

Diskriminierung vermeiden

Das dritte Geschlecht im Arbeitsrecht

Durch die rechtliche Anerkennung des dritten Geschlechts werden auch im Personalmanagement Anpassungen nötig – und das nicht nur bei der Formulierung von Stellenausschreibungen.

Rund 80 000 bis 120 000 Menschen in Deutschland sind intersexuell, das heißt, ihr Chromosomensatz ist weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zweifelsfrei zuzuordnen. Seit dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 10.10.2017 ist das sogenannte dritte Geschlecht nun auch rechtlich anerkannt. Es ist klar geworden, dass diese Entscheidung auch im Arbeitsleben nicht zu unterschätzen ist. Von einer Drittgeschlechterquote über die Anpassung geltender Dienstkleidungsvorschriften bis zur Einführung von dritten sanitären Räumen wird alles diskutiert. Einigkeit besteht, dass das Gebot der Geschlechtergleichstellung und damit auch das Verbot der Geschlechterdiskriminierung umfassender verstanden werden muss.

Mit seinem Beschluss entschied das BVerfG, dass Personen, die sich biologisch dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen lassen, in ihrem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 Grundgesetz (GG) sowie in ihrem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt werden, wenn das Personenstandsrecht dazu zwingt, das Geschlecht zu registrieren, hierbei aber keinen anderen positiven Geschlechtseintrag als „weiblich“ oder „männlich“ zulässt. Geschlecht im Sinne des

Grundgesetzes könne, so das BVerfG, „auch ein Geschlecht jenseits von männlich oder weiblich“ sein. Der Gesetzgeber war zur Handlung aufgefordert; seit dem 22.12.2018 heißt es in § 22 Abs. 3 Personenstandsgesetz (PSG): „Kann das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so kann der Personenstandsfall auch ohne eine solche Angabe oder mit der Angabe ‚divers‘ in das Geburtenregister eingetragen werden.“ Damit ist auch die zwischenzeitliche Debatte, wie das dritte Geschlecht genau bezeichnet werden soll, entschieden. Der Gesetzgeber hat sich gegen „anders“, „inter“ oder „weiteres“, sondern für die Bezeichnung „divers“ entschieden.

Die wichtigsten sich bislang abzeichnenden Auswirkungen im Arbeitsrecht sollen nachfolgend im Überblick dargestellt werden.

AUSWIRKUNGEN IM BEWERBUNGSVERFAHREN

Arbeitgeber dürfen Bewerber nicht wegen ihres Geschlechts oder ihrer sexuellen Identität benachteiligen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 in Verbindung mit § 1 AGG) und sind gemäß § 11 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) dazu verpflichtet, Stellenausschreibungen geschlechtsneutral zu gestalten.

DIE AUTOREN



JAN-OVE BECKER ▶
Partner der internationalen Kanzlei für Arbeitsrecht vangard | Littler in Hamburg
▶ j.becker@vangard.de



DR. DAVID WAGNER ▶
Senior Associate der internationalen Kanzlei für Arbeitsrecht vangard | Littler in Hamburg
▶ d.wagner@vangard.de

Seit dem Beschluss des BVerfG muss angenommen werden, dass der Begriff „Geschlecht“ nun nicht mehr allein Männer und Frauen, sondern eben auch diejenigen umfasst, die weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zugehörig sind. Legt man § 1 AGG im Lichte des Beschlusses durch das BVerfG aus, kommt man zu dem Ergebnis, dass das Verbot der Geschlechterdiskriminierung nun auch für solche Personen, die sich „weder noch“ eindeutig zuordnen lassen, gilt. Damit spricht vieles dafür, dass sich Stellenausschreibungen nicht mehr nur an Frauen oder Männer richten dürfen, sondern vielmehr auch ein drittes Geschlecht berücksichtigen müssen, um den Grundsatz der Geschlechterneutralität zu wahren. Damit wird man zugleich auch denjenigen gerecht, die zwar biologisch einem Geschlecht klar zugeordnet werden können, jedoch für sich eine andere Identität wahrnehmen. In Abgrenzung zu intersexuellen Menschen spricht man diesbezüglich von „Transsexualität“ (vgl. § 1 Transsexuellengesetz (TSG): eine Person, die sich „auf Grund ihrer transsexuellen Prägung nicht mehr dem in ihrem Geburts- eintrag angegebenen Geschlecht, sondern dem anderen Geschlecht als zugehörig empfindet“.). Diese werden seit jeher im AGG über das Merkmal „sexuelle Identität“ geschützt.

Arbeitgebern ist zwingend zu raten, ihre bisherige Praxis bei Stellenausschreibungen im Hinblick auf die Anerkennung des dritten Geschlechts zu ändern. Die Anpassung von Stellenausschreibungen ist auch im Hinblick auf die Beweislastumkehr des § 22 AGG ratsam. Denn wer einen Arbeitsplatz ausschreibt, ohne das dritte Geschlecht zu berücksichtigen, schafft eine Tatsache, die gemäß § 22 AGG eine Benachteiligung dieses Geschlechts vermuten lässt. Für Formulierungen werden unterschiedliche Varianten vorgeschlagen. Weiterhin unbedenklich sind zum Beispiel geschlechtsneutrale Oberbegriffe beziehungsweise Jobtitel. Zumindest wenn ein neutraler Jobtitel nicht zu finden ist oder der Jobtitel männlich oder weiblich klingt, ist zu einer Erweiterung mittels Klammerzusätzen zu raten. Arbeitgeber sind daher dazu angehalten, bei ihren Stellenausschreibungen zum Ausdruck zu bringen, dass sie allen Menschen ungeachtet ihres Geschlechts offen begegnen. Der bislang häufig verwandte Zusatz „(m/w)“ berücksichtigt das dritte Geschlecht nicht und lässt somit eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten. Ausgehend von der vom BVerfG geforderten Bezeichnung „inter / divers“ werden gegenwärtig unterschiedliche Zusätze wie „(m/w/d)“, „(m/w/i)“ oder einzeln auch „(m/w/x)“ vertreten. Welche

zulässige Formulierungen sind, kann mangels bisheriger höchstrichterlicher Rechtsprechung noch nicht beurteilt werden. Der Gesetzgeber jedenfalls hat sich für die Bezeichnung „divers“ entschieden. Vor diesem Hintergrund halten wir den Zusatz „(m/w/d)“ für vorzugswürdig, zumindest für unangreifbar.

Aufgrund der in der Praxis vermehrten Nutzung von Onlinebewerbungsformularen sind auch im Rahmen des Bewerbungsprozesses Anpassungen notwendig. Im Rahmen von Fragebögen beziehungsweise Bewerbungsverfahren über ein Onlineportal müssen Bewerber Angaben zur Person regelmäßig über standardisierte Eingabemasken machen. Formulare beziehungsweise Eingabemasken, bei denen der Bewerber lediglich die Wahl zwischen „männlich“ oder „weiblich“ beziehungsweise im Rahmen der Anrede nur zwischen „Herr“ und „Frau“ hat, begründen Vermutungstatsachen für eine Diskriminierung wegen des dritten Geschlechts. Arbeitgebern ist daher zu raten, auf vorgegebene Auswahlmöglichkeiten bei Geschlecht und Anrede zu verzichten oder diese Elemente aus Bewerbungsformularen beziehungsweise Eingabemasken gleich vollständig zu entfernen, da das Geschlecht häufig nicht relevant für die Einstellungsentscheidung sein wird.

AUSWIRKUNGEN FÜR PERSONALVERWALTUNG UND VERTRAGSGESTALTUNG

Auch in Personalverwaltung und Vertragsgestaltungspraxis muss das dritte Geschlecht berücksichtigt werden. Analog zu Fragebögen / Eingabemasken in Onlineportalen sollte das Geschlecht in der Personalakte nicht mehr nur als „männlich“ oder „weiblich“ eingegeben werden können. Viele Anbieter von Personalverwaltungssoftware haben hierauf bereits reagiert und bieten unterschiedliche technische Möglichkeiten (z. B. die Angaben keines Geschlechts oder „divers“).

Ferner besteht in Arbeits- und Tarifverträgen sowie Betriebsvereinbarungen Anpassungsbedarf. Empfehlenswert scheint die Aufnahme einer Definition oder Klarstellung mittels Sternchen. So kann zum Beispiel formuliert werden: „Wird im Folgenden die männliche Bezeichnung verwendet, so sind davon auch weibliche und intersexuelle Personen erfasst. Eine vollständige Gleichberechtigung wird gewährleistet.“

AUSWIRKUNGEN IM ARBEITSSCHUTZ

Nach den Regelungen der Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV) sind Toilettenräume für Männer und Frauen getrennt einzurichten oder es ist eine getrennte Nutzung zu ermöglichen (Ziffer 4.1 Abs. 1 Satz 1 Anhang zu § 3 Abs. 1 ArbStättV). Das dritte Geschlecht wird folglich (noch) nicht berücksichtigt. Allerdings ist die ArbStättV noch auf dem Stand vor der Entscheidung des BVerfG.

Ob bauliche Änderungen vorgenommen werden müssen, ist gegenwärtig noch nicht absehbar. Gesonderte Toiletten für das dritte Geschlecht würden dann erforderlich werden, wenn der Gesetzgeber die Arbeitsstättenverordnung entsprechend anpasst. Denkbar ist allerdings auch – wie in anderen Ländern schon üblich – die generelle Einführung von Unisex Toiletten. Bis dahin empfiehlt es sich, die Nutzung beider Toilettenräume zu erlauben und dies entsprechend zu kennzeichnen, zum Beispiel durch die Bezeichnung „männlich / divers“ und „weiblich / divers“.

FAZIT

Auch jenseits der rechtlichen Fragestellungen bieten die vorgezeigten Entwicklungen aus personalpolitischen Erwägungen einen guten Anlass, bisherige Praxis anzupassen: Die Ergänzung des Klammerzusatzes setzt beispielsweise ein deutliches und klares Zeichen von Toleranz, Offenheit und Fortschritt und bietet damit eine Chance, sich als modernen und zeitgemäßen Arbeitgeber zu platzieren. So kann das Thema Diversity auch proaktiv geprägt und gefördert werden.

Die LGBT-Debatte gewinnt auch international an Bedeutung und ist ein viel diskutiertes Thema, das nicht nur im Arbeitsrecht für die eine oder andere weitere Veränderung sorgen wird. Die europäische „Richtlinie zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen“ geht (noch) von einem binären Geschlechtersystem aus. Auch hier ist im Hinblick auf den aktuellen Wandel mit Veränderungen zu rechnen. ●

INSERENTEN	Seite
Agenda Informationssysteme GmbH & Co. KG	63
Akademie für Führungskräfte	71
DATEV eG	53
Deutsche Gesellschaft für Personalführung e.V. (DGFP)	2.U, 11, 43, 45, 47, 65, 3.U, 4.U
DGFP – Deutsche Gesellschaft für Personalführung mbH	37
Haufe-Lexware GmbH & Co. KG	ab 64
vertical GmbH	31

Diese Ausgabe enthält folgende Beilage:
VERLAG C.H.BECK

BILDNACHWEISE

aconso AG; ArdeaA - stock.adobe; Bernd Wichmann; BMUB/Sascha Hilgers; CLAAS; daniilvolkov - stock.adobe; deterringdesign GmbH; F8studio - stock.adobe; Festo AG & Co. KG; Florian Jaeger; Gina Sanders - stock.adobe; GIZ; IBM/Cornelius Kalk; info@fovalentin.de; Ingo Bartussek - stock.adobe; ink drop - stock.adobe; IW Akademie; Jeanette Dietl - stock.adobe; Jesussanz; Kaesler Media - stock.adobe; Laurin Schmid; Lorabarra - stock.adobe; Manuel - stock.adobe; Nina Kaufmann; s.Oliver Bernd Freier GmbH & Co. KG; SAP SE; Schustermann & Borenstein GmbH; Sergey Nivens - stock.adobe; skhunda - stock.adobe; SPD Hessen; TeraVector; Udo Geisler; vege - stock.adobe; vladsv - stock.adobe