässig, da das Diskriminierungsverbot sonst in den allermeisten Fällen leerlaufe; nachträglich könne immer ein sachlicher Grund entwickelt werden. Eine Ausnahme komme nur in Sonderfällen wie dem einer offensichtlichen Ungeeignetheit der übergangenen Person in Betracht, doch konnte davon im vorliegenden Fall keine Rede sein. Damit lag eine unzulässige Benachteiligung vor, die nach § 15 Abs.1 und 2 AGG zum Schadensersatz und zur Entschädigung verpflichtete. Bei deren Höhe wurde auch das auf die Bewerbung folgende Arbeitgeberverhalten berücksichtigt und als »Einschüchterung« qualifiziert.

Die Entscheidung verdient Zustimmung, obwohl sie einen »Endlos-Schadensersatz« zusprach, an den sich Arbeitsrechtler erst gewöhnen müssen.⁸ Sie hat das gesetzliche Diskriminierungsverbot ernst genommen, dessen Wirksamkeit von »flankierenden Maßnahmen« abhängt. Neben der hier einschlägigen Handhabung der Beweislast gehört dazu weiter, dass es nach der erwähnten Entscheidung des BVerfG⁹ genügt, wenn das »verpönte Merkmal« nur ein Element in einem »Motivbündel« darstellt, also keineswegs das ausschlaggebende Kriterium gewesen sein musste. Weiter ist nach der Rechtsprechung des EuGH¹⁰ auch ohne Verschulden voller Schadensersatz geschuldet, wenn sich das nationale Recht für diese Form der Sanktion entscheidet. Ob das Verschuldenserfordernis in Bezug auf den materiellen Schaden in § 15 Abs.1 Satz 2 AGG unter diesen Umständen überhaupt gemeinschaftsrechtskonform ist, brauchte das LAG nicht zu entscheiden, doch wird die Frage in der Literatur überwiegend verneint.¹¹

6 LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 26.11.2008 – 15 Sa 517/08, AuR 2009, 134 = LAGE § 22 AGG Nr. 1.

7 BVerfG NZA 1994, 745.

8 S. etwa die Beschränkung auf eine Abfindung entsprechend §§ 9, 10 KSchG im Falle des Auflösungsverschuldens des Arbeitgebers (BAG NZA 2002, 325, 330; BAG NZA 2002, 1323), während der BGH (NJW 2007, 2043) keine Bedenken hatte, einen Prozessvertreter zu einem »Endlos-Schadensersatz« zu verurteilen, weil durch sein Verschulden der Arbeitsplatz des Mandanten verloren gegangen war.

9 Oben Fn 7.

10 EuGH Slg. 1990 I 3941 Rn. 23 ff. und EuGH AP Nr. 13 zu § 611a BGB.

11 Nachweise bei Däubler/Bertzach-Deinert, AGG, 2. Aufl. 2008, § 15 Rn. 30.

Gleichheitsrechte ohne EG-rechtliche Grundlage genießen einen etwas weniger ausgeprägten Schutz. Bemerkenswert ist, dass auch bei der Handhabung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes seit Jahrzehnten vom Verfahren her eine spezifische Absicherung praktiziert wird: Der Arbeitgeber muss spätestens dann seine Differenzierungsgründe offenlegen, wenn einzelne Arbeitnehmer ihm gegenüber Gleichstellung mit den Begünstigten verlangen.¹² Nicht selbstverständlich ist auch die Aussage des BAG, die Tarifparteien seien an Gleichheitsrechte gebunden,¹³ während die Situation bei anderen Grundrechten eher als prekär zu bezeichnen ist und wohl nur solche Eingriffe korrigiert würden, durch die die staatliche Schutzpflicht verletzt wäre.¹⁴

Freiheitsrechte wie die Meinungs- und die Gewissensfreiheit genießen keinen vergleichbaren Schutz. Wird ein Auszubildender wegen einer etwas radikalen Meinungsäußerung nicht übernommen, so kann dies zwar zu einer Korrektur durch das BVerfG führen¹⁵, doch ist – soweit ersichtlich – noch nie jemand auf den Gedanken verfallen, die Disziplinierung wegen einer bestimmten Äußerung als Verletzung der Persönlichkeitssphäre zu qualifizieren, die nach einer Entschädigung verlange. Genauso verhält es sich, wenn ein städtischer Angestellter wegen eines Leserbriefs, der den Bürgermeister kritisierte, abgemahnt wird – das Optimum, was er erreichen kann, ist die Tilgung der Abmahnung aus der Personalakte, von weitergehenden Sanktionen ist nicht die Rede.¹⁶ Auch sind keine verfahrensmäßigen Vorkehrungen ersichtlich, die dann Platz greifen könnten, wenn die Verletzung der Meinungsfreiheit nicht bewiesen, aber gleichwohl überwiegend wahrscheinlich ist. Hätte im Fall des LAG Berlin-Brandenburg ein Bewerber oder eine Bewerberin geltend gemacht, die Beförderung sei wegen einer unliebsamen Äußerung unterblieben, so wäre es allein seine/ihre Sache gewesen, dies im Einzelnen zu belegen. Nicht anders verhält es sich mit der Gewissensfreiheit, die zur Verweigerung einer bestimmten Arbeit führt. Der beste Verfahrensausgang für den Grundrechtsträger ist die Aufhebung einer belastenden Maßnahme wie z. B. einer Kündigung, weil den Arbeitgeber trotz seines Grundrechts aus Art. 12 Abs.1 GG eine Pflicht zu weitergehender Rücksichtnahme getroffen habe.¹⁷

Auch bei der Koalitionsfreiheit gelten nach herrschender Sicht keine abweichenden Grundsätze. In der Rechtsprechung findet sich der Fall, dass ein Arbeitgeber die Einstellung einer Bewerberin davon abhängig machte, dass sie zuvor aus der DAG austrete¹⁸ – hier konnte die Gewerkschaft erfolgreich auf Unterlassung klagen, da

12 BAG AP Nr. 117 zu Art. 3 GG Tz 37.

13 BAG AP Nr. 309 zu Art. 3 GG = NZA 2004, 1399.

14 Nachweise über die nicht immer einheitliche Rechtsprechung und den Diskussionsstand in der Literatur bei ErfK-Dieterich, 9. Aufl. 2009, Einl. GG Rn. 49 ff.; Däubler-Däubler, TVG, 2. Aufl., 2006, Einl. Rn. 124a ff.; Däubler-Schiek, TVG, aaO, Einl. Rn. 168 ff.

15 S. den Fall BVerfG AP Nr. 12 zu Art. 5 Abs.1 GG Meinungsfreiheit unter Aufhebung von BAG AP Nr. 2 zu § 17 BBiG.

16 S. den Fall BVerfG AuR 1999, 36, wo die Abmahnung nach sechs Jahren wegen Zeitablaufs als wirkungslos angesehen und dem Beschwerdeführer geraten wurde, bei Nichtentfernung den BVerfG-Beschluss zu den Personalakten zu geben, aus dem sich der Verstoß gegen Art. 5 Abs.1 GG ergab.

17 S. den Fall BAG DB 1989, 2538.

18 BAG AP Nr. 49 zu Art. 9 GG. <https://doi.org/10.5771/9783845222073-227>

der Arbeitgeber nicht einmal eine Wiederholung in der Zukunft verbindlich ausgeschlossen hatte. In der Anmerkung zu dieser Entscheidung wurde darauf hingewiesen, der Fall lese sich wie ein »abschreckendes Beispiel für eine arbeitsrechtliche Horror-Fibel«, doch seien in Kleinbetrieben solche Vorgänge keineswegs die absolute Ausnahme.¹⁹ In der Regel wird allerdings nicht so viel naive »Ehrlichkeit« praktiziert werden. Vielmehr muss der Einzelne bei entsprechendem betrieblichem Umfeld damit rechnen, dass die irgendwie bekannt gewordene Gewerkschaftsmitgliedschaft eine negative Rolle bei Einstellung und Beförderung spielt, dies aber nirgendwo verbalisiert oder aktenkundig gemacht wird. Man denke an den Fall, dass eine Beförderung unterbleibt, weil die fragliche Person in der letzten Tarifrunde Flugblätter verteilt oder gar in ihrer Freizeit als Streikposten vor einem andern Betrieb aktiv war. Von der Beweislage her ist der Betroffene nicht anders gestellt als ein Diskriminierungsopfer – im glücklichsten Falle kann er sich auf eine gerichtsverwertbare Äußerung eines Mitarbeiters der Personalabteilung stützen, im Regelfall wird er nichts in der Hand haben und anders als bei Diskriminierungsfällen auch keine statistischen Gesetzmäßigkeiten oder sonstige gewichtige Indizien präsentieren können. Auch die Unterrepräsentierung von Gewerkschaftsmitgliedern unter den Führungskräften würde nicht unbedingt den Schluss nahe legen, der Arbeitgeber habe bei seiner Personalpolitik systematisch eine gewerkschaftsferne Haltung privilegiert; diese pflegt in solchen Fällen schon aus anderen Gründen vorhanden zu sein. Und selbst wenn ein gewichtiges Indiz vorliegt: Könnte man § 22 AGG in einem solchen Fall analog anwenden²⁰ oder gar Schadensersatz entsprechend § 15 Abs.1 und 2 AGG verlangen? Eine solche Vorstellung ist so ungewöhnlich, dass auch im DAG-Fall niemand auf die Idee kam, das Verlangen nach Gewerkschafts Austritt könne eine »Zumutung« sein, die das Persönlichkeitsrecht erheblich verletze und deshalb zu einer Entschädigung führen müsse. Auch hier waren die Begleitumstände so, dass man von einer »Einschüchterung« hätte sprechen können.

III. *Eingriffe in Freiheitsrechte als Diskriminierungen?*

Die Problematik wird dann partiell entschärft, wenn sich die Freiheitsbeschränkung auch als gleichheitswidrige Benachteiligung darstellt. Fälle dieser Art decken einen erheblichen Teil betrieblicher Konflikte mit Grundrechtsbezug ab.

1. *Der Kopftuchstreit als Ausgangspunkt*

Prominentestes Beispiel ist der Streit um das islamische Kopftuch. Das BAG hat den Fall »freiheitsrechtlich« entschieden²¹ und eine Pflichtverletzung der muslimischen Verkäuferin verneint, weil durch Art. 12 Abs.1 GG geschützte Gegeninteres-

19 Rütters, Anm. zu BAG AP Nr. 49 zu Art. 9 GG.

20 Verneinend Däubler/Bertzbach-Hinrichs, § 2 Rn. 247, 248.

21 BAG NZA 2003, 483, bestätigt durch BVerfG NZA 2003, 959f.

sen des Arbeitgebers – etwa wegen betrieblicher Störungen oder wirtschaftlicher Einbußen – nicht ersichtlich waren. Unter der Geltung des AGG würde man in erster Linie »diskriminierungsrechtlich« argumentieren: Eine Versetzung oder Kündigung wäre eine Benachteiligung wegen der Religion, die sich nur nach § 8 Abs.1 AGG, also mit dem Argument rechtfertigen ließe, dass durch die Kleidung eine »wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung« verloren gehe, die ihrerseits einen rechtmäßigen Zweck verfolge und angemessen sei. Dies ist prima facie eine sehr viel höhere Schwelle, würden doch beispielsweise einzelne kritische Äußerungen von Kunden oder Arbeitskollegen nicht genügen, während diese vom Ansatz des BAG her durchaus eine »reale Gefährdung« betrieblicher und unternehmerischer Interessen indizieren könnten.²²

Auch hat der Rückgriff auf das AGG alle Vorteile, die oben skizziert wurden – wobei die Beweiserleichterung und das bloße »Mit-ursächlich-Sein« wohl am meisten ins Gewicht fallen dürften. Den einen oder den anderen Weg zu gehen, ist gleichermaßen legitim; kein betroffenes Grundrecht kann den Vorrang beanspruchen. Ein von einem Benachteiligten angerufenes Gericht muss allerdings nach der Maxime »iura novit curia« von Amts wegen prüfen, ob das Begehren des Klägers wenigstens auf einem der beiden Wege zum Erfolg führt. Eine ausdrückliche Berufung etwa auf einen Diskriminierungstatbestand kann nicht erwartet werden; es genügt, wenn die für eine Prüfung erforderlichen Tatsachen vorgetragen sind.

Wie häufig solche Fälle einer »Doppelspurigkeit« auftreten, hängt letztlich davon ab, wie zahlreich und umfassend die »verpönten« Merkmale sind und wie der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz gehandhabt wird. Die Größe der Schnittmenge bedarf daher näherer Untersuchung. Sie wird sich zunächst auf den von § 1 AGG abgedeckten Bereich konzentrieren, ehe dann kurz der umfassendere Art. 21 Abs.1 der EU-Grundrechtecharta²³ betrachtet werden soll.

2. Gewissensfreiheit und Verbot der Diskriminierung wegen Religion und Weltanschauung

Gewissensentscheidungen, beispielsweise die Weigerung, bestimmte Arbeiten auszuführen, beruhen häufig auf religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen. Der anerkannte Kriegsdienstverweigerer will nicht an der Herstellung kriegsverherrlichender Literatur mitwirken,²⁴ Ärzte wollen kein Medikament entwickeln, das auch im Nuklearkrieg Verwendung finden könnte.²⁵ Der freiheitsrechtliche Weg führt in den verschiedenen Fällen zu keinen anderen Resultaten als der diskriminierungsrechtliche: Der Arbeitgeber muss die Gewissensentscheidung im Grundsatz respektieren und sich um alternative Einsatzmöglichkeiten für den Arbeitnehmer bemühen oder auch einen kurzfristigen Ausfall in Kauf nehmen. Scheiden diese

22 S. die Formulierungen in BAG NZA 2003, 483, 486.

23 Abgedruckt in ABIEG 2000 C 364/1 ff.

24 BAG NZA 1986, 21, 22; vgl. schon BAG NJW 1960, 1734.

25 BAG DB 1989, 2538. <https://doi.org/10.5771/9783845222073-227>

Ausweichmöglichkeiten aus, kann er das Arbeitsverhältnis aus personenbedingten Gründen kündigen. Diskriminierungsrechtlich würde es hier an einer wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung im Sinne des § 8 Abs.1 AGG fehlen. Auch lässt es sich mit diskriminierungsrechtlichen Grundsätzen vereinbaren, dass das Arbeitgeberinteresse den Vorrang hat, wenn der Arbeitnehmer die fragliche Tätigkeit bei den Einstellungsverhandlungen zusagt und nach Arbeitsantritt unter Berufung auf ein religiöses Tabu verweigert,²⁶ die wesentliche und entscheidende berufliche Hauptanforderung sofort zu verlangen, ist hier »angemessen und erforderlich« im Sinne des § 8 Abs.1 AGG.

3. Meinungsfreiheit und Verbot der Diskriminierung wegen der Weltanschauung

Ob Benachteiligungen wegen Meinungsäußerungen unter das AGG fallen können, ist wenig erörtert. Entscheidend kommt es darauf an, wie das Merkmal »Weltanschauung« auszulegen ist. Handelt es sich um einen »weltlichen Zwilling der Religion«²⁷, um eine »wertende Stellungnahme zum Ganzen der Welt und zur Stellung des Menschen darin«²⁸, so sind nur relativ wenige Äußerungen erfasst: Anthroposophen und Marxisten kämen wohl in den Genuss des Diskriminierungsverbots. Stellt man stattdessen auf die anderen sprachlichen Fassungen der Richtlinie ab, wo durchweg der Begriff der »Überzeugung« verwandt wird²⁹, so wäre zwar nicht jede leichthin gemachte Äußerung, wohl aber eine solche erfasst, die auf einer »festen Überzeugung« beruht. Wer sich für bestimmte politische Inhalte wie z. B. den Umweltschutz, die Abrüstung oder die Pflege der deutschen Sprache im Ausland einsetzt, wäre wegen seiner »Überzeugung« benachteiligt, wenn er im Hinblick auf sein Engagement nicht eingestellt oder befördert oder eine herabwürdigenden Behandlung im Sinne des § 3 Abs.3 AGG erfahren würde. Die Literatur hat sich bisher gegenüber einer solchen richtlinienkonformen Interpretation eher abwartend bis skeptisch verhalten;³⁰ sich die Richtlinie in den zahlreichen anderen Sprachen anzuschauen, die gleichermaßen für die Auslegung maßgebend sind, erscheint vielen als (überdies sehr aufwendiges) Abenteuer mit ungewissem Ausgang, dem man sich lieber nicht aussetzen sollte. Rechtsprechung zu der Frage ist noch nicht ersichtlich.

Soweit das Verbot der Weltanschauung reicht und damit (auch) das AGG eingreift, sind Benachteiligungen lediglich in seltenen Fällen durch § 8 Abs.1 AGG zu rechtfertigen. Nur wenn dem Arbeitgeber nachweisbare Schäden entstehen würden, weil Kunden ausbleiben oder sein allgemeines Ansehen leidet, käme ein Rückgriff auf

26 So der Fall BAG AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit – Sinti als Leichenbestatter.

27 So Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2. Aufl. 2008, § 1 Rn. 30.

28 v. Campenhausen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, § 136 Rn. 43.

29 Nachweise bei Däubler, NJW 2006, 2608.

30 S. etwa A. Stein, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, 2008, § 1 Rn. 40 ff.; Nollert-Borasio/Perreng, AGG, 2. Aufl. 2008, § 1 Rn. 17 ff.; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, § 1 Rn. 79 ff.; P. Stein, in: Rust/Falke (Hrsg.), AGG 2007, § 1 Rn. 65 ff.; fundierter Schiek-Schiek, AGG, 2007, § 1 Rn. 23; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, Rn. 196 ff.

diese Schranke in Betracht.³¹ Damit wäre der Kreis der nicht »sanktionierungsfähigen« Meinungsäußerungen sehr viel weiter als nach Art. 5 Abs.1 GG bestimmt, wo immer noch ein wenig die Gefahr besteht, dass eine Äußerung wegen »Störung des Betriebsfriedens« für illegal erklärt wird.³² Der Jubilar, der sich schon vor längerer Zeit mit dem Plaketten-Tragen im Betrieb befasst und autoritären Tendenzen (»wes Brot ich ess' des Lied ich sing'«) eine entschiedene Absage erteilt hat,³³ hat sich immer wieder dafür eingesetzt, dass die Meinungsfreiheit im Betrieb volle Geltung hat und man nicht bei der einstens durchaus »fortschrittlichen« Position des Bundesverfassungsgerichts stehen bleiben sollte, das im Jahre 1976 ausführte:³⁴ »Mit der elementaren Bedeutung des Grundrechts aus Art. 5 GG wäre es unvereinbar, wollte der Gesetzgeber die Freiheit der politischen Meinungsäußerung dem Bereich der betrieblichen Arbeitswelt, die die Lebensgestaltung zahlreicher Staatsbürger wesentlich bestimmt, *schlechthin* fernhalten.« Jede politische Äußerung zu illegalisieren, kommt danach nicht in Betracht, aber die Beschränkungen können sehr einschneidend sein, solange wenigstens noch ein gewisser, inhaltlich nicht näher beschriebener Bestand übrig bleibt.³⁵

4. Schutz der Privatsphäre und Verbot der Diskriminierung wegen sexueller Identität

Homosexualität stellt auch in der Probezeit keinen Grund dar, der eine Kündigung rechtfertigen könnte. Die Gestaltung des Privatlebens unterliege – so das BAG³⁶ – allein der Entscheidung des Einzelnen; solange der arbeitsvertragliche Pflichtenkreis nicht berührt sei, dürfe der Arbeitgeber seine persönliche Missbilligung eines bestimmten Verhaltens nicht zum Anlass für eine Kündigung nehmen. Heute würde man dieselbe Frage diskriminierungsrechtlich entscheiden³⁷ und dabei vermutlich die Kündigung auch dann beanstanden, wenn – was unter den gegebenen Bedingungen schwer vorstellbar ist – das Arbeitsverhältnis in gewissem Umfang in Mitleidenschaft gezogen wäre. Was die Gleichstellung von Lebenspartnerschaft und Ehe angeht, so hat das BAG einen anderen Umweg gewählt, der sich allerdings nicht generalisieren lässt: Tarifverträge über den Ortszuschlag im öffentlichen Dienst

31 Dass sich strafbare Handlungen wie Beleidigungen und Verleumdungen nicht mit dem Verbot der Diskriminierung wegen der Weltanschauung rechtfertigen lassen, ist im Ergebnis unstreitig, aber nicht einfach begründbar. Sinnvoll ist ein Rückgriff auf Art. 2 Abs.5 der Rahmenrichtlinie, der u. a. nationales Strafrecht grundsätzlich unberührt lässt und bislang vorwiegend im Zusammenhang mit strafbaren sexuellen Praktiken herangezogen wurde, die sich nicht auf die »sexuelle Identität« stützen lassen. Dazu Boemke/Danko, AGG im Arbeitsrecht, 2007, § 2 Rn. 48; Meinel/Heyn/Herms, AGG, 2007, § 1 Rn. 30; Schiek-Schiek, § 1 Rn. 31. Eine Klarstellung durch den Gesetzgeber wäre wünschenswert gewesen.

32 Überblick über den derzeitigen Stand der Rechtsprechung bei Däubler, Arbeitsrecht 2, 12. Aufl. 2009, Rn. 538 ff.

33 Zachert, AuR 1984, 289.

34 BVerfG NJW 1976, 1627, 1628 li. Sp. unten.

35 Kritisch damals auch Ladeur, in: Däubler/Küsel (Hrsg.), Verfassungsgericht und Politik, 1979, S. 102 ff.

36 NZA 1994, 1080, 1082.

37 Die Problematik des § 2 Abs.4 AGG soll dabei ausgeklammert bleiben.

würden in Bezug auf das neue familienrechtliche Institut der Lebenspartnerschaft eine Lücke aufweisen, die durch entsprechende Anwendung der für die Ehe geltenden Regelungen zu schließen sei.³⁸ Nach der Maruko-Entscheidung des EuGH³⁹ müsste insoweit das Verbot der Diskriminierung wegen sexueller Identität eingreifen, da das deutsche Recht Personen gleichen Geschlechts in eine vergleichbare Situation wie Eheleute u. a. bei der Gewährung von Unterhalt versetzt, was eine Gleichstellung bei der arbeitsvertraglichen Vergütung zumindest nahelegt.

5. Bestimmte Ausübungsformen von Freiheitsrechten und Diskriminierungsverbote

Die Beschränkung anderer Freiheitsrechte lässt sich jedenfalls nach geltendem Recht nur partiell auch als Diskriminierungsproblem begreifen. Denkbar ist allerdings, dass bestimmte Ausübungsformen erfasst sind. Wer nach Erreichen des Rentenalters nicht weiterarbeiten kann, sieht sich in seiner Berufsfreiheit beeinträchtigt, was bisher für die Rechtsprechung ausschließlicher Prüfungsgegenstand war.⁴⁰ Spätestens seit der Palacios-Entscheidung des EuGH⁴¹ ist daneben zu prüfen, ob eine unzulässige Benachteiligung wegen (höheren) Alters vorliegt.⁴²

Die Betätigung für eine Gewerkschaft wird nur dann von § 1 AGG erfasst, wenn sie zugleich Ausdruck einer bestimmten Weltanschauung im oben skizzierten Sinne ist. Ansonsten bleibt nur der Schutz nach Art. 9 Abs.3 GG, der in Satz 2 auch ein Benachteiligungsverbot umfasst. Ob dieses die beweis- und sanktionsrechtlichen Privilegien der Diskriminierungsverbote nach § 1 AGG in Anspruch nehmen kann, ist zweifelhaft. Versuche, die in diese Richtung gehen und Beweisfragen ähnlich wie in § 22 AGG behandeln wollen,⁴³ sind in der Rechtsprechung – anders als in Frankreich⁴⁴ – bisher nicht aufgegriffen worden.

6. EU-Grundrechtecharta

Würde die Grundrechtecharta der EU⁴⁵ über die Ratifizierung des Vertrags von Lissabon oder auf andere Weise unmittelbar verbindlich, hätte dies eine Erweiterung der verpönten Merkmale zur Folge. Art. 21 der Charta erwähnt als zusätzliche

38 BAG NZA 2005, 57.

39 NZA 2008, 459.

40 S. etwa BAG DB 2003, 394; BAG NZA 2003, 812. Die gleichheitsrechtliche Dimension wurde immerhin angesprochen in BAG DB 1993, 443.

41 NZA 2007, 1219.

42 S. als erste Ansätze im deutschen Recht BAG v. 14. 7. 1961, AP Nr. 1 zu Art. 24 VerfNRW, wo ein Tarifvertrag beanstandet wurde, der für Personen, die nach dem 65. Lebensjahr weiterarbeiteten, die Anrechnung der halben Altersrente auf die Arbeitsvergütung vorsah. Schlechtere Akkordrichtsätze für jüngere Arbeitnehmer wurden von BAG 18.10.1961, AP Nr. 2 zu Art. 24 VerfNRW für rechts-widrig erklärt.

43 Däubler, in: Kittner/Däubler/Zwanziger (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, 7. Aufl. 2008, Art. 9 GG Rn. 22; Kittner/Schick, in: Denninger (Hrsg.), Kommentar zum GG, 3. Aufl. 2002, Art. 9 Abs.3 Rn. 107.

44 Le Friant AuR 2003, 51 ff.; dies. Sonderbeilage zu NZA Heft 22/2004 S. 49 ff.

45 S. oben Fn 23.

Beispiele die »soziale Herkunft«, die »genetischen Merkmale«, die »Sprache«, die »politische oder sonstige Anschauung«, das »Vermögen« und die »Geburt«. Damit wären etwa auch die gewerkschaftliche und die politische Betätigung erfasst und im Übrigen Raum für zahlreiche Kontroversen gelassen, die sich etwa am Begriff des Vermögens oder der Geburt festmachen könnten. Der Anwendungsbereich dieser Diskriminierungsverbote wäre allerdings auf den des Gemeinschaftsrechts beschränkt.

Nicht ausdrücklich erwähnt ist die »körperliche Erscheinung«, die im französischen Recht (»apparence physique«) jede Benachteiligung ausschließt, die man jedoch ggf. den nur beispielhaft erwähnten Merkmalen gleichstellen könnte. Die deutsche Rechtsprechung hat auch hier bislang den freiheitsrechtlichen Weg beschritten und einen unzulässigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht erwogen, als eine Krankenschwester nach dem Auslaufen ihres Vertrages wegen ihrer Körperfülle nicht weiterbeschäftigt wurde.⁴⁶

IV. *Die Ambivalenz der Entwicklung*

Für den Arbeitnehmer als die schwächere Seite und die ihn repräsentierenden Organisationen ist es verführerisch, möglichst viele Freiheitseingriffe als Diskriminierungsfälle zu qualifizieren. Die Chance, das Vorliegen des Eingriffs beweisen zu können und in den Genuss einer Entschädigung zu kommen, ist ungleich besser. Insofern macht sich der Einzelne nur einen unbestreitbaren Rechtsfortschritt zunutze, was ihm niemand zum Vorwurf machen sollte.

Wie es in einer Zeit der Deregulierung zu diesem »Verrechtlichungsschub« kam, ist beschrieben, aber nicht wirklich analysiert. Anders als bei traditionellen arbeitsrechtlichen Errungenschaften wie der Mitbestimmung und dem Kündigungsschutz lag keine kämpferische Auseinandersetzung zugrunde, denn die Millionen, die in Brüssel für Diskriminierungsverbote demonstrierten oder gar einem Streikaufruf folgten, sie gab es nicht. Anders als bei den arbeitsrechtlichen Umbrüchen 1918 und 1945 war auch keine »alte Ordnung« zusammengebrochen. Selbst mit dem Gedanken der Effizienz, der in der ökonomischen Analyse des Rechts eine zentrale Rolle spielt (»die beste Person am richtigen Platz«), lassen sich allenfalls einzelne Diskriminierungsverbote erklären.⁴⁷ So bleibt nur die für die EG-Sozialpolitik nicht untypische Überlegung, sich durch sozialpolitische Maßnahmen jene Massenloyalität zu sichern, auf die die EG-Institutionen angesichts eines nicht voll ausgebildeten parlamentarischen Systems so dringend angewiesen sind.⁴⁸

46 ArbG Marburg NZA-RR 1999, 124 = LAGE § 1004 BGB Nr. 4. Eine Verurteilung des Arbeitgebers zur Weiterbeschäftigung scheiterte aber daran, dass sich der Kausalzusammenhang zwischen Körperfülle und Beendigung der Zusammenarbeit nicht beweisen ließ.

47 Thüsing, RdA 2003, 257 ff.

48 Eingehender Däubler, Sozialstaat EG? Die andere Dimension des Binnenmarktes, 1989, S. 70 ff. Die aktuellen Auseinandersetzungen um die EU-Verfassung und den Reformvertrag von Lissabon bestätigen die damaligen Einschätzungen.

Diskriminierungsverbote stören trotz aller Friktionen im Einzelfall die Entwicklung der Märkte so gut wie nicht. Ein Verstoß liegt immer nur dann vor, wenn jemand »schlechter« als ein anderer behandelt wird, wenn er sich ohne zureichenden Grund oder wegen eines »verpönten Merkmals« benachteiligt sieht. Dies kann auf dem unterschiedlichsten wirtschaftlichen Niveau der Fall sein; auch der noch Ärmere kann sich auf eine unberechtigte Schlechterstellung gegenüber dem Armen berufen. Gleichheitsverstöße sind – generell gesprochen – unter Millionären genauso denkbar wie unter Niedrigverdienern. Daher macht es auch keine prinzipiellen Schwierigkeiten, dieselben Regeln für alle Mitgliedstaaten vorzusehen, obwohl sich ihr wirtschaftlicher Entwicklungsstand – vorsichtig ausgedrückt – eine weite Spreizung aufweist.

Solange die Diskriminierungsverbote eine »Bezugsgröße« brauchen und diese veränderbar bleibt, kann Gleichheit den Marktentwicklungen folgen: Wird wenig bezahlt und lange gearbeitet, überträgt sich dies auch auf denjenigen, der Gleichstellung beansprucht.

Diese marktkonforme Struktur kennt allerdings zwei Ausnahmen.

Die eine gilt dann, wenn Gleichheitsverstöße automatisch und für eine unbestimmte Zukunft zu einer Anpassung nach oben führen. Ist die ausgeschlossene Gruppe relativ groß, kann dies die Lohnkosten erheblich verändern; stellt diese gar eine erhebliche Mehrheit der Beschäftigten dar, tritt ein ähnlicher Effekt ein wie bei einem erfolgreichen Arbeitskampf um bessere Arbeitsbedingungen.⁴⁹ Würde man bei einer Differenzierung nach Alter alle auf das Niveau der »Besten« anheben, wäre dies ein Resultat, das selbst eine starke Gewerkschaft niemals aus eigener Kraft erreichen könnte.⁵⁰ Dies alles ist freilich nur dann über den Tag hinaus von Bedeutung, wenn aus rechtlichen oder faktischen Gründen auch mittelfristig keine nachträgliche Korrektur nach unten möglich ist. In der Rechtsprechung ist ein solcher »Fahrstuhleffekt« verbreitet, aber keineswegs generell anerkannt⁵¹, doch liegt hier ein Ansatzpunkt dafür, dass Diskriminierungsverbote nicht nur Umverteilung bringen müssen.

Die zweite Ausnahme betrifft die Bezugsgröße der »hypothetischen Vergleichsperson«. In der Literatur wird diese wenig behandelt.⁵² Wortlaut und Sinn des § 3 Abs. 1 AGG verlangen m. E. nicht, dass die Benachteiligung immer im Verhältnis zu einem Dritten erfolgen muss. Die Behandlung, die »eine andere Person in einer vergleichbaren Situation ... erfahren würde«, kann auch so verstanden werden, dass man danach fragt, wie der Benachteiligte ohne das »verpönte Merkmal« behandelt worden wäre; ersichtlich wäre er dann ja eine »andere Person« gewesen. Der auslän-

49 Vgl. etwa BAG AP Nr. 184 und 200 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, wonach im Regelfall Gleichbehandlung verlangt werden kann, wenn mehr als 5 % der Belegschaft ohne sachlichen Grund begünstigt werden.

50 Man denke nur an Fälle, in denen Ältere unkündbar werden. Zu den Rechtsfolgen der Benachteiligung wegen Alters s. Lingemann/Gotham, NZA 2007, 663, 666 ff.

51 Überblick mit Nachweisen bei Dette, in: Däubler/Bertzach (Hrsg.), § 7 Rn. 104a.

52 S. etwa Adomeit/Mohr § 3 Rn. 32 f.; Wendeling-Schröder, in: Wendeling-Schröder/Stein, § 3 Rn. 9; etwas eingehender Rust, in: Rust/Falke § 3 Rn. 18; Schrader/Schubert, in: Däubler/Bertzach § 3 Rn. 24 ff. und insbesondere Schiek-Schiek § 3 Rn. 11 ff.

dische Seemann wäre beispielsweise nach deutschen Tarifverträgen bezahlt worden, hätte er die deutsche Staatsangehörigkeit und einen deutschen Wohnsitz besessen.⁵³ Im Ergebnis läuft dies auf ein Anknüpfungsverbot hinaus; eine bestimmte Eigenschaft darf keine Rolle spielen, selbst wenn es niemanden in vergleichbarer Lage gibt.

Das bestehende Antidiskriminierungsrecht kennt hierfür bereits zwei Anwendungsfälle. Bei der Benachteiligung wegen Schwangerschaft fehlt es ersichtlich an einer Vergleichsperson des anderen Geschlechts, weshalb man allein danach fragt, wie die betreffende Person ohne die Schwangerschaft behandelt worden wäre; hierüber kann die Situation anderer nicht-schwangerer Frauen Aufschluss geben.⁵⁴ Auch bei der als Diskriminierung bewerteten Belästigung wird nicht nach einer Vergleichsperson gefragt⁵⁵, obwohl dies an sich möglich wäre, weil es einen »Horrorbetrieb«, in dem alle in gleicher Weise wegen eines Merkmals nach § 1 AGG gemobbt und schikaniert werden, in der Realität nicht gibt.⁵⁶ Auch im Betriebsverfassungsrecht wird die Auffassung vertreten, die Vergütung eines Betriebsratsmitglieds müsse der eigenen hypothetischen Entwicklung folgen, wenn es entgegen der Annahme des § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG keinen vergleichbaren Arbeitnehmer im Betrieb gibt.⁵⁷ Damit wird nicht nur der Fall vermieden, dass Diskriminierungsverbote wegen fehlender Vergleichsperson leerlaufen. Vielmehr ist damit auch die Ankoppelung an die allgemeine Entwicklung des (Arbeits-)Marktes jedenfalls nicht mehr in der Stringenz vorhanden, die für traditionelle Diskriminierungsverbote charakteristisch ist. In diese Richtung weist auch die Feryn-Entscheidung des EuGH⁵⁸, wonach wirksame Sanktionen auch für den Fall vorgesehen werden müssen, dass ein Arbeitgeber öffentlich erklärt, keine Angehörigen einer bestimmten Rasse einstellen zu wollen; das Fehlen eines konkreten »Opfers« ist ohne Bedeutung.

Auch weiter entwickelte Gleichheitsrechte können Freiheitsrechte nicht ersetzen. Diese dürfen allerdings am Arbeitsplatz nicht zu Grundrechten zweiter Klasse werden. Das bedeutet insbesondere, dass man vergleichbaren Beweisschwierigkeiten eines Grundrechtsträgers auch hier Rechnung tragen muss.⁵⁹ Weiter ist nicht erkennbar, weshalb jede Diskriminierung einen erheblichen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht darstellen soll, während man dies bei einer Benachteiligung wegen unerwünschter Meinungen oder wegen gewerkschaftlicher Betätigung nicht ernsthaft in Erwägung zieht. Freiheitsrechte sind nicht nur ein elementarer Teil der Persönlichkeitsentfaltung, ihre Ausübung kann auch über den gesellschaftspolitischen Status quo hinausweisen. Sie deshalb weniger zu schützen als Gleichheits-

53 Auf den reinen Migrantenbetrieb hebt in gleichem Sinne Schiek (NZA 2004, 873, 874) ab.

54 Vgl. Rust, in: Falke/Rust (Hrsg.), § 3 Rn. 28.

55 Adomeit/Mohr, § 3 Rn. 117; Thüsing, NZA 2001, 939, 941; Wendeling-Schröder, in: Wendeling-Schröder/Stein, § 3 Rn. 28.

56 Däubler, ZfA 2006, 479, 489. Der eigentliche Grund der Diskriminierungsfiktion liegt im Unrechtsgehalt der Belästigung.

57 GK-Weber, 8. Aufl. 2005, § 37 Rn. 112 mwN. Missverständlicher Hinweis auf diese Parallele auch bei Schrader/Schubert, in: Däubler/Bertzbach § 3 Rn. 26.

58 NZA 2008, 929.

59 Überlegungen dazu bei Däubler/Bertzbach-Hinrichs § 2 Rn. 246 ff.

rechte, kann in einer demokratischen Gesellschaft nicht akzeptiert werden. Diese lebt von unterschiedlichen Positionen und würde ihre Lernfähigkeit verlieren, würde sie alles Unerwünschte zu Außenseitermeinungen erklären. Von Dissidenten lernen? Im Absolutismus gab es den Hofnarren, der Schmeicheleien durch Wahrheit ersetzen durfte. Politische Systeme, aber auch Unternehmen, die darauf verzichten, haben keine große Überlebenschance.

Le Code du Travail Portugais: une Introduction

António Monteiro Fernandes

1. *Une codification inattendue ...*

La tradition législative au Portugal n'a jamais été favorable à la codification du droit du travail. Les relations étroites qui existent entre la régulation du travail et tout un ensemble de facteurs variables – les tendances idéologiques dominantes, les conjonctures économiques, les modalités d'organisation et les technologies de la production, les rapports de force entre les organisations des travailleurs et d'employeurs, parmi d'autres – contredisent apparemment l'utilité et la fonctionnalité de toute opération visant la consolidation des textes normatifs, leur incorporation organique sous la couverture de principes établis de façon plus ou moins intemporelle.

Même le régime corporatif qui a été en vigueur pendant quatre décennies (entre 1933 et 1974) et qui supposait une conception stable, fermement normative, des relations économiques et sociales¹ n'avait jamais tenté de codifier son droit du travail.² À la veille du mouvement révolutionnaire qui renverserait le régime, le « système » du droit du travail portugais était composé d'une pluralité hétérogène de lois thématiques, dont l'épicentre était occupé par une loi sur le contrat de travail (LCT) issue en 1969.

Ce complexe normatif, après la révolution, et en conséquence des accidents politiques successifs qui ont marqué surtout la première décennie du régime démocratique, a fait l'objet d'une évolution chaotique, où le caractère ouvertement conjoncturel et instrumental des produits législatifs se combinait avec leur débilite technique pour rendre de plus en plus difficile l'accès et l'application du droit positif. Plusieurs lois héritées du régime corporatif – en particulier, la LCT – sont restées en vigueur, à côté d'autres qui, produits du processus révolutionnaire, contredisaient ouverte-

1 Cette conception a été traduite sous forme normative au travers du « Statut du Travail National » (*Estatuto do Trabalho Nacional*), approuvé par une loi de 1933 (d'ailleurs, un « décret-loi » – c'est à dire, une loi édictée par le gouvernement). L'*Estatuto* reflétait l'inspiration de la *Carta del Lavoro* mussolinienne, sans pour autant manifester une totale identité idéologique avec ce dernier document.

2 Pourtant, la production législative dans le domaine du droit du travail a été particulièrement riche au cours des années 30 et 40 : on a vu apparaître successivement des lois sur le *temps de travail* (décret-loi 24.402, du 24 août 1934), sur les *accidents de travail et les maladies professionnelles* (loi 1942, du 27 juillet 1936), sur le *contrat de travail* (loi 1952, du 10 mars 1937), sur les *sanctions* applicables en cas de violation des lois du travail (décret-loi 31.280, du 22 mai 1940) et sur les *conventions collectives de travail* (décret-loi 36.173, du 6 mars 1947), parmi d'autres documents normatifs de moindre importance. Mais tout d'abord le régime avait déjà pris position sur les *moens d'action collective* en établissant le caractère délictuel de la grève et du « lock-out » (décret-loi 23.870, du 18 mai 1934).