

# Paul Skidmore\*

## Lesbische und schwule ArbeitnehmerInnen: ein Thema für die Rechtswissenschaften?

*Diskriminierung im Arbeitsleben wegen lesbischer oder schwuler Orientierung – wer weiß davon etwas? Der Autor rückt dieses vernachlässigte Thema in den Fokus seines Interesses. Nachdem er gezeigt hat, dass es diese Form der Benachteiligung gibt, stellt er Überlegungen an, wie der verfassungs- und arbeitsrechtliche Schutz dieser Gruppe von Beschäftigten in Zukunft verbessert werden kann. Er ist sich bewusst, dass die Durchsetzung seiner Ideen in der Praxis daran scheitern kann, dass der Nachweis der Diskriminierung wegen einer bestimmten Art sexueller Orientierung schwierig sein kann.*

*Die Red.*

### 1. Einleitung

Die deutschen Rechtswissenschaften haben sich in der Vergangenheit äußerst selten mit Fragen der lesbischen und schwulen<sup>1</sup> ArbeitnehmerInnen<sup>2</sup> auseinandergesetzt. In juristischen Debatten und Abhandlungen waren Lesben und Schwulen meistens genauso unsichtbar wie im Alltag. Sie tauchten hauptsächlich auf, wenn es darum ging, die Heterosexualität zu untermauern. So waren bestimmte Sexualpraktiken strafbar, die überwiegend von schwulen Männern praktiziert werden. § 175 StGB wurde erst nach jahrzehntelanger politisch-juristischer Debatte gestrichen.<sup>3</sup> Aber auch der umstrittene Ehebegriff ist immer wieder ein Grund gewesen, das Dasein gleichgeschlechtlicher Paare ausdrücklich in die Diskussion einzubeziehen. Besonders seit der Entscheidung des BVerfG, die gleichgeschlechtliche Paare von der bestehenden bürgerlichen Ehe ausschließt,<sup>4</sup> sind lesbische und schwule Lebensgemeinschaften ein Thema. Dieses Interesse lässt in absehbarer Zeit wahrscheinlich nicht nach. Das Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartG) vom 16. 2. 2001 bleibt kontrovers.<sup>5</sup> Es soll um

\* Lecturer in Law, Universität Bristol. Für ihre Unterstützung bei der Vorbereitung des Aufsatzes bedanke ich mich besonders bei Professor Robert Rebhahn, Professor Ulrich Zachert, Herrn Roland Weiss und der Redaktion der Zeitschrift. Die für diesen Aufsatz notwendigen Forschungsaufenthalte wurden durch Stipendien des DAAD und des Europäischen Zentrums für Öffentliches Recht ermöglicht.

1 Die Besetzung des Begriffes »schwul« hat sich über die letzten dreißig Jahre geändert. Er wird gegenwärtig als positive emanzipierte Selbstdefinition verwendet. In Anlehnung an diesen Gebrauch wird er in der Regel auch in diesem Aufsatz so benutzt, auch wenn es im O-Ton »Homosexuelle« heißt. Ausführlicher und (zum Teil) anderer Auffassung: *Maas*, Identität und Stigma-Management von homosexuellen Führungskräften, 1999, S. 5 und S. 45 ff.

2 Der »ArbeitnehmerIn«-Begriff wird hier eher soziologisch im Sinne von ökonomisch abhängigen Beschäftigten verstanden, was die Berücksichtigung von Soldaten ermöglicht, auch wenn sie juristisch in der Regel nicht als solche behandelt werden. Siehe MünchArbR-*Richardi*, § 24 Rn. 12 und 99.

3 Ausführlich dazu m. w. N.: *Schulz*, Paragraph 175 (abgewickelt), 1994; vgl. a. *Dose*, in: *Freunde eines schwulen Museums in Berlin* (Hrsg.), Die Geschichte des § 175: Strafrecht gegen Homosexuelle, 1990.

4 BVerfG 4. 10. 1993, NJW 1993, 3058.

5 Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften vom 16. 2. 2001, BGBl. I 2001, 266. Zum Hintergrund: *Strick*, DeuFamR (2000) und BT-Drs. 14/375 I. Kritisch aber: *Scholz/Uhle*, NJW 2001, 393. Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung (1 BvQ 23/01, 1 BvQ 26/01) in den Normenkontrollverfahren wurden vom BVerfG am 18. 7. 2001 zurückgewiesen, daher ist das Gesetz planmäßig am 1. 8. 2001 in Kraft getreten.

einen zweiten Teil ergänzt werden, sobald die dafür notwendige Mehrheit im Bundesrat gefunden werden kann.

Von diesen zwei Angelegenheiten abgesehen, bleiben Lesben und Schwule eher eine Fußnote in den meisten juristischen Themenkomplexen. Gerade im Bereich des Berufslebens gab es bisher wenig Problembewusstsein für die Belange von Lesben und Schwulen.<sup>6</sup> Dafür ist es aber höchste Zeit. Einerseits gibt es interessante soziologische und psychologische Daten, die die Situation von Lesben und Schwulen am Arbeitsplatz beleuchten. Andererseits besteht Handlungsbedarf nach dem Erlass der EG-Antidiskriminierungsrahmenrichtlinie,<sup>7</sup> die unter anderem das Merkmal »sexuelle Ausrichtung« berücksichtigt.

## 2. Empirische Daten: Was wissen wir?

Ein Überblick über die Forschungsergebnisse zur Arbeitssituation von Schwulen und Lesben in Deutschland ist leicht zu schaffen, weil in der Vergangenheit relativ wenig zu diesem Thema geforscht wurde. Aus der BRD liegen vereinzelt Studien aus den 70er- und 80er-Jahren vor.<sup>8</sup> Über die Situation in der damaligen DDR ist weniger bekannt.<sup>9</sup> Erst in den 90er-Jahren wurden, auf Grund eines Forschungsauftrags des Niedersächsischen Innenministeriums von 1994, durch ein Münchener Institut bundesweit Daten erhoben.

Bei Beachtung der gebotenen Vorsicht mit früheren Studien wegen ihrer fehlenden Aktualität ist einiges auch heute noch interessant. 1974 stellten *Dannecker/Reiche* für schwule Männer sowie 1975 *Schäfer* für Lesben fest, dass viele ihrer Befragten eine Diskriminierung befürchteten, sollte ihre sexuelle Orientierung am Arbeitsplatz bekannt werden.<sup>10</sup> Darüber hinaus haben bis zu etwa 15 Prozent der TeilnehmerInnen der verschiedenen Studien subjektiv erlebte Diskriminierungen am Arbeitsplatz wahrgenommen. Anhand solcher Ergebnisse aber zum »objektiven« Ausmaß der Diskriminierung zu gelangen, ist nun, wie *Lautmann* richtig konstatiert,<sup>11</sup> kaum möglich. Diese Schwierigkeit, Diskriminierungen objektiv zu erfassen, lässt sich auch unter Anwendung eines psychologischen Ansatzes plausibel erklären. Wie die qualitativen Studien von *Zillich* und *Maas* zeigen mögen,<sup>12</sup> ergeben sich Diskriminierungsgefühle durch die dynamische Wechselwirkung zwischen ArbeitnehmerIn und beruflichem Umfeld. Daher empfindet nicht jede(r) Schwule oder Lesbe z. B. eine homophobe Bemerkung als »diskriminierend«, weil subjektiv unterschiedlich damit umgegangen wird.

Für unsere Zwecke ist es aber nicht zwingend, eine absolute Quote des Vorkommens von Diskriminierung zu kennen. Die immer wiederkehrenden Forschungsergebnisse, die auf Diskriminierungen hindeuten, lassen ahnen, dass die gesellschaftliche Situation eine juristische Überprüfung lohnt. Solches wird hier nach einer Auseinandersetzung mit den Ergebnissen der Münchener Studie unternommen. Letztere ist be-

6 Als Ausnahmen s. *Hammer/Rzadkowski*, ZTR 1991, 363 und *Hammer*, PersR 1996, 112.

7 Richtlinie 2000/78 ABi EG 2000, L 303/16.

8 *Dannecker/Reiche*, Der gewöhnliche Homosexuelle, 1974; *Schäfer*, in: *Schorsch/Schmidt* (Hrsg.), Ergebnisse zur Sexualforschung, 1975; *von Paczensky*, Verschwiegene Liebe, 1981; *Zillich*, Homosexuelle Männer im Arbeitsleben, 1988; *Reinberg/Roßbach*, Stichprobe: Lesben, 1995 (3. Auflage).

9 Empirische Daten liegen nicht vor. Siehe aber die Berichte von *Grau*, in: *Amendt*, Natürlich anders: zur Homosexualität in der DDR, 1989.

10 *Dannecker/Reiche* (Fn. 8), S. 338; *Schäfer* (Fn. 8).

11 *Lautmann*, Seminar: Gesellschaft und Homosexualität, 1977, S. 95.

12 *Zillich* (Fn. 8); *Maas* (Fn. 1).

sonders relevant nicht nur wegen der Größe des untersuchten Personenkreises und ihrer Aktualität, sondern auch aus der rechtspolitischen Perspektive: Ihr Ziel war, »rechtliche Änderung durchzusetzen, um die Arbeitssituation von Lesben und Schwulen zu verbessern.«<sup>13</sup> Ihr pseudo-juristischer Ansatz trennt sie deutlich von den bereits erwähnten Arbeiten der 70er- und 80er-Jahre und auch von der neuesten qualitativen Untersuchung von *Maas*, der schwule Führungskräfte unter die Lupe nahm.<sup>14</sup> Trotz dieses Ansatzes fehlte es leider sowohl im Forschungsbericht als auch in der daraus resultierenden Publikation<sup>15</sup> an einer systematischen juristischen Darstellung der Problematik. Die VerfasserInnen unterstellen offensichtlich sowohl, dass die bereits existierenden arbeitsrechtlichen Regelungen nicht ausreichen, als auch, dass die Änderung der arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen Einfluss auf die betriebliche Erfahrung von Lesben und Schwulen haben kann. Diese zwei Unterstellungen sollen im Folgenden analysiert werden.

Zuerst aber zu den konkreten Ergebnissen der Münchener Studie. Durch ein per Schneeballsystem verteiltes Fragebogenverfahren wurden Daten von über 2500 Lesben und Schwulen in ganz Deutschland erhoben. Unter diesen Befragten hatten rund zwölf Prozent vermutlich oder sicher mindestens einmal eine Stelle wegen ihrer sexuellen Orientierung nicht bekommen. Darüber hinaus gaben insgesamt 81 Prozent an, Benachteiligungen wegen der sexuellen Orientierung erlebt zu haben. Für viele haben sich solche Erlebnisse auf üble Witze oder Erzählungen hinter dem Rücken beschränkt. Der Prozentsatz derjenigen, die einen ökonomischen Nachteil erlitten, wie zum Beispiel das Versagen einer Beförderung, lag viel niedriger (8 Prozent).<sup>16</sup>

Wichtig scheint den AutorInnen die Aussage gewesen, daß Diskriminierung am Arbeitsplatz relativ unabhängig von Alter, Wohnort, Beruf und Ausbildungsgrad alle Lesben und Schwulen treffen kann.<sup>17</sup> Auch das Wohlbefinden mit dem eigenen lesbisch- bzw. Schwulsein ist nach dieser Studie nicht ausschlaggebend, um die Wahrscheinlichkeit einer Diskriminierung am Arbeitsplatz vorauszusagen. Die subjektive Wahrnehmung der Diskriminierung scheint für die AutorInnen auch deshalb eine untergeordnete Rolle zu spielen, weil sie hauptsächlich mit dem Ansatz arbeiten, dass der Hauptschlüssel zur »Lösung« der Diskriminierungsfrage im Betriebsklima und dem Arbeitgeberverhalten liegt. Den durch die Studie bestätigten Zusammenhang zwischen Verheimlichung der sexuellen Orientierung und subjektiv erlebter Diskriminierung erklären sie darüber, dass die Schwulen und Lesben im Betriebsalltag vorausgesetzte Maßstäbe der Heteronormalität nicht erfüllten. Die Geheimhaltung von Details aus dem Privatleben führe zu Distanz und Ablehnung durch KollegInnen, die ihrerseits von lesbischen und schwulen ArbeitnehmerInnen als Diskriminierung empfunden werde.<sup>18</sup> Dieser Teufelskreis lasse »die Notwendigkeit von (rechtlichen) Änderungen erkennen.«<sup>19</sup>

Allerdings ist ungewiss, wieweit rechtliche Änderungen das Betriebsklima beeinflussen können. Ein weiterer Teil der Studie hat das Arbeitgeberinteresse an einer schwullesbischen Betriebspolitik untersucht.<sup>20</sup> Anhand dieser Ergebnisse wird deutlich, wie wenig Unternehmen an die Belange ihrer schwulen und lesbischen Arbeit-

13 *Knoll/Bittner/Edinger/Reisbeck/Schmitt/Keupp*, Studie »Lesben und Schwule in der Arbeitswelt«, 1995. Anhang.

14 *Maas* (Fn. 1). Er wie *Zillich* ist viel mehr an den einzelnen Biographien der Männer als an der Erfassung der Diskriminierung interessiert.

15 *Knoll/Edinger/Reisbeck*, Grenzgänge, 1997.

16 Ebd., S. 48–55 und 114–115.

17 Ebd., S. 54–55.

18 Ebd., S. 61 ff.

19 Ebd., S. 64.

20 *Knoll/Edinger/Reisbeck* (Fn. 15), S. 68 ff.

nehmerInnen gedacht haben und auch wie irrelevant sie trotz der Aufforderung, den Fragebogen auszufüllen, dieses Thema fanden. Infolgedessen ist zu vermuten, dass die Handlungsbereitschaft von vielen Arbeitgebern sich nicht allein durch einfache arbeits- oder betriebsverfassungsrechtliche Änderungen beeinflussen lässt.

Trotz der hier geäußerten Zweifel an den Auswirkungen rechtlicher Änderungen fand die Idee großen Beifall unter den lesbischen und schwulen TeilnehmerInnen der Studie. Als sie nach bevorzugten Maßnahmen »in Bezug auf Homosexualität am Arbeitsplatz« gefragt wurden, befürworteten über 80 Prozent »Diskriminierungsverbote in arbeitsrechtlichen Richtlinien«. <sup>21</sup> Einem solchen Verbot wird insofern eine Legitimationsfunktion zugeschrieben, als es das Selbstbewusstsein von Lesben und Schwulen in betrieblichen Auseinandersetzungen stärken könne.

### 3. Rechtlicher Schutz für lesbische und schwule ArbeitnehmerInnen.

#### (a) Fragestellung

Anhand der Untersuchungsergebnisse wird deutlich, dass an mehreren Schnittstellen des beruflichen Werdeganges eine Diskriminierung wegen sexueller Orientierung erfolgen kann. Erstens mag der Arbeitgeber sich weigern, Schwule und Lesben überhaupt einzustellen. Zweitens erfolgt für diejenigen, die schon innerhalb des Betriebs sind, wegen sexueller Orientierung manchmal nicht die erwartete Beförderung. Die Heteronormativität der Organisation setzt oft in bestimmten Branchen bei Führungskräften gewisse Geschlechterrollen voraus, <sup>22</sup> denen Schwule und Lesben nicht immer entsprechen.

Drittens wird von vielen Schwulen und Lesben eine Vielfalt von Ausgrenzungsarten am Arbeitsplatz erlebt. Sicherlich ist Mobbing <sup>23</sup> kein ausschließlich schwulesbisches Thema. Die sexuelle Orientierung ist hier aber als möglicher Angriffspunkt mitzubedenken. Und jenseits von Mobbing wird auch die Nichtwahrnehmung von lesbischen und schwulen Lebensformen als Diskriminierung empfunden. <sup>24</sup> Viertens lässt sich als materielle Folge der Nichtbeachtung lesbischer und schwuler Lebensformen eine mögliche Entgeltdiskriminierung befürchten. Verheiratete (die in der Regel von Heterosexuellen gewählte Lebensform) verdienen häufig mehr als nicht-verheiratete ArbeitnehmerInnen (worunter die meisten lesbischen und schwulen Lebensgemeinschaften zu finden sind). Fünftens nennen die Befragten das Schwul- oder Lesbischsein als Kündigungsgrund, auch wenn es selten von der Arbeitgeberseite als solcher explizit ausgesprochen wird. <sup>25</sup> Der Verlust des Arbeitsplatzes bedroht sowohl die existentielle Absicherung als auch den Lebensschwerpunkt der ArbeitnehmerIn. Vielleicht deshalb sind die Befürchtungen so akut.

Die folgende rechtliche Auseinandersetzung beschränkt sich auf das Bundesrecht. <sup>26</sup>

<sup>21</sup> Ebd., S. 130.

<sup>22</sup> Ebd., S. 41 ff.

<sup>23</sup> Ausführlich dazu *Spamer*, *Mobbing am Arbeitsplatz*, 2000.

<sup>24</sup> *Reinberg/Roßbach* (Fn. 8), S. 80.

<sup>25</sup> *Zillich*, in: *Ellerman* (Hrsg.) *Soziale Diskriminierung Homosexueller*, 1987, S. 43.

<sup>26</sup> Zu Länderverfassungen und Ländervorschriften siehe *Risse*, *Der verfassungsrechtliche Schutz der Homosexualität*, 1998, S. 174–179.

Arbeitsrechtlicher Schutz für Schwule und Lesben, der ihre sexuelle Orientierung ausdrücklich berücksichtigt, ist bis heute vom Gesetzgeber nicht konkretisiert worden. Erst mit der Novellierung des Betriebsverfassungsgesetzes wurde im Juli 2001 ein Schritt in diese Richtung unternommen, als der Begriff »sexuelle Identität« in § 75 Abs. 1 BetrVG eingefügt wurde.<sup>27</sup> Deshalb sind die Grundrechte in diesem Bereich von besonderer Bedeutung, weil sie gesellschaftliche Wertentscheidungen widerspiegeln, die über ihre mittelbare Drittwirkung die Auslegung der sonstigen für das Arbeitsrecht relevanten Normen prägen.

Über das Grundgesetz genießen Schwulen und Lesben keinen expliziten Grundrechtsschutz. Der Versuch, während der wiedervereinigungsbedingten Überarbeitung des Grundgesetzes »sexuelle Identität« als Antidiskriminierungsmerkmal in Art. 3 Abs. 3 GG einzufügen, ist gescheitert.<sup>28</sup> Dennoch verbietet Art 3. Abs. 1 GG die willkürliche Differenzierung. *Risse* sieht in seiner ausführlichen Arbeit zum verfassungsrechtlichen Schutz von Homosexualität in diesem Gleichheitssatz das prinzipielle Gebot, Heterosexuelle und Homosexuelle gleich zu behandeln. Abgesehen vom Bereich der Ehe, wo Art. 6 Abs. 1 GG berücksichtigt werden müsse, findet er keinen juristisch legitimierbaren Grund, die Ungleichbehandlung von Heterosexuellen und Homosexuellen zu rechtfertigen.<sup>29</sup> Zum gleichen Ergebnis über Reichweite des Art. 3 Abs. 1 GG kam auch die Regierung *Kobl*, als sie die Notwendigkeit eines Antidiskriminierungsgesetzes verneinte. Im Bezug auf das Arbeitsleben wurde unter anderem auf Art. 3 GG als Rechtsnorm hingewiesen, um den bereits bestehenden rechtlichen Schutz für Lesben und Schwule nachzuweisen.<sup>30</sup> Auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit der Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG erfasse die individuelle sexuelle Orientierung.<sup>31</sup>

Diese Grundrechte werden aber nicht schrankenlos gewährleistet. Wenn sie in einem konkreten Fall in Erwägung kommen, müssen sie mit den kollidierenden Rechten von anderen, insbesondere dem Arbeitgeber, in Einklang gebracht werden (vor allem der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)<sup>32</sup> und der freien Berufswahl (Art. 12 GG), die der Privatautonomie auch des Arbeitgebers dient).

### (aa) Einstellung

Grundsätzlich gelten bei der Einstellung die Prinzipien der Privatautonomie und der freien Berufswahl (Art. 12 GG), wobei der Arbeitgeber frei entscheiden kann, wen er einstellt. Die zentrale Frage ist also, ob innerhalb dieses weiten Ermessensspielraumes eine Bewerberin willkürlich aufgrund ihrer sexuellen Orientierung abgelehnt werden kann. Die gesetzliche Einschränkung über § 611a BGB hilft wenig. Er verbietet die Ungleichbehandlung *wegen des Geschlechtes*.<sup>33</sup> Eine Auslegung dahingehend, dass er auch die Nichteinstellung wegen sexueller Orientierung regelt,<sup>34</sup> wäre möglich, wenn die europäische Richtlinie,<sup>35</sup> deren Umsetzung dieser Paragraph dient, als Maßnahme zur rechtlichen Bekämpfung der durch die herkömmliche Geschlechterrollenvertei-

27 Siehe unten, unter der Überschrift »Beförderung«.

28 BT-Drs. 12/6000, S. 54.

29 *Risse* (Fn. 26), S. 160–174.

30 BT-Drs. 13/4152, S. 5.

31 BVerfGE 6, 389, 432; siehe auch *Risse* (Fn. 26), ausführlich S. 57–106.

32 ErfK/*Dieterich* Art. 2 GG Rn. 1–45.

33 BT-Drs. 8/3317, S. 8.

34 Die parallele Frage bei der Entgeltdiskriminierung wurde vom BAG offen gelassen: BAGE 85, 375, 380.

35 Richtlinie 76/207, ABl. EG L39/40.

lung entstandenen Nachteile verstanden werden könnte. Schließlich beruht die ungerechtfertigte Ablehnung von Lesben und Schwulen auch auf ihrem nicht geschlechterrollenkonformen Verhalten oder Auftreten. Der EuGH hat aber wenig Anstoß dazu gegeben, den Gleichbehandlungsgrundsatz so auszulegen.<sup>36</sup>

Wenn § 611a BGB keine Hilfe anbietet, müssen Schwule und Lesben auf einen eventuellen Schutz über die Grundrechte zurückgreifen. Es ist jedoch umstritten, in welchem Ausmaß die Grundrechte der BewerberInnen den Arbeitgeber (auch Grundrechtsträger) bei seiner Auswahlentscheidung binden. Einigkeit herrscht darüber, dass der Arbeitgeber nicht verpflichtet sein soll, das Einstellungsverfahren nur anhand objektiver Kriterien durchzuführen.<sup>37</sup> Preis bezweifelt darüber hinaus, dass der Arbeitgeber bei der Einstellung willkürlich die Merkmale des Art. 3 Abs. 3 GG ignorieren darf; er sieht darin eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts. Er bejaht in einem solchen Fall einen Anspruch auf Schadenersatz aus § 823 Abs. 1 BGB.<sup>38</sup> Analog wird argumentiert, dass auch die Nichtbeachtung der ungeschriebenen Merkmale, die über Art. 3 Abs. 1 GG geschützt werden, zum Schadenersatz führen könne.

Akzeptiert man dies, würde dennoch Schadenersatz nur zugesprochen, wenn die Klägerin beweisen kann, daß sie *wegen* ihrer sexuellen Orientierung nicht eingestellt wurde. Da der Arbeitgeber der Bewerberin gegenüber nicht verpflichtet ist, eine Ablehnung zu begründen, kann der Tatbestand einer Diskriminierung sicherlich äußerst selten nachgewiesen werden.

Viele Lesben und Schwule gehen damit anders um und »tarnen« sich bei der Bewerbung als heterosexuell. Hier kann das allgemeine Persönlichkeitsrecht auf andere Art und Weise zu ihren Gunsten eingreifen. Eine arbeitgeberische Anfechtung des zustande gekommenen Arbeitsvertrages wegen Irrtums oder Täuschung über die sexuelle Orientierung muss erfolglos bleiben,<sup>39</sup> da ein Interesse des Arbeitgebers am Privatleben einschließlich der sexuellen Orientierung der BewerberInnen nicht anerkannt wird.<sup>40</sup> Diese rechtliche Lösung vermag mögliche Schwierigkeiten bei der Einstellung abdecken, aber sie ruft problematische Nebenwirkungen hervor. Sie verstärkt die Geheimhaltung des eigenen Schwul- oder Lesbischseins, das als private Angelegenheit ausgegliedert wird. Auf diesem Weg bestätigt sich die betriebliche Zwangsheterosexualität, die ihre führende Rolle behält, während andere Sexualitäten unter dem Schutz des »Privaten« beseitigt werden.<sup>41</sup>

### (bb) Beförderung

Der Vorgang einer Beförderung scheint besser juristisch überprüfbar zu sein, weil mit einem Schuldverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, dem Arbeitsvertrag, ein Rechtsgeschäft existiert, auf das die Grundrechte einwirken können. Bei der Auslegung dieses Vertrages sind die Generalklauseln des BGB auch zu berücksichtigen, die die Wertentscheidungen des Grundgesetzes aufnehmen (mittelbare Drittwirkung). Über §§ 134, 138, 242 BGB wird der Arbeitgeber verpflichtet, keine willkürliche Entscheidung aufgrund der sexuellen Orientierung seiner ArbeitnehmerInnen zu treffen, die ihre Grundrechte verletzt. Dieser schmale, aber vom BAG

36 Rs C-249/96 (*Grant*), Slg 1998 I-621.

37 MünchArbR-Richardi § 39 Rn. 67 ff.

38 ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 354.

39 MünchArbR-Buchner § 41 Rn. 174-184.

40 BAG AP Nr 26 zu § 123 BGB.

41 Höchstgerichtliche Anerkennung haben die Schwierigkeiten, die für Lesben und Schwulen bei der Auslegung der »Privatsphäre« entstehen können, jüngst durch eine Entscheidung des südafrikanischen Verfassungsgerichtes vom 9. 10. 1998 erfahren: *National Coalition for Gay and Lesbian Equality vs. Minister of Justice* Case CCT 11/98, 1999 (1) SA 6 (CC).

ausdrücklich bejahte Schutz<sup>42</sup> wird näher im Kündigungsabschnitt behandelt. Vorsicht ist aber geboten, erstens, weil diese vertraglichen Ansprüche kein objektives Beförderungsverfahren erzwingen, und zweitens erhebliche Schwierigkeiten damit verbunden sind, Willkür des Arbeitgebers zu beweisen. Infolgedessen wird auch dann, wenn die Vermutung einer Nichtbeförderung wegen sexueller Orientierung nahe liegt, der Betroffene selten erfolgreich seine Rechte durchsetzen können.

Flankierende Maßnahmen, die in dieser Hinsicht einen mittelbaren Einfluss auf das arbeitgeberische Handeln haben könnten, sind im Betriebsverfassungsgesetz zu finden. Der Arbeitnehmer kann nach § 83 BetrVG Einsicht in seine Personalakte verlangen. Dieses Recht ermöglicht eine Relevanzkontrolle, wodurch der Arbeitgeber dazu gezwungen werden kann, alle für die ausgeübte Tätigkeit irrelevanten Materialien aus der Akte zu entfernen.

Kollektivrechtliche Bestimmungen können auch für ein besseres Betriebsklima sorgen und tragen zum Abbau diskriminierender Verfahrensweisen bei. So haben Arbeitgeber und Betriebsrat nach § 75 Abs. 2 BetrVG den gesetzlichen Auftrag, die freie Entfaltung der Persönlichkeit der ArbeitnehmerInnen zu schützen und zu fördern. Das Nichtdiskriminierungsgebot des § 75 Abs. 1 BetrVG erfasst neuerdings die Benachteiligung wegen »sexueller Orientierung«.<sup>43</sup> Dieses Gebot, Lesben und Schwule zu berücksichtigen, ist entstanden, um europarechtlichen Pflichten nachzukommen<sup>44</sup>. Die Erfüllung dieser Pflichten ist aber gerichtlich schwer durchzusetzen. Umstritten ist darüber hinaus, ob die Vorschriften § 75 Abs. 1 und Abs. 2 BetrVG auch dann anzuwenden sind, wenn kein Betriebsrat vorhanden ist,<sup>45</sup> sowie die Frage, ob sie subjektive Arbeitnehmeransprüche darstellen. Generell wird Letzteres verneint.<sup>46</sup> Daher dienen sie nach h. M. hauptsächlich als Unterstützung zu Klagen über die bereits erwähnten Generalklauseln.

Darüber hinaus könnte § 611a BGB Lesben nützlich sein, denn letztendlich ist es nicht immer klar, ob Frauen Schranken zum beruflichen Aufstieg ihres Geschlechtes oder ihrer sexuellen Orientierung wegen erleben.<sup>47</sup> Trotzdem bleiben insgesamt Zweifel an einem effektiven Rechtsschutz gegen Diskriminierung wegen sexueller Orientierung. Besonders in der freien Wirtschaft wird die Beförderung ohne Transparenz durchgeführt.

### (cc) *Mobbing*

Die empirischen Untersuchungen belegen unterschiedliche Formen von Mobbing als die am häufigste erlebte Art von Diskriminierung.<sup>48</sup> Dieses betriebliche Phänomen hat die Wissenschaft erst in den letzten zehn Jahren richtig entdeckt. Sie versucht, das (Stör-)Verhalten psychologisch zu beschreiben und zu beurteilen und gleichzeitig die juristischen Ansprüche seiner Opfer auszuarbeiten.<sup>49</sup> Eine homophobe Motivation wurde aber fast nie als Mobbinggrund behandelt. Parallel zu dieser Entwicklung ist die allmähliche Anerkennung des Verbots von sexueller Belästigung am Arbeitsplatz zu verzeichnen. Diese aus dem Geschlechtermachtverhältnis sich herausstellende

42 BAGE 77, 128.

43 § 75 Abs. 1 BetrVG, geändert durch das Gesetz vom 23. 7. 2001 BGBI. I 2001, 1852.

44 BT-Drs. 14/5741, S. 45.

45 *Kreutz*, GK-BetrVG § 75 Rn. 4.

46 *Kreutz*, GK-BetrVG § 75 Rn. 19 m.w. N.

47 Arbeitssoziologisch sind diese zwei Faktoren nicht leicht auseinanderzuhalten, weil sie eigentlich Aspekte des heteropatriarchalen Organisationsbegriffs eines Betriebes sind. Juristisch wird immer noch versucht aber »Geschlecht« und »sexuelle Orientierung« getrennt zu behandeln.

48 *Knoll/Edinger/Reisbeck* (Fn. 15), S. 114–115.

49 Ausführlich *Spamer* (Fn. 23), m. w. N.

besondere Form des Mobbing trifft wegen der herkömmlichen patriarchalischen Betriebsstruktur überwiegend ArbeitnehmerInnen.<sup>50</sup> Schwule sind aber zum Teil ebenfalls betroffen, weil ihre Lebensführung nicht geschlechtsrollenmusterkonform ist.

Man könnte denken, dass wegen des Grundsatzes der Arbeitgeberfürsorgepflicht<sup>51</sup> der bestehende rechtliche Schutz dem Mobbingbetroffenen ausreichende juristische Eingriffsmöglichkeiten anbietet.<sup>52</sup> Die praktische Durchsetzung von Unterlassungs- oder Schadenersatzansprüchen dem Arbeitgeber gegenüber ist aber schwierig, weil grundsätzlich das Verschulden des Arbeitgebers dargelegt werden muss, sollte er für in seinem Betrieb vorhandenes Mobbing haften. Mobbing ist aber oft ein schleichender Prozess, an dem eventuell mehrere MitarbeiterInnen beteiligt sind, eine Fallkonstellation, in der nicht ohne weiteres vom Verschulden des Arbeitgebers ausgegangen werden kann. Aus der vertraglichen Perspektive verlangt die Fürsorgepflicht,<sup>53</sup> dass der Arbeitgeber unter anderem die Gesundheit und die Persönlichkeitsentfaltung seiner ArbeitnehmerInnen schützt. Dennoch ist unklar, wie dies im Bezug auf Mobbing zu konkretisieren ist. Der Arbeitgeber kann mit seinem Weisungsrecht kaum jeden Witz oder bestimmte Gesprächsthemen unter seinen MitarbeiterInnen verbieten. Die genaue Art, wie jeder mit seinem Mitmenschen umzugehen hat, kann im voraus vom Arbeitgeber sehr schwer festgeschrieben werden. Lediglich in Fällen, in denen der Arbeitgeber von andauerndem Mobbing erfährt oder hätte erfahren müssen, und es versäumt hat, einzugreifen, kann in der Regel von seinem Verschulden ausgegangen werden. Deliktsrechtlich ist es noch etwas schwieriger zu dem Ergebnis zu kommen, dass der Arbeitgeber die rechtliche Verantwortung für Mobbing tragen muß. § 823 Abs. 1 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit einem Schutzgesetz schützen auch das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers. Das Arbeitgeberverhalten wird aber kaum den Charakter eines deutlichen Psychoterors aufweisen, der als eine unerlaubte Handlung eingestuft werden kann.

Fazit: Es ist schwierig, die tagtägliche, von KollegInnen praktizierte Ausgrenzung von schwulen und lesbischen ArbeitnehmerInnen dem Arbeitgeber juristisch zuzurechnen.

Kann das vorgekommene Mobbing als sexuelle Belästigung eingestuft werden, ist die Rechtslage nicht besser: Das Beschäftigtenschutzgesetz von 24. Juni 1994<sup>54</sup> bietet keine weitergehenden zivilrechtlichen Möglichkeiten an. Für Schwule und Lesben könnte dieses Gesetz wegen seiner Vorzeigefunktion trotzdem von Interesse sein. Es konkretisiert in § 2 Abs. 1 die arbeitgeberische Fürsorgepflicht und statuiert ausdrücklich, dass vorbeugende Maßnahmen dazugehören. Darüber hinaus wird für den Fall, dass der Arbeitgeber gegen sexuelle Belästigung nicht vorgeht, dem Arbeitnehmer explizit ein Leistungsverweigerungsrecht zugebilligt. Die grundsätzliche Schwäche des Gesetzes liegt aber in seiner engen Definition der sexuellen Belästigung in § 2 Abs. 2. Nur ein Verhalten, das sowohl vorsätzlich als auch »sexuell bestimmt« ist und die Würde des Betroffenen verletzt, wird im Sinne dieses Gesetzes als sexuelle Belästigung angesehen. Dazu kommt noch, dass ein Verhalten, das keine strafrechtliche Handlung darstellt, von den Betroffenen »erkennbar abgelehnt« werden muss, ehe es als sexuelle Belästigung gilt. Trotz dieser Einschränkungen sollte kein Zweifel

<sup>50</sup> Ausführlich *Baer*, Gleichheit oder Würde, 1995.

<sup>51</sup> MünchArbR-*Blomeyer* § 97.

<sup>52</sup> Hier werden die möglichen Ansprüche gegenüber andere MitarbeiterInnen nicht behandelt (dazu ausführlich: *Spamer* [Fn. 23], S. 51 ff.).

<sup>53</sup> Dazu siehe *Ehmann*, in: FS Wiese, 1998.

<sup>54</sup> BGBl. I 1994, 1406, 1412.

daran bestehen, dass Homophobie als »sexuell bestimmtes« Verhalten einzuordnen ist. Vorurteile hinsichtlich der Nichteinhaltung der herkömmlichen Geschlechterrollenverteilung durch Schwulen und Lesben betreffen den Intimbereich von Menschen und versuchen, einem Mann oder einer Frau vorzuschreiben, wie er bzw. sie als sexuelles Wesen zu leben hat.

Bereits bestehende Vorschriften haben also insgesamt wenig anzubieten, um Arbeitgeber bei von Schwulen und Lesben erlebtem Mobbing zur Rechenschaft zu ziehen. Um zu entscheiden, ob rechtliche Änderungen die geeignete Lösung sind, wie die Münchener Studie vermutet, müssten empirische Daten erhoben werden, die die Wirksamkeit juristischer Schritte in Mobbing-Fällen durchleuchten.

### (dd) Entgeltdiskriminierung

Bisherige empirische Untersuchungen haben keinen Schwerpunkt auf Entgeltfragen gelegt. Dennoch zeigt die arbeitsrechtliche Praxis, dass in bestimmten Fällen Lesben und Schwule, die in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften leben, ein geringeres Entgelt als ihre verheirateten (überwiegend verschiedengeschlechtlichen) KollegInnen beziehen. In dem vom BAG 1997 entschiedenen Fall<sup>55</sup> ging es um einen höheren Ortszuschlag für Verheiratete nach § 29 BAT, der für das Arbeitsverhältnis des Klägers anwendbar war. Der in einer auf Dauer angelegten gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft lebende Kläger beantragte den gleichen Ortszuschlag wie seine verheirateten Kollegen (nach geltendem Recht durfte er seinen Partner ja nicht heiraten).<sup>56</sup> Das BAG wies wie die Vorinstanzen seine Klage ab. Nach Auffassung des Gerichts war der tarifvertraglich festgelegte höhere Ortszuschlag weder verfassungsrechtlich noch europarechtlich<sup>57</sup> zu beanstanden.

Erstens liege kein Verstoß gegen Art 3, Abs. 1 GG vor, weil die Tarifparteien berechtigt seien, bei ihrer Entscheidung, Verheirateten einen höheren Ortszuschlag zu gewährleisten, die aus Art. 6 Abs. 1 GG hervorgehende Wertordnung zu berücksichtigen. Die rechtlichen Pflichten aus der bürgerlichen Ehe genügten, arbeitsrechtliche Typisierungen mit ihren damit verbundenen Folgen für die Geschlechterrollenverteilung zu legitimieren. Zweitens hätten die Tarifparteien nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz für Männer und Frauen verstoßen. Weil Schwule im gleichen Ausmaß wie Lesben von der tariflichen Leistung ausgeschlossen seien, liege keine Verletzung des Art. 3 Abs. 3 GG sowie Art. 119 EGV (alter Fassung)<sup>58</sup> vor. Das Gericht ließ offen, in wieweit der Gleichbehandlungsgrundsatz Mann/Frau auch die Nichtdiskriminierung wegen sexueller Orientierung berücksichtige. In diesem konkreten Fall liege aber keine solche unmittelbare Diskriminierung vor, weil sowohl in einer verschiedengeschlechtlichen Lebensgemeinschaft lebende ArbeitnehmerInnen als auch Schwule und Lesben von der Regelung benachteiligt seien. Wenn es um die mittelbare Diskriminierung gehe, da die Bestimmung verhältnismäßig mehr schwule und lesbische ArbeitnehmerInnen als Heterosexuelle treffe, diene die Wertentscheidung des Art. 6 Abs. 1 GG als sachlicher Grund für die Diskriminierung. Drittens verstoße die Tarifbestimmung nicht gegen Art. 2 Abs. 1 GG. Die freie Entfaltung der Persönlichkeit einschließlich sexueller Selbstbestimmung werde nicht durch die Verweigerung des höheren Ortszuschlages unangemessen beeinträchtigt.

55 BAGE 85, 375 = EzA Art 3 GG Nr 72 mit Anmerkung *Marhold* = EzBAT § 29 BAT Nr 22 mit Anmerkung *Marschner*.

56 BVerfG 4. 10. 1993 NJW 1993, 3058.

57 Das spätere EuGH *Grant*-Urteil (Fn. 36) ändert nichts an dieser Feststellung.

58 Art. 141 EGV (neu).

Auch das BVerfG sah keinen Grund, die Verfassungsmäßigkeit der Ungleichbehandlung von lesbischen und schwulen ArbeitnehmerInnen zu überprüfen.<sup>59</sup> Nach dem Inkrafttreten des LPartG am 1. 8. 2001 muß diese Frage der Entgeltdiskriminierung jedoch neu gestellt werden. Zwar sind die Tarifparteien keine unmittelbaren Adressaten des LPartG, dennoch dürfen sie diese Wertentscheidung des Gesetzgebers nicht ignorieren. Die zu lösende rechtliche Frage betrifft die Wechselwirkung zwischen Art. 6 Abs. 1 GG und dem LPartG. Auch wenn die eingetragene Lebenspartnerschaft sich in vielen familienrechtlichen Hinsichten von der Ehe unterscheidet: Rechtfertigen solche Unterschiede die Ungleichbezahlung im Arbeitsrecht zwischen einer verheirateten Arbeitnehmerin (i.d.R. verschiedengeschlechtlich) und einer Arbeitnehmerin, die in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft lebt (i.d.R. gleichgeschlechtlich)? Die Antwort auf dieser Frage hängt von der Bewertung des LPartG ab. Einerseits kann argumentiert werden, dass die Entscheidung, Schwulen und Lesben eine Ehe »2. Klasse« in der Form der »eingetragenen Lebenspartnerschaft« zu gönnen, ein bewusstes Zeichen dafür ist, dass sie in allen Bereichen des Zivilrechts Verheirateten nicht gleichzusetzen sind. Andererseits und überzeugender kann das Institut »eingetragene Lebenspartnerschaft« als ein positiver Schritt zur Integration von Schwulen und Lesben gesehen werden. Es respektiert die grundrechtliche Wertentscheidung des Art. 6 Abs. 1 GG und erkennt gleichzeitig gewisse gleichgeschlechtliche Lebensformen an, die der heteronormativen Ehe am nächsten sind. Diese Anerkennung sollte im arbeitsrechtlichen Bereich berücksichtigt werden. Werden Zuschläge an Verheiratete aus historischen pauschalisierten Gründen mit Rücksicht auf gegenseitige Unterhaltspflichten gewährleistet, sollen sie an in eingetragener Lebenspartnerschaft lebende ArbeitnehmerInnen auch bezahlt werden müssen, da letztere ähnlichen Pflichten nachkommen müssen.

### (ee) Kündigungsschutz

Aus den früheren empirischen Untersuchungen ist klar, dass schwule und lesbische ArbeitnehmerInnen fürchte(te)n, dass mit der Preisgabe ihres Schwul- bzw. Lesbischseins der Arbeitgeber die Kündigung ausspricht. Aus der Münchener Studie ergibt sich, dass sich diese Befürchtung nur selten verwirklicht. Sicherlich werden Arbeitgeber äußerst selten eine Kündigung ausdrücklich *wegen* Homosexualität aussprechen. Aber andere Gründe können vorgeschoben werden, um homophobes Verhalten zu tarnen.

Das BAG hat sich zunächst nur im Rahmen einer Kündigung von einem kirchlichen Mitarbeiter dazu geäußert, ob Homosexualität als ein sozial gerechtfertigter Grund anzusehen ist.<sup>60</sup> Jedenfalls außerhalb der Kirche stellt die Sexualität an sich keinen betriebs-, personen- oder verhaltensbedingten Grund für eine Kündigung dar, weil sie vollkommen irrelevant für die zu leistende Arbeit ist. Ausgangspunkt muß daher sein, dass im Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes eine solche Kündigung unzulässig ist. Diese Hypothese wird von der Haltung des BAG bei Kündigungen außerhalb des KSchG unterstützt.<sup>61</sup>

Allerdings können sozial gerechtfertigte Gründe eine ungerechtfertigte Kündigung wegen Homosexualität decken. Bei betriebsbedingten Kündigungen liegt der Kündigungsgrund außerhalb der Person des Arbeitnehmers. Diese betriebswirtschaftliche

<sup>59</sup> BVerfG 21. 5. 1999, EzA Art. 3 GG Nr. 72a.

<sup>60</sup> Grundsätzlich nach vorheriger Abmahnung als zulässiger verhaltensbedingter Grund anerkennend: BAG 30. 6. 1983, AP Nr. 15 zu Art. 140 GG; kritisch dazu Hueck/v. Hoyningen-Huene, KSchG § 1 Rn. 258 (12. Auflage 1997). Ausführlicher siehe Abschnitt 3(a) unten.

<sup>61</sup> Siehe unten bei Fn. 69.

Entscheidung wird aber kaum juristisch überprüft.<sup>62</sup> Dieser Spielraum ermöglicht dem Arbeitgeber daher die Kündigung unerwünschter schwuler bzw. lesbischer ArbeitnehmerInnen, soweit der betriebsbedingte Grund glaubhaft gemacht werden kann. Darüber hinaus können Nachteile für Lesben und Schwule bei der sozialen Auswahl eintreten.<sup>63</sup> Ein schwuler Arbeitnehmer wird in der Regel als alleinstehender wahrgenommen, wenn keiner über seinen Partner weiß, und deshalb soll er eine Kündigung besser als sein verheirateter Kollege vertragen können. Um diesem für ihn mit Nachteilen verbundenen Auswahlprozess entgegenzuwirken, muss er der betrieblichen heterosexuellen Annahme widersprechen und über seinen Partner und eventuelle Wahlfamilie Auskunft geben. Derjenige, der bis zu diesem Zeitpunkt »verdeckt« am Arbeitsplatz gewesen ist, sieht das wohl als Zwickmühle. Entweder gibt er sein Schwulsein preis oder riskiert bei der sozialen Auswahl hoch oben auf der Kündigungsliste zu stehen. In dieser Hinsicht mag das LPartG grundsätzlich eine Verbesserung zumindest für diejenigen Lesben und Schwulen bringen, die in eine eingetragene Lebenspartnerschaft eintreten. Sie müssten künftig bei der sozialen Auswahl neben Verheirateten stehen.

Bei personen- und verhaltensbedingten Kündigungen könnten alle möglichen Gründe vorgeschoben werden, um eine Kündigung wegen Homosexualität zu tarnen. Bei bestimmten sozial gerechtfertigten Gründen besteht ein gewisser Verdacht auf den unzulässigen Kündigungsgrund »Homosexualität«. In Bezug auf Kündigungen wegen AIDS und des HIV+ Status hat sich allerdings bald nach dem Bekanntwerden der Krankheit die Meinung gebildet, dass AIDS oder HIV+ Status keinen Kündigungsgrund darstellen könnten.<sup>64</sup> Die bereits entwickelten Maßstäbe für Kündigungen bei fortdauernder Krankheit sollen in dieser Fallkonstellation vielmehr auch gelten. Zur Auswirkung auf schwule Arbeitnehmer hat man sich in der einschlägigen Fachliteratur nicht geäußert. Auch schwules oder lesbisches außer- oder innerbetriebliches Verhalten kann grundsätzlich keinen Kündigungsgrund darstellen, da der Arbeitgeber keine Berechtigung hat, das außerbetriebliche Verhalten seiner MitarbeiterInnen zu kontrollieren oder zu berücksichtigen,<sup>65</sup> es sei denn, es verletzt eine Nebenpflicht,<sup>66</sup> was kaum jemals der Fall sein wird.

Im Ergebnis scheint das KSchG einen gewissen Schutz für lesbische und schwule ArbeitnehmerInnen zu bieten. Sicherlich können entschlossene Arbeitgeber den Schutz umgehen; aber im Vergleich mit den anderen bereits behandelten Schnittstellen des Arbeitsverhältnisses ist bei seiner Beendigung Rechtsschutz besser gesichert. Diese Feststellung lässt sich durch zwei plausible Vermutungen begründen. Erstens schränkt das Kündigungsschutzgesetz in diesem Bereich die Willkür des Arbeitgebers ohnehin ein. Zweitens ist die Bereitschaft der ArbeitnehmerInnen viel höher, ihre Rechte geltend zu machen, wenn das Arbeitsverhältnis vorbei ist. Dementsprechend sind in diesem Bereich Rechtsprechung und Fachliteratur detaillierter und umfassender, was zu einer besseren juristischen Lage beigetragen hat. Außerhalb des Geltungsbereiches des KSchG ist der Schutz geringer. Aber dies heißt nicht, dass der Arbeitgeber bei seiner Entscheidung uneingeschränkt ist. Dass er bei

62 KR-Etzel § 1 KSchG Rn. 540.

63 Zur sozialen Auswahl siehe KR-Etzel § 1 KSchG Rn. 689 ff.

64 Haesen, RdA 1988, 158, 163; Richardi, NZA 1988, 73, 79. Die Frage ist vom BAG offen gelassen: BAG 16. 2. 1989, BAGE 61, 151.

65 Zur ganz anderen Position bei kirchlichen MitarbeiterInnen siehe Abschnitt 3(a) unten. Vgl. ArbG Berlin 7. 7. 1999 LAGE zu BGB § 611 Kirchliche Arbeitnehmer Nr. 11. Die Kündigung eines S/M praktizierenden Arbeitnehmers war danach unzulässig. Die pauschalen Vermutungen des Arbeitgebers, der Krankenpfleger würde auf Grund seines privaten sexualen Verhaltens Grenzen zu KollegInnen oder PatientInnen überschreiten, reiche längst nicht für eine Kündigung aus.

66 KR-Etzel § 1 KSchG Rn. 472 ff. Überlegungen zu lesbischen und schwulen Verstößen gegen betriebliche Kleiderordnungen auch mit Bezug auf Deutschland siehe Skidmore, Social and Legal Studies 1999, 509.

keiner Kündigung willkürlich oder sittenwidrig<sup>67</sup> handeln darf, ist inzwischen vom BVerfG bestätigt worden.<sup>68</sup> Im Sinne von diesem sich allmählich entwickelnden Schutz außerhalb des KSchG hat das BAG sich schon 1994 dazu geäußert, als ein schwuler Arbeitnehmer während der Probezeit wegen seiner Homosexualität gekündigt wurde.<sup>69</sup> Das BAG sah in dem Arbeitgeberverhalten einen Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB), weil die Arbeitnehmergrundrechte dadurch willkürlich verletzt worden seien. Die Kündigung sei eine unzulässige Disziplinierung wegen des Privatlebens des Arbeitnehmers, das den Arbeitgeber gar nichts angehe. Die Ablehnung der BAG-Entscheidung in der Literatur<sup>70</sup> zeigt allerdings, wie prekär der Rechtsschutz für Lesben und Schwule in der Arbeitswelt ist. Sie werden nur unter Vorbehalt in der Rechtsordnung akzeptiert.

Bei näherer Betrachtung ist auch zu sehen, wie eng in diesem Fall tatsächlich ausgelegt wurde. Das BAG betonte, seine Entscheidung beziehe sich auf den vom LAG unterstellten Sachverhalt, dass der Kläger *nur* wegen seiner Homosexualität gekündigt wurde.<sup>71</sup> Es deutete aber an, dass der Arbeitgeber berechtigt gewesen sein könnte, den Einfluss des Schwulseins des Arbeitnehmers auf Kundenbeziehungen oder den Betriebsfrieden zu berücksichtigen. Ferner ist der Arbeitgeber kündigungsrechtlich nicht verpflichtet, einen Kündigungsgrund zu benennen.<sup>72</sup> Der gut informierte Arbeitgeber wird daher gar keinen Kündigungsgrund nennen, um eine eventuelle Klage zu vermeiden.

#### 4. Besondere Arbeitsverhältnisse

##### (a) kirchliche MitarbeiterInnen

Die arbeitsrechtliche Situation von schwulen und lesbischen ArbeitnehmerInnen, die in einem kirchlichen Betrieb beschäftigt sind, muss aus drei Gründen gesondert dargestellt werden. Erstens ist die öffentliche Haltung der Kirchen Schwulen und Lesben gegenüber zum Teil ablehnend, wenn nicht feindlich. Zweitens genießen gerade kirchliche MitarbeiterInnen wegen des verfassungsbedingten Sonderstatus der Kirchen weniger arbeitsrechtlichen Schutz als sonstige ArbeitnehmerInnen.<sup>73</sup> Drittens verlangen kirchliche Arbeitgeber oft höhere Loyalitätspflichten von ihren ArbeitnehmerInnen als sonst in der Wirtschaft üblich.<sup>74</sup> Unter diesen Umständen ist klar, dass die Schwulen und Lesben unter den bis zu 600 000 geschätzten kirchlichen ArbeitnehmerInnen<sup>75</sup> erheblich größere Schwierigkeiten als diejenigen der in sonstigen Branchen beschäftigten Schwulen und Lesben erleben.

Dieses lässt sich bei der Kündigung besonders deutlich zeigen.<sup>76</sup> Zum Beispiel sah das

67 Sittenwidrig wird nicht weit ausgelegt; so meinte das BAG z. B., die Kündigung von einem HIV-positiven Arbeitnehmer, der Selbstmord versucht hatte und anschließend mehrere Monate krankgeschrieben war, sei nicht als sittenwidrig anzusehen: BAG 16. 2. 1989, BAGE 61, 151.

68 BVerfG 27. 1. 1998, BVerfGE 97, 169, 178. Das Gericht hat die Stimmen von *Oetker*, AuR 1997, 41 und *Preis*, NZA 1997, 1256, 1264–68 gebilligt. Zustimmend auch *Hanau*, in: FS Dieterich, 1999.

69 BAG 23. 6. 1994 = NZA 1994, 1080.

70 *Boemke*, WiB 1994, 912; *EzA* § 242 BGB Nr. 39 mit Anmerkung *von Hoyningen-Huene*.

71 BAG, NZA 1994, 1080, 1082.

72 Betriebsverfassungsrechtlich muss aber dem Betriebsrat der Grund mitgeteilt werden (§ 102 Abs. 1 BetrVG).

73 MünchArbR-*Richardi* §§ 192, 193.

74 Vgl. *Deutsche Bischofskonferenz*, Erklärung Nr. 51: Erklärung der deutschen Bischöfe zum kirchlichen Dienst und Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse (1993).

75 Vom BVerfG weit ausgelegt: BVerfGE 70, 138, 162. Siehe auch MünchArbR-*Richardi* § 193 Rn. 23–25.

76 Ausführlich *Geck/Schimmel*, AuR 1995, 177.

BAG 1983 das homosexuelle Verhalten eines vom Diakonischen Werk eingestellten Familienberaters als zulässigen Grund für eine Kündigung.<sup>77</sup> Nach dem BAG durfte nicht nur eine offene homosexuelle Lebensführung, sondern auch jedes homosexuelle Verhalten als Loyalitätsverstoß verstanden werden. Es muss jedoch daran gezweifelt werden, ob auch heute noch so entschieden werden würde. Trotz der Kirchenautonomie bleibt den staatlichen Gerichten die Überprüfung überlassen, ob die Entscheidung eines kirchlichen Arbeitgebers sich in Widerspruch zu Grundprinzipien der Rechtsordnung begibt.<sup>78</sup> Ein Totalverbot des homosexuellen Verhaltens bzw. Handelns würde das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung zu sehr einschränken. So hat das Arbeitsgericht Lörrach<sup>79</sup> die von einem katholischen Jugendziehungsheim und -schule ausgesprochene Ablehnung der Übernahme eines schwulen Mannes wegen seiner Homosexualität in ein Arbeitsverhältnis für rechtswidrig erklärt: Die Kirche dürfe die menschliche Homosexualität nicht verneinen oder so tun, als ob sie nicht existiere. Sie müsse auch das Grundrecht auf eigene Sexualität anerkennen. Grundsätzlich ist diese Entscheidung zu begrüßen, aber dennoch bleibt dem kirchlichen Arbeitgeber immer noch viel Spielraum, Homosexualität abzulehnen. Die in der Verfassung verankerte Kirchenautonomie bedeutet, dass ohne eine Verfassungsänderung eine Verbesserung dieser Situation schwuler und lesbischer kirchlicher MitarbeiterInnen den Kirchen beinahe allein überlassen ist. In dieser Hinsicht lässt die Praxis der evangelischen Kirche in den letzten zehn Jahren zumindest hoffen.<sup>80</sup>

### (b) SoldatInnen

Auch wenn SoldatInnen keine ArbeitnehmerInnen im strikten Sinne sind,<sup>81</sup> müssen sie hier mitberücksichtigt werden, da sie innerhalb einer Organisation arbeiten, die sich als homophob darstellt und wo belegte anti-schwule Diskriminierung vorliegt. Weniger Material liegt über die Erfahrung von Lesben vor, weil historisch gesehen die Bundeswehr alle Frauen (einschließlich Lesben) am Rande gehalten hat<sup>82</sup> und sich grundsätzlich als Männerbund verstand.

Trotz des staatlichen Gebotes, den Soldaten allein nach »Eignung, Befähigung und Leistung ohne Rücksicht auf Geschlecht, Abstammung, Rasse, Glauben, religiöse oder politische Anschauungen, Heimat oder Herkunft zu ernennen und zu verwenden«,<sup>83</sup> hat sich mit Unterstützung des BVerwG eine homophobe Personalpraxis entwickelt. Die Bundeswehr vertritt die Auffassung, dass Homosexuelle nicht geeignet seien, als Ausbilder oder Zugführer verwendet zu werden. Wiederholt hat das BVerwG bestätigt, dass diese Wertentscheidung rechtlich nicht zu beanstanden sei.<sup>84</sup> Selbst im Jahre 1997 wurde die bei auszubildenden Soldaten und Wehrpflichtigen vermutete Intoleranz Homosexualität gegenüber als ausreichender sachlicher Grund angesehen, um eine Versetzung des Soldaten ohne Einzelprüfung zu rechtfertigen.

77 BAG 30. 6. 1983, AP Nr 15 zu Art. 140 GG. Mit Kommentar und Abdruck auch zu den Vorinstanzen s. *Malt*, »ist unstrittig homosexuell«. Diskriminierung von Lesben und Schwulen in Arbeits- und Sozialrecht, 1991, S. 37 ff.

78 BVerfGE 70, 138, 168.

79 ArbG Lörrach 25. 8. 1992, AuR 1993, 151. Das Berufungsgericht kam zum gleichen Ergebnis, aber mit engerer Begründung über § 242 BGB: LArbG Baden-Württemberg 24. 6. 1993, NZA 1994, 416.

80 Siehe Diskussionspapier von 1996: [www.ekd.de/EKD-Texte/homo.html](http://www.ekd.de/EKD-Texte/homo.html)

81 Siehe oben Fn. 2.

82 Nach der *Kreil*-Entscheidung des EuGH vom 11. 1. 2000 Rs C-285/98 Slg 2000, I-69 wurden die Möglichkeiten für Frauen mit entsprechenden Änderungen im GG und Soldatengesetz erweitert: BGBl. I 2000, 1755 und 1815 ff.

83 § 3 Soldatengesetz in Anlehnung an Art. 33 Abs. 2 GG.

84 Zuletzt BVerwG 18. 11. 1997, NVwZ-RR 1998, 244. Siehe auch ständige Rechtsprechung: BVerwG 25. 10. 1979, BVerfGE 63, 286 und BVerwG 8. 11. 1990, BVerfGE 86, 355, kritisch dazu *Kappe*, DuR 1991, 465.

Dabei wurde das nicht zu beanstandende Verhalten eines Schwulen problematisiert, während die dienstliche bzw. gesellschaftliche Ablehnung unkritisch als zu akzeptierende Norm dargestellt wurde.<sup>85</sup>

Die vom BVerwG vertretene Argumentationskette übersieht aber nicht nur die gesellschaftlichen Faktoren, die zu einer Ablehnung gleichgeschlechtlicher Lebensweisen führen, sondern nimmt auch die Grundrechte des schwulen Soldaten zu wenig in Betracht. Neuerdings hat das VG Lüneburg von dieser Position abweichend der Klage eines schwulen Soldaten stattgegeben, der die Übernahme in ein Dienstverhältnis des Berufssoldaten angestrebt hatte.<sup>86</sup> Es legte dabei Wert auf die Notwendigkeit einer Einzelfallprüfung. Die Homosexualität des Soldaten dürfe seiner »Eignung« für das Dienstverhältnis nicht widersprechen, wenn keine in seiner Personalakte während seiner inzwischen 8 Jahre bei der Bundeswehr abgelegte Beurteilung auf ungeeignetes dienstliches Umgehen mit seiner Sexualität hindeute. Die vom Beklagten angeführte abstrakte Gefahr des Autoritätsverlustes des Soldaten könne ohne einschlägige gegenteilige Beweise sowohl bei einem heterosexuellen als auch bei einem homosexuellen Soldaten eintreten und sei daher irrelevant. Diese Entscheidung deckt oft gegen schwule Soldaten hervorrufene Ablehnungsgründe als unwürdige Vorurteile auf. Dennoch ist sie wegen ihrer Betrachtung der Sexualität als grundsätzlich private Angelegenheit problematisch. Die Zuordnung der Sexualität zum Bereich der »Intimsphäre« trägt dazu bei, den Eindruck zu vermitteln, dass die Arbeitswelt und jeder dazu gehörige Betrieb sexualitätsfrei sind oder sein sollten. Dieser Ruf nach »Neutralität« und Sachlichkeit übersieht die (meist) verborgene heterosexuelle Annahme, die Gesellschaft und ihre Institutionen strukturiert. Im juristischen Sinne ist diese Entscheidung dennoch wichtig, weil sie eine Bereitschaft der Rechtsprechung darlegt, die Grundrechte zu Gunsten von Schwulen und von Lesben auszulegen.

## 5. Bilanz

Die vorgehende Analyse zeigt viele Bereiche des Arbeitsrechts, in welchen die Interessen von Schwulen und Lesben bezüglich ihrer sexuellen Orientierung berücksichtigt werden müssen. Insofern liefert sie selbst schon eine Antwort auf die Frage, ob schwule und lesbische ArbeitnehmerInnen ein Thema für die Rechtswissenschaften sind.

Als Ergebnis der Analyse stellt sich heraus, dass der Schutz der schwulen und lesbischen ArbeitnehmerInnen vor homophoben KollegInnen und ArbeitgeberInnen nicht ausreichend ist. Dieser Mangel hat zwei Dimensionen. Mangels gesetzlicher Regelung zu Gunsten von Lesben und Schwulen setzen sich die Grundrechte in der konkreten Anwendung in verschiedenen arbeitsrechtlichen Bereichen nicht durch. Trotz einiger positiver Entscheidungen können Schwule und Lesben sich nicht immer auf eine grundrechtliche Argumentation verlassen. Zweitens ist die Durchsetzung von Rechtsschutz in bestimmten Bereichen besonders schwierig. Mit welchen Mitteln macht man glaubhaft, dass eine Diskriminierung wegen sexueller Orientierung vorliegt? Dazu kommt, dass es gerade bei Nichteinstellung, Nichtbeförderung oder Mobbing an sinnvollen effektiven Rechtsnormen fehlt, mit denen der Arbeitgeber dazu verpflichtet werden könnte, der Diskriminierung entgegenzuwirken. Auch über

<sup>85</sup> Anders der EGMR, Urteil vom 27.9.1999, Smith/Vereinigtes Königreich NJW 2000, 2089, das in den antihomosexuellen Vorurteilen von anderen Bediensteten keinen Grund zur Rechtfertigung eines Menschenrechtseingriffes bei lesbischen und schwulen Militärangehörigen sah.

<sup>86</sup> VG Lüneburg 3.6.1999, NdsVBl 2000, 251. Zustimmend *Schmidt-Radefeldt*, NZWehrR 2000, 141, 149.

Schadensersatz sind die Möglichkeiten eher gering, einen adäquaten Ausgleich für die durch Diskriminierung verursachte Nichtachtung der Menschenwürde und des Persönlichkeitsrechtes zu bekommen.

Die juristische Analyse bestätigt also die Annahme der Münchener Studie, die fehlenden Rechtsschutz für schwule und lesbische ArbeitnehmerInnen latent vermutete, und liefert eine fundiertere Bestandsaufnahme, mit der rechtspolitisch gearbeitet werden kann. Um zwei weitere aus der Studie sich herausstellende Hypothesen zu überprüfen, ist aber empirische Forschung nach wie vor notwendig. Erstens ist der Zusammenhang zwischen subjektiv gefürchteter Diskriminierung und dem Verhalten des Arbeitgebers und der KollegInnen noch offen. Der juristische Beitrag zu diesem Themenkomplex besteht nur darin, die Vermutung der ArbeitnehmerInnen zu bestätigen, dass der Rechtsweg bei Diskriminierung wegen sexueller Orientierung in vielen Fällen wenig Schutz bietet. Die zweite Hypothese betrifft die Wechselwirkung zwischen einer Verbesserung der gesetzlichen Stellung von schwulen und lesbischen ArbeitnehmerInnen und ihren Alltagserfahrungen im Betrieb. Wie eine rechtliche Änderung Einfluss auf das subjektive Handeln der betrieblichen Akteure haben würde, kann nur schwer vorausgesagt werden.<sup>87</sup>

In nächster Zeit bietet sich die Möglichkeit an, dies zu testen. Bis zum 2. 12. 2003 ist mit der Antidiskriminierungsrahmenrichtlinie der EU auch das Verbot der Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung in deutsches Arbeitsrecht umzusetzen. Dieser Beitrag sollte die Gefährdungspotenziale und möglichen rechtspolitischen Ansatzpunkte dargestellt haben. Hoffentlich wird dieser europapolitische Anstoß auch von der Wissenschaft wahrgenommen und diesem Thema weiteres Nachdenken, Forschung und Analyse gewidmet.

<sup>87</sup> Die große Mehrheit der TeilnehmerInnen der Münchener Studie müssen an eine positive Funktion geglaubt haben, sonst hätten sie wahrscheinlich nicht mit über 80 Prozent gesetzliche Änderungen im Arbeitsrecht befürwortet (*Knoll/Edinger/Reisbeck* [Fn. 15], S. 130.)