

Es gibt viel zu tun im juristischen Neuland

Das dritte Geschlecht im Arbeitsverhältnis – Handlungsempfehlungen

Von Dr. Berit Kochanowski und Susanne Schröder

Einleitung: Rechtslage in Deutschland ...

Am 10.10.2017 hat das BVerfG juristisches Neuland betreten und anerkannt, dass auch die geschlechtliche Identität von Menschen verfassungsrechtlich geschützt ist, die nicht eindeutig dem männlichen oder weiblichen Geschlecht zugeordnet werden können. Das BVerfG betont in dieser Entscheidung ausdrücklich, dass Artikel 3 Abs. 3 Z. 1 GG nicht nur Männer und Frauen, sondern auch Menschen, die sich diesen beiden Kategorien in ihrer geschlechtlichen Identität nicht zuordnen, vor Diskriminierungen wegen des Geschlechts schützt. Das BVerfG hat dem Gesetzgeber aufgetragen, bis längstens 31.12.2018 das Personenstandsgesetz zu ändern und diesen Personen eine geeignete Eintragungsmöglichkeit im Geburtenregister zu ermöglichen. Es hat vorgeschlagen, für diese Personen einen weiteren Geschlechtseintrag vorzusehen, wie etwa „divers“ oder „inter“.

... und in Österreich

Nur wenig später, im Juni 2018, hat auch der österreichische Verfassungsgerichtshof unter Berufung auf Art. 8 EMRK und mit Hinweis auf die angesprochene Entscheidung des BVerfG ausgesprochen, dass Menschen mit alternativer Geschlechtsidentität einen Anspruch auf eine ihrer Geschlechtlichkeit entsprechende Eintragung im Personenstandsregister haben. Damit



Die Rechtsprechung des BVerfG wird die Frage der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts erneut in den Fokus der Arbeitgeber rücken.

hat das österreichische Höchstgericht ebenfalls die Existenz von intergeschlechtlichen Menschen anerkannt. Er betont ausdrücklich: „Bei Menschen mit einer Variante der Geschlechtsentwicklung gegenüber männlich oder weiblich handelt es sich um eine ob ihrer geringen Zahl und ihrer (gegenüber den weitaus vorherrschenden Geschlechtsidentitäten) anderen Ausprägung ihrer Geschlechtsidentität und damit ihrem – aus Perspektive der Mehrheit – ‚Anderssein‘ besonders schutzbedürftige Gruppe“.

Der deutsche Referentenentwurf

Seit Juni 2018 liegt der Referentenentwurf des Bundesministeriums für Inneres, für Bau und Heimat vor, der schließlich am 15.08.2018 von der Bundesregierung angenommen wurde. Der Gesetzentwurf vom Oktober 2018 (BT-Drs. 19/4669) sieht nun die Möglichkeit der Eintragung eines Personenstandsfalls ohne eine solche Angabe oder aber die Eintragung der Bezeichnung „divers“ im Personenstandsregister vor, wenn eine Zuordnung zu einem der beiden Geschlechter nicht möglich ist. ▶

Diese Entscheidung des BVerfG hat Auswirkungen auch auf Arbeitsverhältnisse.

Nach der RL 2000/78 EG des Rates vom 27.11.2000 („Gleichbehandlungsrichtlinie“), Erwägungsgrund 9, sind Beschäftigung und Beruf Bereiche, die für die Gewährleistung gleicher Chancen für alle und für eine volle Teilhabe der Bürger am wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Leben sowie für die individuelle Entfaltung von entscheidender Bedeutung sind. Schon die Richtlinie, die im AGG umgesetzt wurde, betont die Bedeutung des Schutzes vor Diskriminierung als allgemeines Menschenrecht (Erwägungsgrund 4). Sie hat zum Ziel, jede unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung zu vermeiden.

Nach § 1 AGG ist es Ziel des Gesetzes, unter anderem die Benachteiligung aus Gründen des Geschlechts oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen. Damit ist bereits jetzt das nun anerkannte dritte Geschlecht vom Anwendungsbereich des Gesetzes erfasst, ohne dass es weiterer gesetzgeberischer Maßnahmen bedarf. Demnach sind Arbeitgeber bereits jetzt nach § 11 i.V.m. §§ 7 und 1 AGG verpflichtet, in Bezug auf das Geschlecht neutrale Stellenausschreibungen zu erstellen.

Praxisthema: Stellenanzeigen

Im Bereich der Stellenanzeigen in Zeitungen und Onlineportalen haben zahlreiche Arbeitgeber bereits reagiert und verwenden ergänzend zu einem geschlechtsneutralen Oberbegriff als Kennzeichnung für eine geschlechtsneutrale Ausschreibung die Begriffe „inter“ oder „divers“ zusätzlich zu dem bisher üblichen Bezeichnungen „männlich/weiblich“. Der Referentenentwurf verwendete anstelle der vom Bundesverfassungsgericht vorge-

schlagenen Termini „inter“ oder „divers“ die Bezeichnung „weiteres“. In dem Gesetzentwurf ist diese Möglichkeit nicht mehr enthalten; zur Begründung wird ausgeführt, dass der Begriff „divers“ dem Wunsch der Betroffenen entspreche. Anzuwenden sein wird die Neuregelung für Menschen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, die sich nun auch in den Geburtenregistern widerspiegeln soll.

Deshalb sollten Stellenausschreibungen mit den Begriffen „männlich/weiblich/divers“ oder dem Hinweis, dass sich die Anzeige an Menschen jeglichen Geschlechts richtet, ergänzt und so geschlechtsneutral auch in Bezug auf das dritte Geschlecht gestaltet werden. Gleichzeitig muss man sich die Frage stellen, ob die bisher verwendeten Begriffe „inter“ oder „weiteres“ gegebenenfalls geeignet sind oder waren, betroffene Personen zu diskriminieren, weil für die Betroffenen diese Begriffe unter Umständen eine Belästigung im Sinne von § 3 Abs. 3 AGG darstellen.

Bekanntlich liegt eine Belästigung nach dieser Bestimmung immer dann vor, wenn unerwünschte Verhaltensweisen, die mit einem in § 1 AGG genannten Grund, hier also dem Geschlecht oder der sexuellen Ausrichtung in Zusammenhang stehen, bezwecken oder auch nur bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird und hierdurch ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird. Was, wenn durch die Verwendung der genannten Bezeichnungen gerade dies unbeabsichtigt eingetreten wäre?

§ 15 Abs. 2 AGG gewährt den Betroffenen einen Anspruch auf Entschädigung, die für den Fall, dass es zu

keiner Einstellung kommt, drei Monatsgehälter nicht übersteigen darf. Ein Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses folgt hieraus nach § 15 Abs. 6 AGG ausdrücklich nicht.

Der Sprachgebrauch erlaubt überdies keine neutrale Anrede von Mitarbeitern des dritten Geschlechts, denn eine eigene Bezeichnung, vergleichbar mit der Anrede Herr/Frau steht in der deutschen Sprache (und auch in anderen Sprachen) nicht zur Verfügung. Für Stellenausschreibungen lässt sich das Problem möglicherweise noch dadurch umgehen, dass man den Anforderungskatalog in eine direkte Anrede fasst („Sie sollten über Kenntnisse in ... verfügen“), wie dies Bettinghausen in BB 2018, 372 vorschlägt.

Allgemein: Kommunikation, Arbeitsverträge

In anderen Fällen wird mangels sprachlicher Ausdrucksmöglichkeiten die Kommunikation im Unternehmen schnell zum Stolperstein. Es genügt wohl schon ein Schreiben mit der bisher üblichen Anrede „Sehr geehrter Herr N.N, sehr geehrte Frau N.N“, um unbeabsichtigt Mitarbeiter des dritten Geschlechts zu diskriminieren. Den Unternehmen muss man daher anraten, klarzustellen, dass sich allgemeine Mitteilungen an die Belegschaft insgesamt an Mitarbeiter jeden Geschlechts und damit auch an solche, die dem dritten Geschlecht angehören, wenden müssen. Das sogenannte Binnen-I („liebe MitarbeiterInnen“) oder ähnliche Anreden („Liebe Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter“) dürften jedoch nicht mehr ausreichen.

Bei Arbeitsverträgen dürfte es hingegen ausreichen, den geschlechtsneutralen Oberbegriff „Arbeitnehmer“ oder „Arbeitgeber“ zu verwenden und wie in der all- ▶

gemeinen Unternehmenskommunikation mit einem Hinweis zu ergänzen, dass hiervon Personen jeglichen Geschlechts, auch jene des Geschlechts „divers“, erfasst werden sollen.

Gleichheitsgrundsatz

Auch betriebsinterne Ordnungsvorschriften sollten auf das dritte Geschlecht Rücksicht nehmen. So sollten nach Möglichkeit etwa Bekleidungs Vorschriften so abgefasst werden, dass sie für alle Mitarbeiter unabhängig von ihrer geschlechtlichen Zuordnung anwendbar sind.

Zahlreiche arbeitsrechtliche Vorschriften zielen auf den Unterschied zwischen Männern und Frauen ab. Diese Vorschriften fußen auf dem traditionellen Geschlechterverständnis, das eine klare Zuordnung entweder zum männlichen oder zum weiblichen Geschlecht verlangte und das Vorhandensein eines dritten Geschlechts schlicht negierte. Dies beginnt schon bei den Regelungen zur Entgeltgleichheit.

So enthält etwa die Europäische Sozialcharta in Art. 4 Z. 3 das Recht männlicher und weiblicher Arbeitnehmer auf gleiches Entgelt für gleiche Arbeit. Das Entgelttransparenzgesetz konkretisiert dieses Grundrecht und setzt sich nach § 1 leg. cit. zum Ziel, das Gebot des gleichen Entgelts für Frauen und Männer bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durchzusetzen. Hier muss der Gesetzgeber aktiv werden, denn auch wenn der damalige Gesetzgeber das Vorhandensein eines dritten Geschlechts nicht bedacht hat, richtet sich der klare Wortlaut der Bestimmungen nur an Männer und Frauen, nicht aber an Personen, die nicht eindeutig einem Geschlecht zugeordnet werden können. Die verfassungskonforme Auslegung findet aber nach ständiger Rechtsprechung des

BVerfG dort ihre Grenzen, wo sie zum Wortlaut der Norm und dem klar erkennbaren gesetzgeberischen Willen in Widerspruch treten würde [siehe dazu etwa BVerfG E 54, 277 (299)].

Eine willkürliche Benachteiligung von Mitarbeitern des dritten Geschlechts wäre dennoch schon jetzt nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen nicht sanktionslos: Die Betroffenen können immer dann, wenn gegen den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen wird, ohne dass es hierfür einen sachlichen Grund gibt, vom Arbeitgeber verlangen, mit der Mehrheit der anderen, vergleichbaren Arbeitnehmer ungeachtet ihrer geschlechtlichen Zuordnung gleichgestellt zu werden. Dies gilt für sämtliche Leistungen des Arbeitgebers, gleich, ob es sich um Bonuszahlungen, die Gewährung von Gehaltserhöhungen, die Nutzung eines Dienstwagens oder die Gewährung vergleichbarer, angenehmer Arbeitsbedingungen wie etwa die Möglichkeit zur Nutzung eines Home Office handelt.

Betriebsverfassungsecht: Anpassungsbedarf

Anpassungsbedarf besteht auch für die Regelungen im Betriebsverfassungsrecht, die die Besetzung von betriebsverfassungsrechtlichen Organen im Verhältnis zu den im Unternehmen vertretenen Frauen und Männern vorsehen, wie zum Beispiel die Bestimmung von § 80 Abs. 1 Nr. 2a BetrVG, die den Betriebsräten die Gleichstellung von Männern und Frauen, und künftig auch von Personen, die keiner dieser Gruppen zugeordnet werden können, zur Aufgabe macht. Auch hier wird der Gesetzgeber aktiv werden müssen. Infolgedessen wird in Zukunft darauf zu achten sein, dass alle drei Geschlechter angemessen berücksichtigt werden.

Nicht zuletzt dürften die gesetzlichen Regelungen, die für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst sorgen sollen, infolge der Anerkennung des dritten Geschlechts durch das BVerfG anzupassen sein.

Arbeitnehmerschutz: Anpassungsbedarf

Mit nicht unerheblichem Aufwand auch in finanzieller Hinsicht werden Anpassungen verbunden sein, die sich aus verschiedenen Arbeitnehmerschutzvorschriften ergeben. So sieht Anhang 4.2 der Arbeitsstättenverordnung ausdrücklich vor, dass sanitäre Räume getrennt für Männer und Frauen einzurichten sind oder ihnen eine nach Geschlecht getrennte Nutzung zu ermöglichen ist. Anhang 4.2 konkretisiert jedoch nur jene Verpflichtungen, die sich ohnedies bereits aus der Arbeitsstättenverordnung ergeben. Nach § 3 Abs. 1 der Arbeitsstättenverordnung ist der Arbeitgeber verpflichtet, eine Gefährdungsbeurteilung durchzuführen und dementsprechende Maßnahmen zum Schutz der Mitarbeiter vorzunehmen. Danach wird der Arbeitgeber bereits jetzt verpflichtet sein, für alle drei Geschlechter getrennte Sanitäräume zur Verfügung zu halten, um Gefährdungen der betroffenen Arbeitnehmer zu vermeiden.

Für diese Auslegung spricht auch die Auffassung des EuGH, die dieser jüngst in einer sozialversicherungsrechtlichen Angelegenheit erneut vertreten hat (EuGH 26.06.2018, RSC 451/16 – „MB gegen Secretary of State for Work and Pensions“). Unmittelbare Diskriminierung liegt nach der Gleichbehandlungsrichtlinie (Art. 2 Abs. 1 lit a RL 2006/54/EG vom 05.07.2006) immer dann vor, wenn eine Person aufgrund ihres Geschlechts eine weniger ►

günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person sie in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Der Grundsatz der Gleichbehandlung, der hier ganz allgemein zum Ausdruck gebracht wird, gilt nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH auch für Diskriminierungen, die ihre Ursache in der Geschlechtsumwandlung des Betroffenen haben. Für die Anwendung der Richtlinie ist in diesem Zusammenhang vom Vorliegen einer Geschlechtsumwandlung auszugehen, wenn eine Person während eines erheblichen Zeitraums in einer anderen Geschlechtszugehörigkeit als der bei ihrer Geburt eingetragenen gelebt und sich einer operativen Geschlechtsumwandlung unterzogen hat. Dies muss umso mehr für Personen gelten, die sich weder dem einen noch dem anderen Geschlecht zuordnen lassen.

Die Rechtsprechung des BVerfG wird die Frage der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts erneut in den Fokus der Arbeitgeber rücken und bedeutet in den aufgezeigten Feldern Handlungsbedarf. ◀



Dr. Berit Kochanowski,
Rechtsanwältin, BTU Simon GmbH,
München

berit.kochanowski@btu-group.de
www.btu-group.de



Susanne Schröder,
Partnerin, Rechtsanwältin/Fachanwältin für
Arbeitsrecht, Partnerin, Lehrbeauftragte der Hoch-
schule der Bayerischen Wirtschaft (HDBW) für
Wirtschaftsrecht, BTU Simon GmbH, München
susanne.schroeder@btu-group.de
www.btu-group.de

www.businesslaw-magazine.com Current Issue:
November 22, 2018

Made in Germany

BusinessLawMagazine

Subscribe for free: www.businesslaw-magazine.com

The Business Law Magazine reports quarterly on all important questions related to German corporate, commercial, tax, labor, compliance and IP/IT law. Featuring articles written with real-world legal practice in mind, the online English-language magazine primarily targets company lawyers, managing directors, judges, prosecutors and attorneys in Germany's leading trade partners.



Published by


**FRANKFURT
BUSINESS
MEDIA**
DER F.A.Z.-FACHVERLAG


**GLP
German Law Publishers**
www.germanlawpublishers.com

Strategic Partners







