



Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

ab 18. August 2006

Merkblatt für Hoteliers und Gastronomen für den diskriminierungsfreien Umgang mit Mitarbeitern und Gästen

Stand: 13. September 2006

Am 18. August 2006 ist nunmehr nach Unterzeichnung durch den Bundespräsidenten und Verkündung im Bundesgesetzblatt endgültig das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) in Kraft getreten, das vier europäische Antidiskriminierungs-Richtlinien in deutsches Recht umsetzt.

Vorsicht ist also geboten bei Ungleichbehandlungen von Beschäftigten und Gästen wegen

- Rasse oder ethnischer Herkunft
- Geschlecht
- Religion oder (nur im Arbeitsrecht) Weltanschauung
- Behinderung
- Alter
- sexueller Identität

Dem Hotelier oder Gastronom drohen bei Verstößen **Schadensersatz- und Entschädigungsklagen**. Bei Beschwerden von Mitarbeitern* und Gästen muss daher angemessen reagiert werden. Maßnahmen, die bisher durch das Hausrecht gedeckt waren, sind nur noch eingeschränkt möglich. Beachtet werden muss aber auch, dass **nicht jede Ungleichbehandlung eine Diskriminierung** ist: In vielen Fällen ist eine Rechtfertigung möglich.

Verschiedene Maßnahmen sind schon **jetzt** zu treffen: Der Arbeitgeber muss eine **Beschwerdestelle** im Betrieb einrichten. Für das AGG gilt **Aushangpflicht**. Und der wichtigste: Der Arbeitgeber muss seine **Mitarbeiter schulen**.

Dieses Merkblatt informiert Sie darüber, was Sie zum AGG unbedingt wissen und beachten müssen. Die allgemeine Presseberichterstattung und auch Fachbeiträge zum AGG konzentrieren sich weitgehend auf den Bereich des Arbeitsrechts, der für alle Arbeitgeber zu beachten ist. Für Hoteliers und Gastronomen von ebenso großer Bedeutung ist allerdings das allgemeine Zivilrecht – d.h. alle Fragen, die im Umgang mit dem Gast zu beachten sind.

Der DEHOGA und die deutsche Wirtschaft insgesamt haben an dem Gesetz massive Kritik geübt, da es über die – ohnehin schon überzogenen – zwingenden Vorgaben der Europäischen Union an verschiedenen Stellen hinausgeht. Es belastet somit die Unternehmen mit Bürokratie, Rechtsunsicherheit und Kosten. Nach einem fünf Jahre dauernden Verfahren mit mehreren verschiedenen Gesetzentwürfen und zahlreichen Nachbesserungen, Veränderungen und einer verzögerten Prüfung durch den Bundespräsidenten tritt das Gesetz nunmehr in der vorliegenden Fassung in Kraft. Aufgrund handwerklicher Mängel ist jedoch eine alsbaldige Überarbeitung wahrscheinlich. Wir werden dann unverzüglich eine Überarbeitung dieses Merkblatts vornehmen.

Das vorliegende Merkblatt stellt die wichtigsten Regelungen des AGG und ihre Bedeutung für die Unternehmen der Hotellerie und Gastronomie kurz dar. Es zeigt die Fallstricke auf und gibt Tipps zur Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten und Schadensersatzansprüchen. Das Merkblatt will keine juristische Abhandlung sein, sondern orientiert sich an im Gastgewerbe praktisch relevanten Fallkonstellationen.

*Es muss darauf hingewiesen werden, dass das AGG wie jedes Gesetz abstrakt generelle Regelungen trifft und sich Einzelfälle erst im Laufe der nächsten Jahre nach Ausformung eines Richterrechts beurteilen lassen werden. **Eine der größten Schwierigkeiten im Zusammenhang mit diesem neuen Gesetz ist daher die bestehende Rechtsunsicherheit.** Wo tatsächlich Ungleichbehandlungen aufgrund der genannten Diskriminierungsmerkmale vorliegen, unter welchen Voraussetzungen diese gerechtfertigt sein können, wie eventuelle Schadensersatzansprüche zu bemessen sind und wie der Beweislast genügt werden kann, wird letztlich die Rechtsprechung entscheiden. Daraus wird sich auch ergeben, welche praktische Relevanz das AGG erlangen wird. Diese Merkblatt kann daher lediglich auf **sensible Fallkonstellationen** hinweisen und Anhaltspunkte geben, wie diese gelöst werden könnten.*

I. Grundsätzliches

1. Welche grundsätzlichen Auswirkungen wird das AGG auf Wirtschafts- und Arbeitsleben im Gastgewerbe haben?

Das AGG ist nicht nur ein Gesetz unter vielen, sondern die Gleichbehandlungsgebote werden in vielen Bereichen die Tür zur gerichtlichen Kontrolle erst öffnen oder weiter aufstoßen. Im allgemeinen Zivilrecht galten bisher **Vertragsfreiheit** und **Hausrecht** bis zur Grenze von Sittenwidrigkeit bzw. Treu und Glauben, durch das AGG werden sie deutlich eingeschränkt. Im Arbeitsrecht galten auch bisher schon der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz und Diskriminierungsverbote für Frauen und Schwerbehinderte, diese werden aber, insbesondere bei Einstellung neuer Mitarbeiter, deutlich ausgeweitet. Der Hotelier oder Gastronom mag sich im konkreten Streitfall rechtfertigen können, er muss es jedoch – ggf. gerichtlich – auch nachweisbar tun, sollen seine Entscheidungen Bestand haben. Das bedeutet, der **Dokumentationsaufwand** wird erheblich erhöht. Es ist zu hoffen, dass die ordentliche und Arbeitsgerichtsbarkeit mit Fingerspitzengefühl insbesondere an Schadensersatzhöhen und Beweislast herangeht, um keinen zusätzlichen Anreiz für juristische Aktivitäten zu setzen. Die Gesetzesformulierungen schließen aber auch „amerikanische Verhältnisse“, d.h. eine Vielzahl von Diskriminierungsklagen bis hin zum Missbrauch, nicht aus. Die ersten „Antidiskriminierungsanwälte“ stehen schon in den Startlöchern. Hoteliers und Gastronomen kann daher nur dringend empfohlen werden, sich rechtzeitig mit ihren neuen Pflichten aus dem AGG vertraut zu machen.

2. Was ist eine „Benachteiligung“?

Benachteiligung im Sinne des AGG ist nicht nur eine ungerechtfertigte, tatsächlich erfolgte, weniger günstige Behandlung einer Person im Vergleich zu einer anderen wegen eines der Diskriminierungsmerkmale (= unmittelbare Benachteiligung); das Gesetz meint auch:

- Ungleichbehandlung gegenüber einer hypothetischen Person
d.h. die benachteiligte Person erfährt eine weniger günstige Behandlung, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfahren „würde“. Die Vermutung muss aber auf Tatsachen begründet sein.
- Mittelbare Benachteiligung
d.h. dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren können Personen wegen eines Diskriminierungsmerkmals in besonderer Weise benachteiligen. Hier müssen Vergleichsgruppen gebildet und anhand von Statistiken geprüft werden, ob die benachteiligte Gruppe prozentual wesentlich stärker belastet wird.

Beispiele: Ungleichbehandlung wegen Elternzeit ist eine mittelbare Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts (Elternzeit wird zu 90 % von Frauen genommen). Ungleichbehandlung wegen fehlender deutscher Sprachkenntnisse ist mittelbare Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft, denn wesentlich mehr Aus- als Inländer haben Schwierigkeiten mit der deutschen Sprache. Ein „Kopftuchverbot“ ist mittelbare Ungleichbehandlung wegen der Religion, denn Kopftücher werden fast ausschließlich von muslimischen Frauen getragen.

Keine Diskriminierung liegt vor, wenn die Vorschriften, Kriterien und Verfahren durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt sind und die Mittel zu Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.

Beispiel: Anknüpfen an die Betriebszugehörigkeit bei tariflichen Kündigungsfristen

- Unterlassen oder untätig bleiben

Beispiel: Geschäftsführer G steht in unmittelbarer Nähe, als zwei Servicekräfte ihren Kollegen K als „schwule Sau“ beschimpfen. G unternimmt nichts.

- Fälle, in denen das Diskriminierungsmerkmal nur einer von mehreren Gründen in einem sog. Motivbündel ist

Beispiel.: Gastronom g hat in der Stellenanzeige eine „dynamische Kellnerin mit abgeschlossener gastgewerblicher Ausbildung“ gesucht. Ein männliche Bewerber wird abgelehnt, weil die Noten seiner IHK-Prüfung schlechter waren, weil weibliche Servicekräfte besser ins Gastro-Konzept passen und letztlich, weil „die Chemie mit ihm einfach nicht gestimmt“ habe. Hier ist die Geschlechtsdiskriminierung zumindest ein bestimmendes Motiv, was für die Annahme einer unmittelbaren Benachteiligung ausreicht.

- Belästigung

Beispiel: Mobbing

- Sexuelle Belästigung

Beispiele: Körperliche Berührungen, Aufforderungen zu sexuellen Handlungen, Bemerkungen über sexuelle Neigungen oder Ausstrahlung, Zeigen von pornographischen Darstellungen wenn dadurch die Würde der Person verletzt und ein feindliches Umfeld geschaffen wird.

- Anweisung zur Benachteiligung einer Person

Beispiel: Diskothekenbetreiber D weist seine Türsteher an, keine „Schwarzafrikaner“ hereinzulassen.

- eine ungünstigere Behandlung einer Frau wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft

Ungleichbehandlung bedeutet noch nicht Diskriminierung – die Frage der Rechtfertigung kann noch gestellt werden.

3. Was ist genau mit den Diskriminierungsmerkmalen gemeint?

- Rasse oder ethnische Herkunft
Eine Ungleichbehandlung aus Gründen der Rasse liegt vor, wenn der Benachteiligende annimmt, dass es so etwas wie „menschliche Rassen“ gibt, also rassistisch handelt. Die ethnische Herkunft umfasst Hautfarbe, Abstammung, Volkstum, Sprache. Die **Staatsangehörigkeit** ist damit nicht gemeint. Jedoch dürfte es in den meisten Fällen der Ungleichbehandlung wegen der Staatsangehörigkeit oder Nationalität in Wahrheit nicht auf den Pass ankommen, sondern (auch bei anderer Bezeichnung) auf die Zugehörigkeit zu einer Volks- und Kulturgemeinschaft, d.h. der ethnischen Herkunft.

Beispiel: Der Kellner K weigert sich „Juden“ zu bedienen. Gastronom G stellt grundsätzlich keine „Schlitzaugen“ ein. In der Diskothek D haben „Araber“, „Türken“ und „Albaner“ keinen Zutritt.

Gegenbeispiel: Eine Benachteiligung als „Ossi“ oder „Wessi“ stellt keine Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft dar.

- Die Weltanschauung ist nur Diskriminierungsmerkmal im **Arbeitsrecht**, nicht aber im allgemeinen Zivilrecht. **Nicht jede politische oder ideologische Auffassung** ist Weltanschauung, sondern es müssen Aussagen zum Weltganzen, zum Ziel menschlichen Lebens gemacht werden. Auf die Sinnhaftigkeit kommt es nicht an.

Beispiel: Philosophische Weltmodelle, Atheismus

Gegenbeispiele: Ein Stellenbewerber darf mit der Begründung abgelehnt werden, in einer rechtsextremen Gruppierung aktiv zu sein, denn nazistisches Gedankengut ist eine politische Ideologie, keine Weltanschauung. Scientology ist nach deutscher BAG-Rechtsprechung (anders als z.B. in den USA - eine EuGH-Rechtsprechung dazu gibt es noch nicht) keine Religion oder Weltanschauung, sondern ein Wirtschaftsunternehmen, dem die religiösen Lehren nur als Vorwand dienen.

- Der Begriff der Behinderung ist nicht gleichzusetzen mit **Schwerbehinderung**, sondern umfasst auch körperliche, geistige und seelische Defizite unterhalb dieser Schwelle. Nicht jede schwerwiegende **Krankheit** ist eine Behinderung, die Abgrenzung kann aber im Ein-

zelfall schwierig sein. Die Funktionsstörung muss mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate andauern. Auf eine Eigenverursachung kommt es nicht an.

Beispiele: Lernbehinderung, Depression infolge Drogenkonsums

4. Was kann ein Beschäftigter oder Gast tun, der sich diskriminiert fühlt?

Der Rechtsschutz unterscheidet sich teilweise nach Benachteiligungen im Arbeits- oder im allgemeinen Zivilrecht. Wer benachteiligt wurde, kann:

- **Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche** für Vermögens- und Nichtvermögensschäden geltend machen. Diese Ansprüche sind ausgeschlossen, wenn der Hotelier oder Gastronom die Benachteiligung nicht zu vertreten hat. Bei Nichteinstellung darf die Entschädigung **drei Monatsgehälter** nicht übersteigen, wenn die benachteiligte Person auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre.
- sich an die noch einzurichtende **Antidiskriminierungsstelle** des Bundes wenden
- sich an einen **Antidiskriminierungsverband** wenden. Diese nehmen die Interessen von benachteiligten Personen wahr und können ggf. als Beistände in gerichtlichen Verfahren auftreten.

Im allgemeinen Zivilrecht kann der Benachteiligte darüber hinaus:

- **Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche** geltend machen.

Im Arbeitsrecht kann der Benachteiligte darüber hinaus:

- sich bei der Beschwerdestelle des Betriebs oder Unternehmens beschweren.
- bei Belästigungen oder sexuellen Belästigungen die **Arbeit einstellen**, wenn der Arbeitgeber keine (geeigneten) Maßnahmen ergreift.
- Er hat jedoch **keinen Einstellungsanspruch**.

5. Wie kann der Hotelier oder Gastronom, der durch Beschäftigte oder Gäste mit dem Vorwurf einer Diskriminierung konfrontiert wird, reagieren?

- Klären Sie den tatsächlichen **Sachverhalt** so genau wie möglich. Hat es eine Ungleichbehandlung gegeben? Ist diese wegen eines der Diskriminierungsmerkmale oder aus anderen Gründen erfolgt? Was waren die Gründe für die Ungleichbehandlung – könnte sich daraus eine Rechtfertigung ergeben?
- Ermitteln Sie, welches **Begehren** die benachteiligte Person hat? Welchen Anspruch will sie geltend machen? Will sie überhaupt einen Anspruch geltend machen? Wer meldet sich zu Wort? Hat die benachteiligte Person bereits einen **Antidiskriminierungsverband** oder die staatliche Antidiskriminierungsstelle eingeschaltet? Danach können sich Form und Ausmaß der Reaktion unterscheiden.
- Wann ist die Ungleichbehandlung erfolgt und wann hat die benachteiligte Person davon Kenntnis erlangt? – für Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche gilt eine **Zweimonatsfrist**. Danach können die Ansprüche in der Regel nicht mehr geltend gemacht werden.
- Beurteilen Sie die **Beweislage**. Welche Indizien führt die benachteiligte Person an? Welche Beweismittel können Sie dagegen anführen (z.B. Zeugen, Dokumente, Personalunterlagen)? Bedenken Sie unbedingt bei der Beurteilung: Es greift eine „**teilweise Beweis-**

lastumkehr“, d.h. wenn die Person Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines der Diskriminierungsmerkmale vermuten lassen, tragen Sie die Beweislast dafür, dass kein Verstoß vorlag.

- Prüfen Sie, ob **Maßnahmen** Ihrerseits **zum Schutz Ihrer Beschäftigten** erforderlich sind (**gegenüber anderen Beschäftigten oder Dritten/Gästen**). Sie sind verpflichtet, die geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zu ergreifen. Was das konkret bedeutet, kann nur eine Einzelfallbetrachtung zeigen.
- Sie dürfen Beschäftigte, die ihre Rechte aus dem AGG in Anspruch nehmen oder andere, die diese dabei unterstützen, nicht benachteiligen. Es gilt ein sog. **Maßregelungsverbot**.
- Bei einer Beschwerde eines Beschäftigten bei der Beschwerdestelle muss diese geprüft werden und der **Beschwerdeführer** muss eine (am besten schriftliche und dokumentierte) **Antwort** erhalten.

II. Allgemeines Zivilrecht

Im Zivilrecht galt bis jetzt der Grundsatz der **Vertragsfreiheit** nahezu unbeschränkt. Das heißt, der Hotelier und Gastronom durfte sich aufgrund seines **Hausrechts** seine Gäste selbst aussuchen, eine **Türpolitik** betreiben, die ihm richtig erschien, Lokalverbote aussprechen etc. Eine Grenze bildeten lediglich Sittenwidrigkeit und Grundsatz von Treu und Glauben. So war es z.B. auch bisher schon unzulässig, Gäste wegen ihrer ausländischen Herkunft abzuweisen. Die Vertragsfreiheit wurde durch das AGG eingeschränkt.

1. Wann gilt das AGG im Zivilrecht?

Das AGG gilt bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, die

- typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (= **Massengeschäfte**)
- oder bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen.

Beispiel: Jeder Beherbergungs- oder Bewirtungsvertrag ist ein solches Massengeschäft. Denn Hoteliers und Gastronomen schließen im Rahmen ihrer Kapazitäten standardisierte Verträge mit jedem zahlungswilligen und zahlungsfähigen Gast. Das gilt auch dann, wenn z.B. individuelle Rabatte und Preisnachlässe ausgehandelt werden.

Beispiel: Auch Bankettveranstaltungen, Tagungen oder andere Veranstaltungen in Hotellerie und Gastronomie kommen in aller Regel ohne Ansehen der Person zustande, da sie sich im Rahmen der normalen gewerblichen Tätigkeit bewegen. Hier kann es aber Grenzfälle geben, z.B. bei individuell konzipierten Events.

2. Kann der Hotelier oder Gastronom überhaupt noch Gäste ablehnen oder ein Lokalverbot erteilen?

Ja!

- Unproblematisch sind Fälle, in denen die Abweisung nichts mit einem der Diskriminierungsmerkmale zu tun hat und auch kein Anhaltungspunkt dafür besteht.

Beispiel: Der Gastronom weist betrunkene Gäste schon am Eingang ab oder erteilt Randalierern ein Hausverbot.

Beispiel: Im Restaurant besteht Krawattenzwang. In der Diskothek besteht Turnschuhverbot. Eine solche Hausordnung ist weiter zulässig.

Beispiel: Zum Konzept der Edeldiskothek gehört es, nur „gut aussehende“ und „gut gekleidete“ Gäste haben zu wollen. Eine solche Türpolitik ist auch weiterhin zulässig, so lange dadurch nicht die Grenzen der Sittenwidrigkeit überschritten werden.

Schwierig kann es aber hier sein, die wahren Gründe für eine Unterscheidung zu beweisen. Denken Sie daran, dass die Beweislast teilweise umgekehrt ist (vgl. I.5). **Sichern Sie Beweise rechtzeitig.**

Beispiel: Der Diskothekenbesucher, den der Türsteher wegen seiner Turnschuhe nicht eingelassen hat, ist türkischer Abstammung. Er beschwert sich und ist der Meinung, wegen seiner ethnischen Herkunft abgewiesen worden zu sein. Wenn er Indizien beweist, die für eine Diskriminierung sprechen (z.B. deutsch stämmige Gäste wurden eingelassen), muss der Diskothekenbetreiber beweisen, dass die Abweisung wegen der Turnschuhe erfolgte. Das wird vermutlich nur durch eine eindeutige Zeugenaussage des Türstehers möglich sein. Dieser muss also auch noch nach längerer Zeit in der Lage sein, sich an den Vorfall zu erinnern.

- Keine Benachteiligung sind Unterscheidungen, die zwar Diskriminierungsmerkmale betreffen, gleichzeitig aber der **Erfüllung gesetzlicher Pflichten** dienen.

Beispiel: Soweit der Aufenthalt in Gaststätten, in Nachtclubs oder auf Tanzveranstaltungen, der Ausschank von Alkohol oder der Verkauf von Tabakwaren durch das Jugendschutzgesetz verboten sind, ist eine Ungleichbehandlung wegen des Alters zulässig.

- Ungleichbehandlungen sind zulässig, wenn sie der Vermeidung von Gefahren oder der Verhütung von Schäden dienen.

Beispiel: Aus brandschutztechnischen Gründen dürfen sich auf einem Restaurantschiff oder in einem Kellerlokal nur eine bestimmte Zahl Rollstuhlfahrer aufhalten. In Freizeitparks dürfen Menschen mit körperlicher Behinderung bestimmte Fahrgeschäfte nur mit einer Begleitperson benutzen.

Beispiel: Der Hotelier sperrt das Schwimmbecken im Wellness-Bereich für Kinder ohne Begleitung.

- Ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung ist gegeben, wenn dadurch dem Schutz der Intimsphäre oder dem Bedürfnis nach persönlicher Sicherheit Rechnung ge-

tragen wird. Hier geht der Gesetzgeber insbesondere von einem berechtigten besonderen **Schutzbedürfnis von Frauen** aus.

Beispiel: Frauensaunatag oder Frauenbadetag, Frauenparkplätze.

Dabei kommt es darauf an, ob die Unterscheidungen „**sozial erwünscht**“ und „**gesellschaftlich weithin akzeptabel**“ sind. Problem: Solche Kriterien sind natürlich überhaupt nicht trennscharf. Jedenfalls reicht aber eine pauschale, irrationale Angst vor „dem Islam“ oder „der jüdischen Weltverschwörung“ nicht aus, um etwa Moslems oder Juden/Israelis auszuschließen. Ob man beispielsweise Partyveranstaltungen für Homosexuelle, bei denen Frauen/Männer/Heterosexuelle nicht erwünscht sind, hierunter subsumieren kann, erscheint mehr als fraglich.

- Durch die Ungleichbehandlung werden **besondere Vorteile gewährt und ein Interesse an der Durchsetzung der Gleichbehandlung fehlt**.

Beispiel: In der Gesetzesbegründung ausdrücklich genannt werden Preisnachlässe für Schüler oder Studenten oder Kinderteller. Auch die Aktion der Deutschen Hotelklassifizierung „Kinder unter 15 kostenlos“ ist danach unproblematisch zulässig.

Die besonderen Vorteile sind meist finanzieller Art, wie z.B. Rabatte. Der sachliche Grund kann darin liegen, dass bestimmte Gruppen **finanziell weniger leistungsfähig** sind und meist nicht über ein Erwerbseinkommen verfügen. Bei Kindern, Schülern, Studenten dürfte dies unproblematisch sein, sicher auch bei Familien und Schwerbehinderten und wohl auch bei Rentnern oder Senioren (obwohl so pauschal auch nicht unproblematisch). Die Grenze wäre jedoch überschritten, wenn die Gewährung gezielter Vorteile dazu dient, eine diskriminierende Verhaltensweise nur zu tarnen. Das wäre etwa bei einer Preisgestaltung denkbar, bei der das regulär geforderte Entgelt weit über dem Marktpreis liegt, so dass es dem Anbietenden im Ergebnis nur darum geht, den Kundenkreis auf diejenigen zu beschränken, die Adressaten der besonderen Vorteile (tatsächlich aber des Normalpreises) sind.

Eine zweite Fallgruppe betrifft Vergünstigungen, die die **gezielte Ansprache von Kundenkreisen** bezwecken, die der Anbieter anlocken möchte. Eine solche Verfahrensweise ist dann Bestandteil einer auf **Wettbewerb** beruhenden Wirtschaft.

Beispiel: Sog. „Ü-30-Parties“. Oder: Ein Partyveranstalter verteilt vor dem Eingang Freikarten an Frauen in der Erwartung, dass dann die Männer automatisch nachkommen. Oder: Bars, die sich speziell an Homosexuelle richten.

- **Aber Achtung: Für eine Ungleichbehandlung wegen der Rasse oder ethnischen Herkunft kann es nach dem AGG niemals eine Rechtfertigung geben.**

Beispiel: In einer Diskothek gab es bereits häufiger Schwierigkeiten mit gewalttätigen arabischen Jugendlichen, die sich Bandenkriege geliefert haben. Dies ist kein Grund, arabisch aussehende Jugendliche generell nicht einzulassen. Auch „Quoten“ für ausländische Gäste sind unzulässig. Erkennt der Türsteher jedoch einen konkreten Gewalttäter wieder, darf er ihn selbstverständlich abweisen.

II. Arbeitsrecht

1. Welche Bereiche des Berufslebens sind vom AGG erfasst?

Der persönliche Anwendungsbereich des AGG ist sehr breit und erfasst neben **Arbeitnehmern** auch die zur **Berufsbildung** Beschäftigten, arbeitnehmerähnliche Personen und **Bewerber**. **Selbstständige** und **Organmitglieder** (z.B. Geschäftsführer) sind erfasst, soweit es die Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit sowie den beruflichen Aufstieg betrifft.

Beispiel: Auch Personen in der Berufsvorbereitung wie Einstiegsqualifikanten oder Praktikanten sind erfasst.

Beispiel: Bewerber sind auch Personen, die sich mündlich oder initiativ bewerben, es muss kein offizielles Bewerbungsverfahren vom Arbeitgeber eingeleitet worden sein. Nicht als Bewerber im Sinne des AGG gilt jedoch, wer sich nicht ernsthaft bewirbt, z.B. wenn eine ersichtliche Fehlqualifikation für die ausgeschriebene Stelle besteht. Wenn sich z.B. ein Rechtsreferendar erfolglos um eine Stelle als „Putzfrau“ bewirbt, ist zwar die Stelle unzulässiger Weise nicht geschlechtsneutral ausgeschrieben worden. Ein Schadensersatzanspruch besteht aber dennoch nicht.

Beispiel: Erfasst werden auch Leiharbeitnehmer im Entleihbetrieb, der Entleiher gilt für das Anwendung des AGG ebenfalls als Arbeitgeber.

Beispiel: Erfasst wird auch der Franchisenehmer im Verhältnis zum Franchisegeber, denn der Franchisevertrag bildet die Grundlage für seine Tätigkeit als Selbstständiger.

Auch sachlich erfasst das AGG alle Facetten des Berufslebens, z.B.:

- Bedingungen für den Zugang zur Berufstätigkeit, Auswahlkriterien, Einstellungsbedingungen, Bedingungen für den beruflichen Aufstieg
- Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, Arbeitsentgelt
- Maßnahmen im laufenden Arbeitsverhältnis, z.B. Weisungen
- Beendigung von Arbeitsverhältnissen
- Berufsberatung, Berufsbildung, Berufsausbildung, Weiterbildung und das Sammeln von praktischer Berufserfahrung
- Sozialschutz, soziale Sicherheit und Gesundheitsdienste

und zwar in individualvertraglicher wie in kollektivrechtlicher Hinsicht. Das bedeutet, auch **Betriebsvereinbarungen** und **Tarifverträge** können auf den Prüfstand.

2. Von besonderer Bedeutung ist das AGG im Ausschreibungs- und Bewerbungsverfahren. Was ist hier in der Praxis zu beachten?

Sowohl die Formulierung von Stellenanzeigen und das Benennen beruflicher Anforderungen in den Stellenbeschreibungen, als auch die Durchführung des Bewerbungsverfahrens selbst können Angriffspunkte für unzulässige Benachteiligungen bieten. Diese sollte man so weit wie möglich vermeiden, sei es bei der Einstellung, sei es beim beruflichen Aufstieg.

- Grundsätzlich darf bei der Einstellung nach den genannten Diskriminierungsmerkmalen nur differenziert werden, wenn der Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine **wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung** darstellt.
- Verwenden Sie in Stellenanzeigen **geschlechtsneutrale** Formulierungen.

Beispiel: „Koch/Köchin“, „Putzkraft“, „Vorstand m/w“

Das forderte auch bisher schon § 611 b BGB. Allein die nicht geschlechtsneutrale Stellenanzeige löst allerdings noch keinen Schadensersatzanspruch nach dem AGG aus, es muss tatsächlich eine Benachteiligung bei der Einstellung vorliegen – für die die fehlerhafte Anzeige aber ein starkes Indiz ist.

- Verwenden Sie in Stellenanzeigen ausschließlich **tätigkeitsbezogene**, keine personenbezogenen Hinweise.
- Besonders sensibel ist dabei der Bereich einer Benachteiligung wegen des **Alters**. Vermeiden Sie also Formulierungen, die den Eindruck machen, dass sie jüngere bzw. ältere Bewerber bevorzugen.

Beispiel: „Bewerben können sich ausgebildete Fachkräfte zwischen 20 und 40 Jahren“; „junge, dynamische Servicekraft gesucht“, „Jungkoch gesucht“

Problematisch sind nicht nur Formulierungen in der Stellenanzeige oder -beschreibung selbst, sondern auch Ihre **Unternehmensdarstellung**, wenn dadurch der Eindruck erweckt wird, dass nur Bewerber eines bestimmten Alters willkommen sind. Das gilt auch für Selbstdarstellungen, die mit einem Ausschreibungsverfahren nicht im unmittelbaren Zusammenhang stehen.

Beispiel: „Unser junges, dynamisches Team sucht Verstärkung.“

Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters beim Zugang zur Beschäftigung ist zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Das ist z.B. der Fall, wenn die **berufliche Eingliederung von Jugendlichen oder älteren Personen** gefördert werden soll. Zulässig kann auch die Festlegung von Mindestanforderungen an das Alter oder die Berufserfahrung sein.

Beispiel: Die Einstellung eines Fahrers für einen Pizza-Lieferdienst kann davon abhängig gemacht werden, dass er einen PKW-Führerschein besitzt, daher also mindestens 18 Jahre alt sein muss. Zulässig ist auch die Suche nach einem „erfahrenen Personalleiter, mindestens 10 Jahre Berufserfahrung“. Würde dagegen nur auf das Lebensalter abgestellt, wäre dies problematisch.

Beispiel: Problematisch kann es sein, wenn ein Unternehmen prinzipiell nur **Auszubildende ab 18 Jahren** einstellt. In einem Betrieb mit Schwerpunkt der Betriebszeiten am Abend dürfte es sich hierbei mit Hinblick auf die Reglementierungen des **Jugendarbeitsschutzgesetzes** um ein legitimes Ziel handeln, das mit angemessenen und erforderlichen Mitteln erreicht werden soll. Denn anderenfalls kann das Ausbildungsziel nicht erreicht werden. Wie die Rechtsprechung die selbe Anforderung in Betrieben mit starkem Tagesgeschäft bewerten wird, kann zur Zeit nicht abgeschätzt werden.

Beispiel: Zulässig dürfte dagegen die Staffelung der Ausbildungsvergütung nach dem Kriterium unter/über 18 Jahre im Tarifvertrag sein. Denn hiermit wird die Eingliederung jugendlicher Auszubildender gefördert, die bei der Ausbildungsplatzsuche oft benachteiligt sind.

- Die Anforderung von „uneingeschränkter körperlicher Belastbarkeit“ deutet auf den Ausschluss behinderter Bewerber hin und sollte vermieden werden. Nach dem Vorliegen einer Schwerbehinderung sollte erst nach Abschluss des Arbeitsvertrages gefragt werden.
- Besonders problematisch sind auch Formulierungen für deutsche **Sprachkenntnisse** in Hinblick auf eine mögliche Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft.

Beispiel: Unzulässig ist jedenfalls eine Anforderung wie „Deutsch als Muttersprache“, denn auch Bewerber mit einer anderen Muttersprache können hervorragende deutsche Sprachkenntnisse erworben haben.

Beispiel: Sehr umstritten ist die Zulässigkeit von Formulierungen wie „gute mündliche Ausdrucksfähigkeit in der deutschen Sprache“ oder „sprachliche Sicherheit in Wort und Schrift“. Zulässig sind solche Anforderungen nur dort, wo es sich um eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung handelt. Das wird an der Rezeption sicher eher zu begründen sein, als in der Küche. Für Servicemitarbeiter dürfte es in den meisten Fällen nur auf mündliche, weniger auf schriftliche deutsche Sprachkenntnisse ankommen.

- Fragen Sie im **Bewerbungsgespräch** oder im **Personalfragebogen** nicht nach Punkten, die eines der Diskriminierungsmerkmale direkt oder indirekt betreffen.

Beispiel: Die Zulässigkeit der Frage nach einer Schwerbehinderung war auch bereits bisher sehr umstritten, ist aber wohl bereits nach SGB IX abzulehnen. Im Hinblick auf das AGG ist die Frage nach einer Behinderung unzulässig, es sei denn, die Nicht-Behinderung stellt eine entscheidende und wesentliche berufliche Anforderung dar. Hieran sind strenge Anforderungen zu stellen. Das gleiche gilt für Fragen, die indirekt eine Behinderung betreffen, z.B. Erfordernis von Hilfsmitteln bei der Arbeit.

Beispiel: Auch bisher durften Frauen nicht nach einer bestehenden Schwangerschaft oder der Absicht der Familiengründung gefragt werden. Letzteres gilt jetzt auch für Männer, denn eine ablehnende Antwort könnte als Indiz für Homosexualität gedeutet werden.

Beispiel: Fragen Sie nicht nach dem Geburtsdatum des Bewerbers, wenn dieser es in seinen Bewerbungsunterlagen nicht angegeben hat.

Beispiel: Fragen Sie niemals nach der „Rasse“ (z.B. jüdische Abstammung). Auch für Fragen nach der ethnischen Zugehörigkeit gibt es kaum eine sachliche Rechtfertigung. Nach der Staatsangehörigkeit kann gefragt werden, wenn diese sicherheitsrelevant ist, z.B. an Flughäfen.

- Einige Unternehmen haben bereits angekündigt, zukünftig nur noch Bewerbungen ohne Foto und ohne Angabe des Geburtsdatums anzunehmen. Eine solche Praxis scheint für Hotellerie und Gastronomie lebensfremd und auch verzichtbar, da sich allein aus der (unaufgeforderten) Kenntnis bestimmter Merkmale noch kein Indiz für eine Benachteiligung ergibt. Es sollte jedoch darauf verzichtet werden, diese Angaben in der Stellenan-

zeige explizit zu fordern, da sich sonst ein Ansatzpunkt für eine Diskriminierung eher finden lässt.

- Unterlassen Sie Bemerkungen, die Anhaltspunkte für Benachteiligungen bieten könnten, im **Bewerbungsgespräch**.
- Sie sollten es vermeiden, z.B. alle Männer oder alle Frauen in der ersten Auswahlrunde auszusortieren. Dies kann einen Anhaltspunkt dafür bieten, dass in Wahrheit nur ein Mann oder nur eine Frau für eine bestimmte Position gewollt sind.
- **Dokumentieren Sie das Bewerbungsverfahren!** Kopien der Bewerbungsunterlagen sind aus Datenschutzgründen nur mit Zustimmung der Bewerber zulässig. Bewahren Sie aber Kopien der **Ablehnungsschreiben** mindestens zwei Monate lang auf. Es kann auch sinnvoll sein, eine Übersicht der Bewerber, des Auswahlprozesses und der Ablehnungsgründe zu erstellen. Erstellen Sie eine Liste der eingehenden Bewerbungsunterlagen, in denen das **Datum der Rücksendung** vermerkt wird. Das ist von Bedeutung für den Fristlauf.
- **Führen Sie Bewerbungsgespräche zu zweit.** In kleineren Unternehmen, in denen der Inhaber die Einstellungen vornimmt, kann es sich anbieten, z.B. den Ehepartner oder einen vertrauten Mitarbeiter hinzuzuziehen. Notieren Sie Fragen und antworten stichpunktartig und bewahren Sie Ihre Notizen auf.
- **Formulieren Sie Ablehnungsschreiben möglichst knapp** und verzichten Sie darin jedenfalls auf alle Bemerkungen, die Anhaltspunkte für Benachteiligungen bieten können. Das gilt bei eventuellen telefonischen Nachfragen der Bewerber nach den Ablehnungsgründen.

3. Was ist die Rechtsfolge, wenn ein Bewerber unter Verstoß gegen das AGG abgelehnt wurde?

Der unter Verstoß gegen das AGG abgelehnte Bewerber hat **keinen Anspruch auf Einstellung oder Beförderung**. Sein Entschädigungsanspruch darf bei einer Nichteinstellung **drei Monatsgehälter nicht übersteigen**, wenn der abgelehnte Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre.

4. Gilt das AGG auch für Kündigungen?

Das AGG sieht vor, dass für Kündigungen ausschließlich die Regelungen des allgemeinen und besonderen Kündigungsschutzes gelten. Das bedeutet jedoch nicht, dass diskriminierende Kündigungen zulässig sind (das wäre auch europarechtswidrig), sondern hier handelt es sich lediglich um eine – mehr politisch motivierte und rechtstechnisch wohl missglückte – Abgrenzung. Neben dem Kündigungsschutzgesetz und den Regelungen des besonderen Kündigungsschutzes wie Mutterschutzgesetz, Bundeserziehungsgeldgesetz und SGB IX gehören zum Kündigungsschutz nämlich auch die allgemeinen BGB-Vorschriften. Eine Kündigung unter Verstoß gegen das AGG wäre gesetzwidrig nach § 134 BGB. Dies wird insbesondere außerdem des Anwendungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes, d.h. bei Kleinbetrieben, zu einer Verschärfung des Kündigungsschutzes führen. Darüber hinaus ist es auch weiter zulässig, im Rahmen der Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen das Lebensalter als Auswahlkriterium heranzuziehen.

5. Was muss der Arbeitgeber gegen Benachteiligungen oder Belästigungen seiner Beschäftigten durch andere unternehmen?

Werden Beschäftigte bei der Ausübung ihrer Beschäftigung durch andere Beschäftigte benachteiligt, muss der Arbeitgeber die im Einzelfall geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zur Unterbindung der Benachteiligung ergreifen.

Beispiel: Im Gesetz ausdrücklich genannt werden Abmahnung, Umsetzung, Versetzung, Kündigung. Vorrangig sind aber Maßnahmen wie Hinweis oder Ermahnung.

Der Beschäftigte, den die Maßnahme trifft, kann diese uneingeschränkt gerichtlich überprüfen lassen. Es gelten die allgemeinen Regeln.

Werden Beschäftigte bei der Ausübung ihrer Beschäftigung durch **Dritte**, also insbesondere durch **Gäste** aber z.B. auch durch Lieferanten, benachteiligt, muss der Arbeitgeber die im Einzelfall geeigneten, erforderlichen und angemessenen **Schutzmaßnahmen** ergreifen. Gerade in Gastbeziehungen muss jedoch darauf geachtet werden, dass die Form einer angemessenen Reaktion anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu bestimmen ist.

Beispiel: Die erforderlichen Maßnahmen können bis zum Hausverbot reichen. Vorrangig sind aber in der Regel Gespräche mit dem Gast oder die Ersetzung z.B. der sexuell belästigten Servicekraft durch einen Kollegen.

Eine **Haftung** für das Verhalten Dritter kann sich allenfalls aus einem **Organisationsverschulden** des Arbeitgebers ergeben, z.B. wenn er gegen bekannte Diskriminierungen nicht vorgeht.

6. Welche Aufgaben haben Betriebsräte und Gewerkschaften?

Der Betriebsrat oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaften können in grundsätzlich betriebsratsfähigen Betrieben (d.h. nicht in Betrieben mit weniger als fünf Arbeitnehmern) bei **groben Verstößen** des Arbeitgebers gerichtlich vorgehen. Betriebsrat oder Gewerkschaft können aber keine Rechte des Arbeitnehmers gelten machen.

Beispiel: Bei beharrlicher und willkürlicher Weigerung des Arbeitgebers, dass AGG bekannt zu machen, kann der Betriebsrat ihn gerichtlich dazu verpflichten lassen.

III. Was sollte der Hotelier oder Gastronom JETZT unternehmen?

- Der Hotelier oder Gastronom muss das AGG im Betrieb bekannt machen. Die Bekanntmachung kann durch **Aushang** oder **Auslegung** an geeigneter Stelle oder den Einsatz der im Betrieb üblichen Informations- und Kommunikationstechnik (z.B. Intranet) erfolgen.

- Jeder Arbeitgeber ist verpflichtet, eine **Beschwerdestelle** im Betrieb einzurichten. Dafür wurde in der Presse vielfach der Betriebsrat vorgeschlagen. Das ist aber keinesfalls zwingend, Beschwerdestelle kann jeder mögliche Ansprechpartner sein. Die Benennung ist mitbestimmungsfrei.

Beispiel: Personalabteilung, ein Vorgesetzter, aber auch der Inhaber selbst

- Der Hotelier oder Gastronom ist verpflichtet, **vorbeugende Maßnahmen** zu ergreifen. Insbesondere soll er 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.

Beispiel: Sinnvoll, aber nicht zwingend ist eine spezielle Schulung. Ausreichend ist aber z.B. auch die Behandlung des AGG im Rahmen einer Betriebsversammlung (nicht aber ein bloßer Hinweis). Es können auch interaktive Lerntrainer im Internet zur Verfügung gestellt werden, der Arbeitgeber muss dann aber überprüfen, dass diese auch genutzt werden. Möglich sind weiter eine freiwillige Betriebsvereinbarung oder die Beilegung eines Verhaltenskodexes zum Arbeitsvertrages

Der Umfang dieser Schulungsmaßnahmen ist nicht konkretisiert und hängt auch vom zu erwartenden Fehlverhalten ab. Der Arbeitgeber hat hier einen Beurteilungsspielraum.

Beispiel: Der Türsteher einer Diskothek muss intensiver geschult werden, als ein Mitarbeiter im Küchenbereich, der wenig Gastkontakt hat. Für Mitarbeiter im gewerblichen Bereich ohne Gastkontakt dürfte ein Faltblatt ausreichen.

Die Schulungen sollten regelmäßig wiederholt werden und ein diskriminierungsfreies Verhalten im Betrieb etablieren. In Hotellerie und Gastronomie müssen insbesondere zwei Gruppen von Mitarbeitern geschult werden:

- Mitarbeiter mit **Personalbefugnissen**, z.B. Betriebs- und Schichtleiter, Ausbilder, Mitarbeiter in der Personalabteilung
- Mitarbeiter mit **Gastkontakt** in allen Betrieben, insbesondere in Betrieben mit „**Türpolitik**“

Der DEHOGA Bundesverband plant derzeit ein Seminar, das sich insbesondere an Inhaber, Hoteldirektoren, Betriebsleiter und sonstige Beschäftigte mit Personalverantwortung richten soll. Das Seminar wird voraussichtlich im November 2006 stattfinden, Termin und Ort werden über DEHOGA compact und über die DEHOGA Landesverbände rechtzeitig bekannt gegeben. Weiter erarbeitet der DEHOGA für seine Mitglieder ein Instrument für **Inhouse-Mitarbeiterschulungen in Hotellerie und Gastronomie, voraussichtlich als E-Learning-Tool**. Wir halten Sie dazu auf dem Laufenden.

- Wichtig ist: Hat der Arbeitgeber seine Beschäftigten in geeigneter Weise geschult, gilt das als Erfüllung seiner Pflicht, vorbeugende Maßnahmen zu ergreifen. **Ob die Schulungen darüber hinaus den Effekt haben, dass die Möglichkeit, den Arbeitgeber auf Schadensersatz oder Entschädigung in Anspruch zu nehmen, gemindert wird, ist umstritten.** Dies wird die Rechtsprechung entscheiden.

- Solange keine konkreten Anhaltspunkte für Benachteiligungen durch Dritte vorliegen, ist der Hotelier oder Gastronom nicht verpflichtet, Präventivmaßnahmen gegenüber Gästen zu ergreifen.
- Es ist möglich, eine Rechtsschutzversicherung gegen Ansprüche aus dem AGG abzuschließen, aus Sicht des DEHOGA aber zur Zeit nicht erforderlich.
- Tarifpolitischer Handlungsbedarf (z.B. wegen Altersstaffelungen beim Urlaub oder Sonderregelungen für verheiratete Beschäftigte) bestehen aus Sicht des DEHOGA akut nicht. Hier sollte erste Rechtsprechung abgewartet werden.

Die tatsächlichen Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes in Hotellerie und Gastronomie können erst dann verlässlich beurteilt werden, wenn erste Tendenzen der Rechtsprechung erkennbar werden. Mit höchstrichterlicher Rechtsprechung ist erst in einigen Jahren zu rechnen. Umso wichtiger ist ein ständiger Erfahrungsaustausch innerhalb der Branche. Nehmen Sie also gerne Kontakt mit Ihrem Landesverband oder mit dem DEHOGA Bundesverband auf, wenn Sie in Ihrer betrieblichen Praxis mit Themen aus dem AGG konfrontiert werden. Bei Problemen helfen wir Ihnen gerne weiter. Für eine aktive Kommunikation machen wir uns stark.

* Um die Lesbarkeit des Textes zu erhalten, wurde auf das Nebeneinander von männlichen und weiblichen Personen- und Berufsbezeichnungen verzichtet. Eine diskriminierende Absicht ist hiermit nicht verbunden. Wir bitten die Unternehmerinnen in Hotellerie und Gastronomie um Verständnis.