

Universität Hamburg
Fakultät Wirtschaft- und Sozialwissenschaften
Fachbereich Sozialökonomie
Von-Melle-Park 9, Hamburg



Welchen Schutz bietet das AGG vor Diskriminierung am Arbeitsplatz wegen des Geschlechts?

Interdisziplinäre Bachelorarbeit
Erstprüfer: Prof. Dr. Karsten Nowrot
Zweitprüferin: Jun. Prof. Dr. Anne Busch-Heizmann

Gianna Maria Nora Martini

Gliederung	I
Abkürzungsverzeichnis	III
Einleitung.....	1
I. Entstehungsgeschichte des AGG.....	2
II. Der Tatbestand des AGG.....	5
II.1 Vorurteile, Stereotype und Diskriminierung.....	6
II.2 Das Geschlecht als Diskriminierungsmerkmal.....	7
II.3 Gender – das soziale Geschlecht.....	9
III. Begriffsbestimmung der Benachteiligungsmöglichkeiten.....	10
III.1 Unmittelbare Benachteiligung gem. § 3 I AGG.....	10
III.2 Mittelbare Benachteiligung gem. § 3 II AGG.....	11
III.3 Belästigung gem. § 3 III AGG.....	12
III.4 Sexuelle Belästigung gem. § 3 IV AGG.....	13
III.5 Anweisung zur Benachteiligung gem. § 3 V AGG.....	15
IV. Ausnahmetatbestand und Rechtfertigungsgründe.....	16
IV.1 Unterschiedliche Behandlung wegen beruflicher Anforderungen gem. § 8 AGG.....	16
IV.2 Unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder Weltanschauung gem. § 9 AGG.....	18
IV.3 Unterschiedliche Behandlung wegen des Alters gem. § 10AGG.....	19
IV.4 Positive Maßnahmen.....	22
IV.5 Ungleichbehandlung gleich ungünstigere Behandlung?.....	23

V. Rechtspflichten der Arbeitgeberin.....	24
V.1 Präventive Maßnahmen gem. § 12 AGG.....	24
V.1.1 Haftungsausschluss bei Durchführung von präventiven Maßnahmen?.....	25
V.1.2 Angemessenheit, Geeignetheit, Erforderlichkeit.....	26
V.2 Das Beschwerderecht gem. § 13 AGG.....	27
VI. Die Rechtsfolge der Diskriminierung am Arbeitsplatz.....	28
VI.1 Leistungsverweigerungsrecht gem. § 14 AGG.....	28
VI.1.1 Präventiver Schutz durch § 14 AGG?.....	29
VI.1.2 Beweislast.....	30
VI.2 Schadensersatz- und Entschädigungsanspruch gem. § 15 AGG.....	31
VII. Handlungsmöglichkeiten der Beschäftigtenvertretung gem. § 17 AGG.....	34
Fazit.....	36
Literaturverzeichnis.....	V

Abkürzungsverzeichnis

Abb.	Abbildung
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
ArbG	Arbeitsgericht
Art.	Artikel
BAG	Bundesarbeitsgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
Bt – Drs.	Bundesdrucksache
BverfG	Bundesverfassungsgericht
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f	folgende Seite
ff	folgende Seiten
gem.	gemäß
ggf.	gegebenenfalls
GG	Grundgesetz
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgebende
iSd	im Sinne des

iVm	in Verbindung mit
LAG	Landesarbeitsgericht
MuSchG	Mutterschutzgesetz
mWv	mit Wirkung vom
Pkt.	(Gliederungs-) Punkt
Rn.	Randnummer
s.	siehe
S.	Seite
sog.	sogenannt
taz	Die Tageszeitung
u.a.	unter anderem
usw.	und so weiter
Vol.	Band
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel

„Die größte Gefahr für die Gleichberechtigung, ist der Mythos, wir hätten sie schon“

Grethe Nestor¹

Einleitung

Art. 3 des Grundgesetzes (GG) postuliert den Grundsatz der Geschlechtergleichheit. Dass dieser Grundsatz in Deutschland im Bereich des Arbeitslebens bis heute nicht erreicht wurde, belegen regelmäßig statistische Zahlen.² Die Diskriminierung³ aufgrund des Geschlechts ist nach wie vor ein aktuelles Problem, das der chancengleichen Teilhabe, insbesondere von Frauen, auf dem Arbeitsmarkt entgegensteht.⁴

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich daher mit dem Thema der Diskriminierung am Arbeitsplatz wegen des Geschlechts.⁵ Es wird in diesem Zusammenhang nicht nur auf den arbeitsrechtlichen Schutz des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) eingegangen, sondern es werden auch soziologische Betrachtungen hinzugezogen, welche die Gründe der Geschlechterungleichheit zu erklären versuchen. Die Ungleichbehandlung von Männern und Frauen auf dem Arbeitsmarkt ist ein Phänomen, das keinen einfachen Gesetzmäßigkeiten folgt. Die Berufssegregation der Geschlechter⁶ ist eine Folge von zwischenmenschlichen und individuellen Entscheidungen, welche jedoch von gesellschaftlichen Rahmenbedingungen und kulturellen Leitvorstellungen beeinflusst werden. Das Hinzuziehen der Soziologie ist in diesem rechtlichen Zusammenhang also notwendig, da Diskriminierung (nicht zuletzt) auf meist unterbewussten Mechanismen in der menschlichen Psyche sowie der Sozialisation und gesellschaftlich verankerten Vorurteilen und Stereotypen zurückzuführen ist.⁷ Rein rechtlich wird zu prüfen sein, ob der vorhandene gesetzliche Schutz des AGG ausreicht, um Diskriminierung am Arbeitsplatz wegen des Geschlechts zu verhindern oder ihr angemessen zu begegnen.

1 Nestor, 2006, Klappentext.

2 Dies wird auch im soziologischen Kontext immer wieder deutlich, so auch in Busch, 2013, S. 148 – 151, grafisch dargestellt in Abb. 7.1 – 7.4; sowie auf S. 159 – 164 in Abb. 7.10, 7.11.

3 Die nicht zulässige Benachteiligung wegen eines Merkmals aus § 1 AGG, vgl. Schrader/Schubert, 2006, Rn. 42.

4 vgl. Bielby, Baron, 1986, S. 759 ff.

5 Hierbei wird aufgrund der vorherrschenden Zweigeschlechtlichkeit in unserer Gesellschaft nur die Unterscheidung in männlich und weiblich vorgenommen. Diskriminierung aufgrund der Zugehörigkeit zu anderen Geschlechtern wird in dieser Arbeit nicht behandelt.

6 Die Segregation besteht sowohl vertikal als auch horizontal, vgl. Busch, 2013, S. 27.

7 Zur Definition von Vorurteilen und Stereotypen s. Pkt. II.1.

Zunächst wird kurz die Entstehungsgeschichte des AGG dargestellt, da sich an ihr die Widerstände gegen die Einführung eines solchen Gesetzes und die unzureichende Würdigung des Themas Diskriminierung und Geschlechterungleichbehandlung am Arbeitsmarkt aufzeigen lässt. Danach wird der Tatbestand der Diskriminierung wegen des Geschlechts inhaltlich beschrieben. Weiterhin werden die Ausnahmetatbestände und Rechtfertigungsgründe einer Diskriminierung am Arbeitsplatz, unter Einbeziehung einschlägiger Urteile zur Geschlechterdiskriminierung, erläutert. Anschließend werden die Rechtspflichten der Arbeitgeberin⁸ und die Rechtsfolge einer Diskriminierung dargestellt sowie die Handlungsmöglichkeiten der Beschäftigtenvertretung.

I. Entstehungsgeschichte des AGG

Die rechtlichen Möglichkeiten sich vor Diskriminierung am Arbeitsplatz wegen des Geschlechts zu schützen bzw. sich zu wehren, waren lange Zeit nur durch Normen im Strafgesetzbuch (StGB)⁹ sowie der Gewerbeordnung (GewO) gegeben. Die GewO schützte z.B. in § 120 b GewO a.F. vor Sexismus¹⁰ am Arbeitsplatz, in dem sie getrennte Räumlichkeiten für Männer und Frauen vorsah. Diese Norm sollte z.B. sexuelle Übergriffe verhindern. Anstatt Übergriffe zu sanktionieren oder die Angestellten zu schulen, trennte das Gesetz die Geschlechter und ordnete somit die sexuelle Belästigung nicht dem steuerbaren Sozialverhalten zu.¹¹ Eine Verbesserung dieser konkreten Situation trat mit Inkrafttreten des Beschäftigtenschutzgesetzes (BschSchG)¹² ein, worin sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz als vertragliches Fehlverhalten von der Arbeitgeberin zu sanktionieren war und sie gleichzeitig ihre Beschäftigten vor sexuellen Übergriffen im Rahmen ihrer Fürsorgepflicht zu schützen hatte.¹³

8 Die Inhalte der vorliegenden Arbeit beziehen sich in gleichem Maße sowohl auf Frauen als auch auf Männer. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird die weibliche Form für alle Personenbezeichnungen gewählt, für die keine geschlechtsneutrale Bezeichnung gefunden wurde.

9 z.B. Beleidigung § 185 ff StGB, Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung § 174 ff StGB oder Nötigung § 240 StGB.

10 Die auf das Geschlecht bezogene Diskriminierung. vgl. Fuchs-Heinritz, 2001, S. 609.

11 Die Vorschrift wurde aufgehoben durch das Dritte Gesetz zur Änderung der GewO und sonstiger gewerberechtlicher Vorschriften vom 24.08.2002 m.W.v. 01.01.2003, juris.

12 Gültig ab 01.09.1994 als Teil des 2. Gleichbehandlungsgesetzes vom 24.06.1994, vgl. Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, 1994, im Internet abrufbar unter: <http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/gleichstellung,did=73018.html>, zuletzt besucht am: 4.10.2014.

13 vgl. Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, 1994, im Internet abrufbar unter: <http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/gleichstellung,did=73018.html>, zuletzt besucht am: 4.10.2014.

Eine Anspruchsnorm gegen die Geschlechterdiskriminierung im Zusammenhang mit einem Beschäftigungsverhältnis gab es aber schon mit Inkrafttreten des § 611a BGB im Jahre 1980.¹⁴ In diesem waren auch Rechtfertigungsgründe enthalten, welche eine Ungleichbehandlung der Geschlechter für zulässig erklärten, wenn ein bestimmtes Geschlecht „unverzichtbare“ Voraussetzung für eine Tätigkeit ist. Ebenso beinhaltete § 611a BGB eine Beweiserleichterung und einen (im Gegensatz zum AGG geringeren¹⁵) Schadensersatzanspruch.¹⁶

Mit Inkrafttreten des AGG im Jahre 2006 wurden der § 611a BGB sowie die Regelungen zur sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz in einem Gesetz zusammengeführt. Die Besonderheit bei der Entstehung des AGG war, dass es nicht durch die deutsche Gesetzgebung veranlasst, sondern über supranationales Recht „angeordnet“ wurde. Die deutsche Gesetzgebung wurde durch europäische Richtlinien¹⁷ dazu angehalten, Regelungen zur Gleichbehandlung bzw. Antidiskriminierung umzusetzen und hierzu ein eigenes Gesetz zu schaffen, welches seit 2006 mit dem AGG vorliegt. Das AGG stellt dabei eher einen Kompromiss der politischen Kräfte dar und wurde schließlich umgesetzt, da Strafzahlungen wegen Fristüberschreitungen¹⁸ gem. Art. 260 II des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) drohten.¹⁹

In Bezug auf die Geschlechterdiskriminierung sollte die Umsetzung der Richtlinie 2002/73/EG vom 23.09.2002 (sog. Gender-Richtlinie) helfen, den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen zu verwirklichen.²⁰ Dieses Gleichbehandlungsgebot der Geschlechter wurde durch die Vorgaben der Richtlinie 2004/113/EG darüber hinaus nun auch auf das allgemeine Zivilrecht übertragen.²¹

14 vgl. Foljanty, § 1, Rn. 35.

15 Der Schadensersatzanspruch war nach § 611a BGB geringer, da er begrenzt war. Nach dem AGG ist die Entschädigungsgrenze offen und auch der immaterielle Schaden wird berücksichtigt, vgl. Nollert-Borasio, Perreng, 2006, § 15, Rn. 15.

16 vgl. jurisPK-BGB, 2014, § 611a BGB, juris.

17 Richtlinie 2000/43/EG, Richtlinie 2000/78/EG, Richtlinie 2002/73/EG, Richtlinie 2004/113/EG, juris.

18 vgl. Rs. C-329/04, juris.

19 Deutschland wurde mehrfach zu Strafzahlungen (bis zu 900.000 € pro Tag) verurteilt, da kaum eine Antidiskriminierungsrichtlinie in der Frist umgesetzt wurde. vgl. Alenfelder, S. 5.

20 vgl. Schrader, Schubert, 2006, Rn. 14.

21 vgl. Schrader, Schubert, 2006, Rn. 14.

Gerade weil die Motivation ein solches Gesetz zu erstellen von der Europäischen Union (EU) an die deutsche Gesetzgebung gem. Art. 288 AEUV herangetragen wurde und nicht durch gesellschaftlichen Druck in Deutschland entstanden ist, musste bei der Entstehung und auch Umsetzung des AGG gegen viele Widerstände angegangen werden. Es wurde eine „Klagewelle“ und „AGG-Hopping“²² befürchtet oder es wurde mit dem Argument der „Überregulierung“ versucht, die Sinnhaftigkeit einer zivilrechtlichen Anspruchsnorm neben dem grundgesetzlichen Schutz vor Geschlechterdiskriminierung in Frage zu stellen bzw. eine Einschränkung der Tarifautonomie oder der Vertragsfreiheit befürchtet. Was diese Argumentation vielmehr aufzeigte, war die Notwendigkeit des Gesetzes, da Diskriminierung offensichtlich zum (Arbeits-)Alltag gehörte, ansonsten könnte man sich eine „Klagewelle“, welche auf das Inkrafttreten des AGG folgen würde, kaum erklären. Mit den §§ 8-10 AGG und dem zivilrechtlich relevanten § 20 AGG liegen allerdings Ausnahmetatbestände²³ vor, die eine Ungleichbehandlung aufgrund eines in § 1 AGG genannten Merkmals für zulässig erklären können. Für eine solche Ausnahme hat ein sachlicher Grund vorzuliegen und der zu erreichende Zweck muss rechtmäßig und das Mittel hierfür zweckmäßig sein.²⁴ Dadurch werden die Vertragsfreiheit und die Tarifautonomie weiterhin geschützt.

Aufgrund der Normenhierarchie²⁵ war die BRD demnach verpflichtet, die Vorgaben der EU-Richtlinien in innerstaatliches Recht zu überführen – wobei mindestens der in der Richtlinie vorgegebene Schutz zu gewährleisten war, ohne hinter die bereits bestehenden Schutzgesetze in der BRD zurück zu fallen. Bis dahin war das nationale Recht ergänzend auszulegen,²⁶ bis den Richtlinien mit Verabschiedung des AGG im Jahre 2006 entsprochen wurde.

22 s. Pkt. VI.2.

23 s. Pkt. IV.

24 vgl. Schrader, Schubert, 2006, Rn. 18.

25 Die Normenhierarchie regelt welches Recht Vorrang hat. Im vorliegenden Fall hat das EU-Recht Vorrang vor deutschem Recht, vgl. Maier, 2014, S. 42 f.

26 vgl. EuGH, Urteil vom 10.04.1984, 79/83, juris.

II. Der Tatbestand des AGG

Ziel des Gesetzes ist es gem. § 1 AGG „Benachteiligung aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion, der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.“²⁷

Der sachliche Anwendungsbereich des AGG bezieht sich gem. § 2 AGG auf das Einstellungsverfahren, die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgeltes, die Berufsberatung und Berufsbildung, die Gewerkschaftszugehörigkeit, Sozialschutz, sozialen Vergünstigungen, der Bildung und dem Zugang zur Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen einschließlich Wohnraum. In diesem Bereich soll das AGG Diskriminierung verhindern. Die verschiedenen Tatbestände des § 1 AGG sind ein Teil des Tatbestandes einer Vielzahl von Normen des AGG. In Verbindung mit § 7 I AGG stellt § 1 AGG somit den arbeitsrechtlichen Verbotstatbestand der Benachteiligung dar.

Durch die Vorgaben der EU-Richtlinie erstreckt sich der Schutz des AGG gem. § 3 AGG auf das Verbot von unmittelbarer- und mittelbarer Benachteiligung sowie vor Belästigung, sexueller Belästigung und der Anweisung zur Benachteiligung. Darüber hinaus enthalten die Richtlinien Vorgaben für eine Beweiserleichterung der Betroffenen,²⁸ der durch § 22 AGG entsprochen wurde. In diesem Zusammenhang wird noch zu prüfen sein, ob es sich hierbei um eine tatsächliche Beweislastumkehr handelt.²⁹ Bevor nun das Merkmal Geschlecht im Sinne des Gesetzes erläutert wird, wird auf die sozialpsychologisch begründete Entstehung von Diskriminierung insgesamt eingegangen. Hiermit soll verdeutlicht werden wozu Diskriminierung im Alltag genutzt wird, auf welcher Grundlage sie basiert und warum ein gesetzlicher Schutz davor notwendig ist.

27 Eine Benachteiligung aus anderen Gründen als in § 1 AGG genannt wird gem. § 2 III AGG, nicht vom Anwendungsbereich des Gesetzes umfasst. Somit bietet das AGG keinen umfassenden Schutz vor Benachteiligung, sondern schützt nur die von der europäischen Gesetzgebung als besonders schützenswert vorgegebene Personengruppen. vgl. Bauer, Göpfert, Krieger, 2011, § 1 Rn. 4.

28 vgl. Schrader, Schubert, 2006, Rn. 17.

29 Bei einer Beweislastumkehr, muss *nicht* geprüft werden, ob die Pflichtverletzung zu vertreten ist, sondern ob sie *nicht* zu vertreten ist. Es wird also von einem Vertretenmüssen ausgegangen, bis ein Exkulpationsgrund vorliegt. vgl. Grüneberg in Palandt, 2013, § 280, Rn. 34.

II.1 Vorurteile, Stereotype und Diskriminierung

Vorurteile und Stereotype leiten menschliches Verhalten, allerdings sind sie auch der Grundstein für Diskriminierung.³⁰ Besonders das Bestehen und die Auswirkungen unbewusster Vorurteile und Stereotype können problematisch sein und sind doch für den täglichen Umgang unentbehrlich, da die menschliche Psyche darauf angewiesen ist, sich ohne konkretere Informationen ein Bild von einer Person zu machen.³¹ Wirklich problematisch wird es erst dann, wenn Vorurteile und Stereotype zur Diskriminierung führen. Im Folgenden werden diese drei Punkte definiert und somit voneinander abgegrenzt.

Ein Vorurteil ist ein Urteil z.B. über eine Person, welches aufgrund einer Zuordnung dieser Person zu einer sozialen Kategorie und nicht aufgrund von Fakten getroffen wird. Soziale Kategorien sind z.B. soziale Gruppen, die gemeinsame Merkmale ausweisen.³² Vorurteile können eine negative oder eine positive Bewertung beinhalten und sind stets mit positiven oder negativen Emotionen verbunden, was sie vom Stereotyp unterscheiden.³³ Häufig wird in der Sozialpsychologie davon ausgegangen, dass das Bedürfnis nach einer sozialen Identität unweigerlich zu einer Bevorzugung der Gruppe führt, zu der man sich selbst zugehörig fühlt. Häufig sind sich Menschen dabei ihren Vorurteilen gegenüber anderen überhaupt nicht bewusst.³⁴

Stereotype hingegen repräsentieren Assoziationen jedweder Art zu einer sozialen Kategorie. Ein Stereotyp ist sozial übermitteltes Wissen oder Pseudowissen über eine bestimmte soziale Kategorie. Viele dieser Assoziationen beinhalten Erwartungen, wie z.B. „Frauen können nicht einparken und Männer nicht zuhören“. Die Assoziationen können richtig oder falsch sein, wobei es häufig schwierig ist den Wahrheitsgehalt einer Aussage zu überprüfen, da man hierfür umfangreiche Informationen über eine Person und vergleichbare Personen einholen müsste.³⁵ Der Glaube an die Richtigkeit eines Stereotyps macht es zu einem Vorurteil, denn positive und negative Bewertungen rufen unweigerlich entsprechende Emotionen hervor.³⁶ Unter Diskriminierung wird nun das auf Vorurteilen und sozialen Kategorisierungen beruhende Verhalten verstanden.

30 vgl. Förster in Baer, Smykalla, Hildebrandt, 2009, S. 23.

31 vgl. Förster in Baer, Smykalla, Hildebrandt, 2009, S. 8.

32 vgl. Klauer in Petersen, Six, 2008, S. 23.

33 vgl. Förster in Baer, Smykalla, Hildebrandt, 2009, S. 23 f.

34 vgl. Klauer in Petersen, Six, 2008, S. 26.

35 vgl. Förster in Baer, Smykalla, Hildebrandt, 2009, S. 24.

36 vgl. Mast, Krings in Petersen, Six, 2008, S. 35.

Auch Diskriminierung kann positiv oder negativ sein, d.h. jemand kann eine Person aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer Gruppe bevorzugen oder benachteiligen.³⁷ Somit wird deutlich, dass es ein Problem darstellt, wenn versucht wird diskriminierendes Verhalten zu unterbinden, da Stereotype und Vorurteile tief in der Gesellschaft verankert sind und auch durch Sprache und Bilder ständig reproduziert werden.³⁸ So ist der einzelnen Person meist gar nicht bewusst, dass sie nicht aufgrund von Fakten handelt, sondern aufgrund von Vorurteilen und Stereotypen, welche aber nichts über das einzelne Individuum aussagen. Entsprechend gibt es auch Geschlechterstereotype, die zur Diskriminierung wegen des Merkmals Geschlecht gem. § 1 AGG führen können.

II.2 Das Geschlecht als Diskriminierungsmerkmal

Von einer Benachteiligung wegen des Geschlechts, können alle Geschlechter betroffen sein.³⁹ In der Literatur gibt es bei der Zuordnung von Transgender⁴⁰ zu dem Merkmal Geschlecht unterschiedliche Auffassungen. Einige ordnen die Transgender der sexuellen Identität zu und schließen somit wiederum die sexuelle Orientierung aus dem Schutzbereich des AGG aus.⁴¹ Der Wortlaut der EU-Richtlinie 2000/78/EG ist „sexuelle Ausrichtung“ und somit auslegungsbedürftig. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) sieht hingegen in einer Benachteiligung Transsexueller⁴² eine Benachteiligung wegen des Geschlechts.⁴³ Zwar passt das Urteil nicht genau zu der in der Literatur beschriebenen Problematik, da Transgender nicht gleich zu setzen sind mit Transsexuellen, es ist bei dem Urteil des EuGH aber davon auszugehen, dass alle Personen die nicht nur dem männlichen oder weiblichen Geschlecht angehören, durch das Urteil in den Schutzbereich des § 1 AGG unter dem Merkmal Geschlecht subsumiert werden. Somit sind alle Geschlechter vom Schutzbereich des AGG umfasst. Gem. § 7 I, II AGG reicht dabei die Zuordnung einer Person zu einem bestimmten

37 vgl. Förster in Baer, Smykalla, Hildebrandt, 2009, S. 26.

38 vgl. Förster in Baer, Smykalla, Hildebrandt, 2009, S. 32.

39 vgl. Nollert-Borasio, Perreng, 2006, § 1, Rn. 9.

40 Transgender weichen von der ihnen zugewiesenen sozialen Geschlechterrolle und sozialen Geschlechtermerkmalen ab und lassen sich meist weder dem männlichen oder weiblichen Geschlecht zuordnen. Im Internet abrufbar unter: <http://www.transsexuell.de/wegweiser-begriffe.shtml>, zuletzt besucht am 28.10.2014.

41 vgl. Bauer, Göpfert, Krieger, 2011, § 1, Rn. 25.

42 Transsexuelle Menschen werden mit dem falschen Geschlecht geboren und streben eine Anpassung ihres biologischen Geschlechts an ihr empfundenes Geschlecht an. Im Internet abrufbar unter: <http://www.transsexuell.de/wegweiser-begriffe.shtml>, zuletzt besucht am 28.10.2014.

43 vgl. EuGH 30.4.96 – C-13/94 – NZA 96, 695, juris.

Geschlecht aufgrund einer Annahme, welche auf dem äußeren Erscheinungsbild basiert, aus. Wird also eine Person wegen der äußeren Erscheinung als Mann oder Frau benachteiligt, ohne biologisch wirklich diesem Geschlecht an zu gehören, wäre diese Benachteiligung als unmittelbare Diskriminierung vom Tatbestand des § 1 AGG ebenso erfasst, wie die Benachteiligung einer Frau oder eines Mannes wegen stereotyper Zuordnung von Verhaltensweisen oder Fähigkeiten aufgrund von Vorurteilen über Männer und Frauen. Der Schutz des Gesetzes umfasst somit alle Geschlechter.⁴⁴ Aufgrund der biologischen Häufigkeitsverteilung der Geschlechter und der tief in der Gesellschaft und ihren Strukturen verankerten Geschlechterhierarchien⁴⁵, ergibt sich bisher allerdings eine klare Häufigkeitsverteilung zu Ungunsten von Frauen als Opfern von Geschlechterdiskriminierung.⁴⁶ Dabei wird weit weniger unmittelbar wegen des biologischen Geschlechts benachteiligt, als vielmehr mittelbar wegen des sozialen Geschlechts.⁴⁷

Auf dem Arbeitsmarkt ergibt sich die Benachteiligung inzwischen weniger aufgrund der Tatsache, dass Frauen Kinder bekommen können, als vielmehr aus der Vorstellung und der Zuordnung der sozialen Verantwortlichkeit für die Fürsorgearbeit an die Frauen. Diese gesellschaftliche Zuordnung reproduziert sich in dem Verhalten vieler Frauen, die für die Familienarbeit weit häufiger die Erwerbsarbeit unterbrechen als Männer.⁴⁸ Da sich die Struktur der Arbeitswelt aber an männlichen ungebrochenen Erwerbsbiografien orientiert,⁴⁹ wird das Verhalten der Frauen als Abweichung wahrgenommen und im Zweifel als störend empfunden. Ebenso ergeht es Frauen, die nach Führungspositionen streben und die mit Vorurteilen und Stereotypen über weiblich und männlich zugeordnetes Verhalten konfrontiert und damit „ausgebremst“ werden.⁵⁰ Dies sind einige der Gründe warum es zu so eindeutigen Diskriminierungen wie z.B. dem Gender Pay Gap kommt.

Der Gender Pay Gap stellt die Lohndifferenz zwischen Männern und Frauen dar und liegt in Deutschland zu Ungunsten von Frauen, unbereinigt bei ca. 23 %.⁵¹

44 vgl. Nollert-Borasio, Perreng, 2006, § 1, Rn. 9.

45 vgl. Deutscher Gewerkschaftsbund, S. 9. zitiert nach Führung, 2001, S. 40.

46 vgl. Führung, 2001, S. 136 f.

47 Definition des sozialen Geschlechts s. Pkt. II.3.

48 vgl. Pimminger, 2012, S. 90.

49 vgl. Busch, 2013, S. 56 ff.

50 Die sog. gläserne Decke, vgl. Gruber, 2011, S. 5.

51 vgl. Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, 2009 im Internet abrufbar unter: <http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Broschuerenstelle/Pdf-Anlagen/entgeltungleichheit-dossier,property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf>, S. 8 f, zuletzt besucht am: 18.10.2014.

II.3 Gender – das soziale Geschlecht

Wegen des Geschlechts kann aus unterschiedlichsten Gründen benachteiligt werden, da das Merkmal Geschlecht nicht nur auf die Biologie beschränkt ist. Bei differenzierter Betrachtung lässt sich eine Einteilung des Merkmals Geschlecht in drei Komponenten vornehmen: Das biologische Geschlecht (Sex), das soziale Geschlecht (Gender) und das „psychologische“ Geschlecht (sexuelle Identität). Das biologische Geschlecht (Sex) wird dabei grundsätzlich mit auf die Welt gebracht und von unserem Rechtssystem in lediglich zwei Kategorien eingeteilt und zwar in "männlich" und "weiblich", zu erkennen an den äußeren und inneren Geschlechtsorganen.⁵² Der Begriff Gender ist differenzierter und bezieht die soziale Rolle in die Definition des Geschlechts mit ein. Gender, das „soziale“ Geschlecht, bezieht sich also auf das konstruierte Stereotyp von Verhaltensweisen und Erwartungshaltungen, die in einer Kultur als typisch für ein bestimmtes Geschlecht angesehen werden.⁵³ Es wird dabei nur mittelbar auf die körperlichen Geschlechtsorgane verwiesen, durch welche Männern und Frauen unterschiedliche Funktionen zugeordnet werden⁵⁴ und daraus ein bestimmtes Sozialverhalten abgeleitet wird.⁵⁵ Die sexuelle Identität⁵⁶ bezieht sich auf den Prozess der Gestaltung der eigenen Geschlechtlichkeit in der Definition des Verhältnisses zum anderen Geschlecht.⁵⁷ Die Diskriminierung von Frauen am Arbeitsplatz kann unmittelbar an das biologische Geschlecht anknüpfen, da nur Frauen schwanger werden können. Eine solche offene unmittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts einer Frau aufgrund ihrer Schwangerschaft, ist durch Gesetzgebung und Rechtsprechung in den letzten Jahren deutlich eingeschränkt worden.⁵⁸ Allerdings ergibt sich eine Benachteiligung wegen des (weiblichen) Geschlechts immer noch aus den Zuweisungen der Geschlechterrolle die durch Sozialisation entsteht. Denn die Versorgung eines

52 Seit November 2013 darf bei Intersexuellen die Geschlechtsangabe in der Geburtsurkunde unausgefüllt bleiben. Allerdings muss sich die betreffende Person für das männliche oder weibliche Geschlecht entschieden und kann nicht ein anderes Geschlecht angeben lassen. Das ein weiteres Geschlecht als das männliche oder weibliche existiert wird somit in Deutschland noch nicht anerkannt. vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Bundestages, 2013, S. 2 im Internet abrufbar unter: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/128/1712851.pdf>. Zuletzt besucht am 7.10.2014.

Dieser Beschlussempfehlung wurde stattgegeben.

53 typisch weiblich, typisch männlich, z.B. Kleidung, Verhalten, Arbeitsteilung, usw.

54 z.B. fürsorgliche Mutter, beschützender Vater.

55 vgl. Stiegler, 2007, S. 43 f.

56 z.B. Heterosexuell, Homosexuell, Bisexuell usw.

57 vgl. Stiegler, 2007, S. 45 f.

58 Trotzdem gibt es noch genügend aktuelle Fälle in denen sich das Gericht mit unmittelbarer Diskriminierung einer schwangeren Frau beschäftigen muss. s. dazu: LAG Köln, Urteil vom 03. Juni 2014 – 12 Sa 911/13 –, juris oder auch Sächsisches LAG, Urteil vom 07. März 2014 – 3 Sa 502/13 –, juris.

Kindes, und somit die Erwerbsunterbrechung, ist nicht an das biologische Geschlecht gebunden. Das AGG hat also die Aufgabe sowohl vor Benachteiligung wegen des biologischen Geschlechts als auch des sozialen Geschlechts zu schützen.

III. Begriffsbestimmung der Benachteiligungsmöglichkeiten

Im Folgenden werden nun die Benachteiligungsmöglichkeiten gem. der Begriffsbestimmung des § 3 AGG vorgestellt und erläutert.

III.1 Unmittelbare Benachteiligung gem. § 3 I AGG

Die unmittelbare Benachteiligung ist geregelt in § 3 I S. 1 AGG und liegt vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Merkmals eine ungünstigere Behandlung erfährt, als eine Person welche dieses Merkmal nicht aufweist. Diese Behandlung kann in einem Tun oder Unterlassen bestehen.⁵⁹ Eine unmittelbare Benachteiligung aufgrund des Geschlechts wäre z.B. durch eine Stellenausschreibung möglich, die nur an ein Geschlecht gerichtet ist. In Satz 2 wird konkret geregelt, dass eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts auch bei einer Ungleichbehandlung einer Frau wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft vorliegt, da hier unmittelbar an das biologische Geschlecht angeknüpft wird.

⁵⁹ vgl. Hey in Hey, 2009, § 3 Rn. 5.

III.2 Mittelbare Benachteiligung gem. § 3 II AGG

Es handelt sich hingegen um eine mittelbare Benachteiligung, gem. § 3 II AGG, wenn scheinbar neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sich auf eine bestimmte Personengruppe benachteiligend auswirken. Das Verbot der mittelbaren Benachteiligung ist notwendig, um das Verbot der unmittelbaren Benachteiligung zu ergänzen und somit eine Umgehung des Diskriminierungsschutzes zu verhindern. Für die Feststellung einer mittelbaren Benachteiligung ist daher die Bildung von Vergleichsgruppen besonders notwendig, um präziser feststellen zu können, ob diese typischerweise eine andere Behandlung erfahren würden, als die Personengruppe mit einem geschützten Merkmal aus § 1 AGG. Denn im Gegensatz zur unmittelbaren ist die mittelbare Benachteiligung, ohne Bildung einer Vergleichsgruppe, schwer als eine Benachteiligung zu identifizieren.⁶⁰

Ein Beispiel für eine mittelbare Diskriminierung wäre der Ausschluss aus einer Versorgungsordnung von Teilzeitbeschäftigten, da mehr Frauen als Männer in Teilzeit arbeiten und die nachteiligen Folgen auf dem Geschlecht oder der Geschlechterrolle beruhen.⁶¹ Die Männer stellen hier die Vergleichsgruppe dar und die Frauen fallen aufgrund ihrer schlechteren Behandlung durch ihre Geschlechterrolle unter den Schutz des § 1 AGG.

Die mittelbare Diskriminierung besteht u.a. durch die Geschlechtlichkeit von Organisationsstrukturen, wie z.B. kein Angebot von Teilzeitarbeit. Die Theorie der Geschlechtlichkeit von Organisationsstrukturen⁶², erklärt teilweise die Entstehung geschlechtsspezifischer Berufssegregation⁶³ und warum diese aufrechterhalten wird.⁶⁴ Nach dieser Theorie sind Arbeitsplätze und Karrierepfade für Männer und Frauen unterschiedlich ausgestaltet. Ungleiche Chancen sind schon in den Strukturen der Organisationen eingebaut und diskriminieren somit mittelbar wegen des sozialen Geschlechts. Hierzu gehört u.a. die Norm der Vollzeitarbeit in hierarchiehöheren

60 vgl. Hey in Hey, 2009, § 3 Rn. 11.

61 BAG, Urteil vom 20. November 1990 – 3 AZR 613/89 –, BAGE 66, 264-282, juris.

62 vgl. Buchmann, Kriesi, Pfeifer, Sacchi, 2002, S. 10 f.

63 Die Einteilung des Arbeitsmarktes in Männer- und Frauenberufe, was die horizontale Segregation darstellt, sowie die Tatsache, dass sich weniger Frauen in Führungspositionen befinden, was die vertikale Segregation darstellt. vgl. Busch, 2013, S. 27.

64 Mürner, 2006, S. 10, im Internet abrufbar unter:

<http://homepage.swissonline.ch/bmuerner/berufswahl/pdfs/segregation.pdf>, zuletzt besucht am 6.10.14.

Berufspositionen und die Unvereinbarkeit mit Unterbrechungen der Erwerbsarbeit in solchen Anstellungen. Die meisten betrieblichen Anforderungen setzen versteckt eine traditionelle Arbeitsteilung zwischen den Geschlechtern voraus. Es wird erwartet, dass sich uneingeschränkt dem Beruf gewidmet werden kann, was bei einem Kinderwunsch nur möglich ist, wenn jemand im Hintergrund die reproduktiven Arbeiten übernimmt. Diese Arbeitsteilung, in der zumeist die Frau dem Mann den „Rücken freihält“, wird als Prinzip des 1,5 Personenarbeitenden⁶⁵ bezeichnet und von vielen Betrieben als Selbstverständlichkeit vorausgesetzt. Dies führt dazu, dass Frauen für höhere berufliche Stellen grundsätzlich nicht in Betracht gezogen werden und sich im schlimmsten Fall gar nicht bewerben. Dies diskriminiert die Frau somit mittelbar wegen des sozialen Geschlechts.

III.3 Belästigung gem. § 3 III AGG

„Belästigung“ wurde aus der EG-Richtlinie für das englische „harassment“ übernommen, was eine deutlich schärfere Bedeutung hat als die deutsche Übersetzung, nämlich die einer ständigen starken Belästigung. Laut der EG-Richtlinien setzt eine Belästigung die Schaffung eines „feindlichen Umfelds“ und damit im Regelfall ein kontinuierliches Handeln voraus. Allerdings kann durch eine besonders schwere Belästigung, auch durch ein einmaliges Handeln und die sich daraus ergebene Gefahr einer Wiederholung, ein feindliches Umfeld geschaffen werden.⁶⁶ Dieses durch die Belästigung geschaffene feindliche Umfeld muss dazu führen, dass die Würde einer Person aus einem in § 1 AGG genannten Grund verletzt wird. Diese beiden Voraussetzungen müssen kumulativ zueinander sein. Somit ist sichergestellt, dass geringfügigere Eingriffe nicht unter den Tatbestand des AGG fallen. Ein feindliches Umfeld kann in einem sozialen Lebensraum geschaffen werden, wie z.B. der Arbeitsumgebung.⁶⁷ Fraglich ist bei der Prüfung eines solchen Sachverhalts, wann die Schwelle zur Geringfügigkeit gem. § 3 III AGG überschritten wird. Um den Schutz der

⁶⁵ 1,5 Personenarbeitender bedeutet, dass eine Person in Vollzeit arbeitet, während die Partnerin die Reproduktionsarbeit übernimmt. Die in Vollzeit arbeitende Person könnte nebenbei nicht auch noch Reproduktionsarbeiten bzw. Haushaltsarbeiten übernehmen und ist darauf angewiesen, dass eine weitere Person diese Arbeiten an ihrer Stelle übernimmt. vgl. Pimminger, 2012, S. 90 ff.

⁶⁶ vgl. Nollert-Borasio, Perreng, 2006, § 3 Rn. 28.

⁶⁷ vgl. Nollert-Borasio, Perreng, 2006, § 3 Rn. 29.

Würde eines Menschen zu gewährleisten, werden Parallelen zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 I GG iVm Art. 1 I GG gezogen. Dieses wird definiert als das Recht einer Person auf Entfaltung ihrer individuellen Persönlichkeit.⁶⁸ Für die Fälle einer geschlechtsspezifischen Diskriminierung wird in der Rechtsprechung regelmäßig eine erhebliche Verletzung des Persönlichkeitsrechts, welches die Geringfügigkeitsgrenze überschreiten, vorausgesetzt.⁶⁹

Eine weitere Voraussetzung für eine Belästigung ist eine „unerwünschte Verhaltensweise“. Wichtig ist hierbei, dass dies der belästigenden Person nicht erst zum Ausdruck gebracht werden muss. Es reicht aus, dass die Handelnden aus der Sicht eines objektiven Beobachtenden davon ausgehen können, dass ihr Verhalten unter den gegebenen Umständen von den Betroffenen nicht erwünscht ist.⁷⁰ Welche Problematik sich durch die Formulierung der „objektiven Beobachtung“, aber auch durch die Voraussetzung der Würdeverletzung für das Merkmal Geschlecht ergeben, wird im folgenden Punkt über die sexuelle Belästigung ausgeführt.

III.4 Sexuelle Belästigung gem. § 3 IV AGG

Die europäische Gleichstellungsrichtlinie⁷¹ definiert die sexuelle Belästigung explizit als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.⁷² Mit Einführung des AGG wurden wesentliche rechtliche Folgen, wie die schon erwähnte Beweiserleichterung, für die Betroffenen, aber auch der Verzicht auf das Verschulden und eine offene Entschädigungsgrenze eingeführt.⁷³

Das AGG definiert die sexuelle Belästigung in § 3 IV AGG als ein “unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten (...) sowie unerwünschte sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen (...) sexuell bestimmte Berührungen oder Bemerkungen (...) so dass die Würde der betroffenen Person verletzt wird.“ Der Begriff der Würdeverletzung wird aber, insbesondere im Zusammenhang mit der sexuellen Belästigung,

68 vgl. BGH, Urteil vom 14. Februar 1958 – I ZR 151/56 –, BGHZ 26, 349-359, juris.

69 vgl. Nollert-Borasio, Perreng, 2006, § 3 Rn. 30.

70 vgl. Nollert-Borasio, Perreng, 2006, § 3 Rn. 31.

71 Richtlinie 2002/73/EG, juris.

72 vgl. Richtlinie 2002/73/EG, Art. 2, juris.

73 vgl. Lempke, 2014, im Internet abrufbar unter: <http://www.bpb.de/apuz/178676/sexuelle-belaestigung-recht-und-rechtsprechung?p=all>, zuletzt besucht am: 2.10.2014.

kritisch betrachtet. Die heutige Verfassungsrichterin Susanne Baer wies schon 1995 auf die Schwierigkeit des politischen Diskurses im Umgang mit sexueller Belästigung hin.⁷⁴ Sie fand bereits damals die Formulierung der Würdeverletzung - die sich auch so im BschSchG fand - als extrem unglücklich gewählt, weil diese zur richterlichen Beurteilung eines individuellen Erlebnisses führen würde. Dadurch würde der Kontext ausgeblendet und eine paternalistische - auch die Perspektive der belästigenden Person berücksichtigende - Betrachtung eingenommen.⁷⁵

Auch die Frage nach einem „idealen Opferverhalten“⁷⁶ fokussiere insgesamt auf die falschen Fragen. Baer schlug deshalb vor, sexuelle Belästigung allein als Form von Geschlechterdiskriminierung zu verstehen, mit der hierarchische Geschlechterverhältnisse im Erwerbsleben aufrechterhalten oder geschaffen werden und den Tatbestand nicht an objektiv zu beurteilende Kriterien, wie eben die der Würdeverletzung, zu knüpfen.⁷⁷ Die Schwierigkeit die hierbei besteht ist, dass die Tatbestandsvoraussetzungen der sexuellen Belästigung mit objektiven Maßstäben gefunden werden müssen. Dazu muss eine „objektive“ Beobachtung des Tatgeschehens vorgenommen werden. Letztendlich kann aber nur die betroffene Person selbst sagen, ob es sich um eine sexuelle Belästigung gehandelt hat oder nicht, da es dabei um individuelles unterschiedliches Erleben geht. Auf der anderen Seite ist die Objektivierung des subjektiv Erlebten für ein Beschwerdeverfahren oder ein Gerichtsverfahren in bestimmten Grenzen notwendig um willkürlichen Anschuldigungen vorzubeugen.⁷⁸

Eine Würdeverletzung liegt gem. § 3 IV AGG bereits vor, wenn sie mit der zu beurteilenden Handlung „bezweckt oder bewirkt“ wird. Für das „Bewirken“ genügt der bloße Eintritt der Belästigung. Auf vorsätzliches Verhalten⁷⁹ kommt es dabei nicht an.⁸⁰ Bereits ein einmaliger Übergriff kann dementsprechend den Tatbestand erfüllen. Sexuelle Belästigung erfordert demnach nicht unbedingt Vorsatz. Sie muss also nicht "bezweckt", sondern kann auch "bewirkt" werden. Es kommt auf den sog. "Empfangendenhorizont" an. Somit werden die gegenteiligen Absichten oder

74 vgl. Baer, 1995, S. 316.

75 vgl. Baer, 1995, S. 316 f.

76 vgl. BGH 5 StR 404/00, 2000, juris.

77 vgl. Baer, 1995, S. 316 f.

78 vgl. Führung, 2001, S. 24.

79 Vorsatz ist das Wissen und Wollen der Tatbestandsvoraussetzungen, hier die (sexuelle) Belästigung. vgl. Grüneberg in Palandt, 2013, § 276, Rn. 10.

80 vgl. BAG, Urteil vom 09. Juni 2011, 2 AZR 323/10 juris, Rn. 19.

Vorstellungen der belästigenden Person irrelevant.⁸¹ Dies ist ein deutlicher Fortschritt im Vergleich zu früheren gesetzlichen Regelungen wie dem BschSchG, in dem der Wortlaut den Vorsatz voraussetzte.⁸²

III.5 Anweisung zur Benachteiligung gem. § 3 V AGG

§ 3 V AGG sieht die Regelung vor, dass auch eine Anweisung zu einer Benachteiligung ebenso eine eigenständige Benachteiligung darstellt. Der Begriff „Anweisung“ setzt hier ein Weisungsrecht voraus, das in den meisten Arbeitsverhältnissen besteht. Es geht meistens um eine Anweisung einer vorgesetzten Person gegenüber einer weisungsgebundenen Person. Auch hier ist kein Verschulden erforderlich, allerdings muss die Anweisung selbst vorsätzlich erfolgen.⁸³ Durch eine Anweisung zur Benachteiligung kann grundsätzlich jede Person, die ein Merkmal des § 1 AGG erfüllt, benachteiligt werden. In Satz 2 wird mit der Formulierung „insbesondere“ deutlich gemacht, dass eine Benachteiligung auf Anweisung im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses auf jeden Fall vom AGG erfasst wird. Eine Benachteiligung durch Anweisung setzt gem. Satz 2 den Eintritt der Benachteiligung nicht voraus. Allein die Möglichkeit der Benachteiligung reicht aus.⁸⁴ Die Haftung ist im Arbeitsrecht gem. § 15 AGG auf die Arbeitgeberin beschränkt.⁸⁵ Die vorgesetzte Person, welche eine diskriminierende Weisung erteilt, kann nicht nach dem AGG belangt werden, sondern gegebenenfalls nur nach allgemeinem Zivilrecht zum Schadensersatz verpflichtet sein.⁸⁶

81 vgl. Lempke, 2014, im Internet abrufbar unter: <http://www.bpb.de/apuz/178676/sexuelle-belaestigung-recht-und-rechtsprechung?p=all>, zuletzt besucht am: 2.10. 2014.

82 vgl. Buhr, Klein-Schonefeld, 1996, S. 901, Rn. 2648.

83 Dies ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut allerdings nicht. Der Vorschrift kann nicht entnommen werden, dass im Fall einer Anweisung zur Benachteiligung der Vorsatz der anweisenden Person dargelegt oder bewiesen werden muss. vgl. Nollert-Borasio, Perreng, 2006, § 3 Rn. 44.

84 vgl. Nollert-Borasio, Perreng, 2006, § 3 Rn. 46.

85 s. dazu auch Pkt. VI.

86 vgl. Nollert-Borasio, Perreng, 2006, § 3 Rn. 47.

IV. Ausnahmetatbestand und Rechtfertigungsgründe

Wie schon unter Pkt. I. erwähnt bestehen Ausnahmen und Rechtfertigungsgründe für eine Benachteiligung. Diese sind aber an eindeutige Voraussetzungen gebunden, welche im Folgenden erläutert werden. Im AGG ist nicht, wie europarechtlich verwendet, von Diskriminierung sondern von Benachteiligung die Rede. Die Gesetzgebung will hiermit deutlich machen, dass nicht jede unterschiedliche Behandlung, die mit der Zufügung eines Nachteils verbunden ist, diskriminierenden und somit rechtswidrigen Charakter hat.⁸⁷ Es gibt Fälle, die eine unterschiedliche Behandlung, wie sie sich aus den §§ 8 – 10 AGG ergeben, rechtfertigen und somit zulässig machen. Eine Benachteiligung wird demzufolge erst zu einer Diskriminierung, wenn keine Rechtfertigung vorliegt.⁸⁸ Im Folgenden werden die zulässigen unterschiedlichen Behandlungen dargestellt. Für Belästigung gem. § 3 III AGG und sexuelle Belästigung gem. § 3 IV AGG gibt es keine Rechtfertigungsgründe.

IV.1 Unterschiedliche Behandlung wegen beruflicher Anforderungen gem. § 8 AGG

Gem. § 8 AGG besteht die Möglichkeit eine unterschiedliche Behandlung wegen beruflicher Anforderungen zu rechtfertigen. Eine Benachteiligung wegen beruflicher Anforderungen ist nach der Gesetzessystematik allerdings nur zulässig, wenn es sich um eine unmittelbare Benachteiligung gem. § 3 I AGG oder um eine Anweisung zu einer solchen Benachteiligung handelt, gem. § 3 V AGG. Es muss somit eine direkte Anknüpfung an ein Merkmal aus § 1 AGG vorliegen. Nur so kann dieses Merkmal als „wesentliche und entscheidende“ berufliche Anforderung gefordert oder abgelehnt werden.⁸⁹ Die Voraussetzung, dass die Anforderung nach dem Wortlaut des Gesetzes „wesentlich und entscheidend“ für den auszuübenden Beruf sein muss, könnte eine Verschlechterung zu früheren Regelungen darstellen.

87 vgl. die Entwurfsbegründung, Bundesratsdrucksache 329/06, S. 31, im Internet abrufbar unter: <http://www.nw3.de/dokum/adg-entwurf-20060518.pdf> und Bundesdrucksache 16/1780, S. 30, im Internet abrufbar unter: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/017/1601780.pdf>, beide Seiten zuletzt besucht am 4.10.2014.

88 vgl. Schrade, Schubert, 2006, Rn. 42.

89 vgl. Nollert-Borasio, Perreng, 2006, § 7 Rn. 2.

Der in das AGG integrierte § 611a BGB - welcher nach dem Wortlaut deckungsgleich mit Art. 2 II der Richtlinie 76/207/EWG war - hatte als Voraussetzung „unverzichtbar“ im Wortlaut, was ein weniger auslegbarer Begriff war als der Wortlaut des AGG. Die h.M. geht allerdings davon aus, dass „unverzichtbar“ und „entscheidend“ dasselbe meinen.⁹⁰ Gem. § 8 I AGG ist eine unterschiedliche Behandlung aufgrund eines in § 1 AGG genannten Grundes nur gerechtfertigt, wenn durch diesen Grund wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen nicht durchgeführt werden können. Voraussetzung ist nach dem Wortlaut, dass der Zweck rechtmäßig und die Anforderungen angemessen sind. Im Bereich der mittelbaren Benachteiligung muss die unterschiedliche Behandlung einem wirklichen Bedürfnis des Unternehmens dienen, für die Erreichung des unternehmerischen Ziels geeignet und nach den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit erforderlich sein.⁹¹ Ein Beispiel für eine zulässige Benachteiligung wegen des Geschlechts, stellt ein Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) dar, indem entschieden wurde, dass die nicht einbezogene Bewerbung eines Mannes, für eine Stelle als kommunale Gleichstellungsbeauftragte keine unzulässige Benachteiligung darstellt, wenn ein Hauptbestandteil der Arbeit Integrationsarbeit mit zugewanderten muslimischen Frauen darstellt und das weibliche Geschlecht somit unverzichtbare Voraussetzung ist.⁹² Die beruflichen Anforderungen setzen hier voraus, dass die Stelle weiblich besetzt wird und knüpft unmittelbar an das Merkmal Geschlecht an. Somit ist die Benachteiligung wegen des Geschlechts gem. § 8 I AGG zulässig.

Eine nicht zulässige mittelbare Diskriminierung im Bewerbungsverfahren stellte das Landesarbeitsgericht Hamm fest. Auf dem der Bewerberin zurückgesendeten Lebenslauf wurden die Wort „ein Kind, 7 Jahre“ durchgängig unterstrichen und die Bewerberin abgelehnt. In dem darin liegenden Abstellen auf das Problem der Vereinbarkeit von Kinderbetreuung und Berufstätigkeit wurde eine mittelbare Diskriminierung wegen des weiblichen sozialen Geschlechts festgestellt.⁹³

90 vgl. Bauer, Göpfer, Krieger, 2011, § 8 Rn. 7.

91 BAG, Urteil vom 23. Januar 1990 – 3 AZR 58/88 –, juris.

92 BAG, Urteil vom 18. März 2010 – 8 AZR 77/09 –, Rn. 25-32, juris.

93 vgl. LAG Hamm (Westfalen), Urteil vom 06. Juni 2013 – 11 Sa 335/13 –, juris, Rn. 32.

IV.2 Unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder Weltanschauung gem. § 9 AGG

Gem. § 9 AGG ist eine Benachteiligung wegen einer bestimmten Religionszugehörigkeit oder Weltanschauung zulässig, wenn dies eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt.⁹⁴ Es ist auszulegen, was darunter genau zu verstehen ist. Wenn man sich den Wortlaut des Art. 4 II der Richtlinie 2000/78/EG anschaut, setzt dieser voraus, dass die Religion oder Weltanschauung nach Art und Ausübung der betroffenen Tätigkeit angesichts des Ethos des Unternehmens oder der Organisation „wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte“ berufliche Anforderungen sind. Somit wurde die Voraussetzung der Wesentlichkeit nicht in § 9 AGG übernommen und bleibt hinter dem Wortlaut der Richtlinie 2000/78/EG zurück. Ob dies europarechtlich zulässig ist, wird in der Literatur diskutiert.⁹⁵ Gem. Art. 288 AEUV sind die Formen und Mittel zum Umsetzen der Richtlinie den innerstaatlichen Stellen selber überlassen, aber die Verordnungen der Europäischen Union ist „in allen ihren Teilen verbindlich“, sodass es fraglich ist, ob ein zurückbleiben hinter dem Wortlaut dem Art. 288 AEUV entspricht. Eine inhaltliche Wahl besteht nur, wenn die einzelnen Richtlinien Spielräume lassen, ggf. durch Wahlmöglichkeiten zwischen verschiedenen Alternativen oder durch ausdrückliche Ermächtigungen.⁹⁶ Eine solche Wahlmöglichkeit lässt sich der Richtlinie 2000/78/EG nicht entnehmen.

Eine unterschiedliche Behandlung aufgrund der Religion mit einer direkten Verbindung zum Merkmal Geschlecht, ergibt sich bei dem häufig problematisierten „Kopftuchverbot“, da dies nur Frauen betrifft, die der Religionsgemeinschaft des Islam angehören. Urteilsbegründungen zu einer zulässigen Benachteiligung auf dem Arbeitsmarkt aufgrund des Tragens eines Kopftuches sind meist diskussionswürdig. Das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg urteilte, dass die Abmahnung einer Erzieherin wegen Verletzung des Neutralitätsgebotes des § 7 VI S. 1 Kindergartengesetz Baden-Württemberg gerechtfertigt sei. Es würde kein Verstoß gegen übergeordnetes Bundesrecht, ebenso wie kein Verstoß gegen das AGG vorliegen, da die Abmahnung gem. §§ 8 I, 9 I AGG gerechtfertigt sei. Wenn man § 9 AGG mit

94 vgl. Beitze in Hey, 2009, § 9 Rn. 1.

95 Argumentation zur nicht Zulässigkeit: vgl. Voigt, in Schleuser, Suckow, Voigt, § 9 Rn. 25, zitiert nach: Beitze in Hey, 2009, § 9 Rn. 21, Argumentation zur Zulässigkeit: vgl. Bauer, Göpfert, Krieger, 2011, § 9 Rn. 2.

96 vgl. Vedder in Vedder, Heintschel von Heinegg, 2012, Art. 288, Rn. 22.

Hilfe der europäischen Richtlinie auslegt, sieht das Gericht es als „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ an, dass eine Erzieherin sich nicht einer Religion angehörig zu erkennen gibt, also kein Kopftuch trägt und bestätigt somit die Rechtfertigung der Benachteiligung aufgrund der Religionszugehörigkeit.⁹⁷ Dies ist mit dem Hintergrund kritisch zu betrachten, dass sich die Frage stellt, ob das zu erkennen geben einer Religionszugehörigkeit zu einer anderen Religion die keine Minderheit (in Deutschland) vertritt, ebenso streng gehandhabt würde. So kann z.B. das Feiern von Weihnachten oder anderen christlich motivierten Feiertagen eine Religionszugehörigkeit offenbaren. Weihnachtsfeiern sind hingegen in Unternehmen und anderen Einrichtung in Deutschland eine Selbstverständlichkeit.

IV.3 Unterschiedliche Behandlung wegen des Alters gem. § 10 AGG

Die Möglichkeit einer Ungleichbehandlung der Arbeitspersonen aufgrund ihres Alters gem. § 10 AGG ist im Gegensatz zu den anderen Benachteiligungsvoraussetzungen des AGG größer. Eine Unterscheidung wegen des Alters kann zulässig sein aufgrund wesentlicher und entscheidender beruflicher Anforderungen,⁹⁸ zum positiven Ausgleich von bestehenden Benachteiligungen⁹⁹ oder gemäß dem besonderen Rechtfertigungsgrund des § 10 AGG, nachdem die unterschiedliche Behandlung objektiv angemessen sein muss und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt werden muss.¹⁰⁰ Bezogen auf das Merkmal Geschlecht zeigt sich an dieser Stelle, dass das Merkmal Alter als ein weiteres Diskriminierungsmerkmal dazu kommt und somit den Tatbestand der Mehrfachdiskriminierung, wie auch schon beim oben erwähnten „Kopftuchverbot“, begründen kann.¹⁰¹

Eine Diskriminierung, die wegen des Geschlechts stattfindet und im Zusammenhang mit dem Alter steht, ist die Frage nach einer Schwangerschaft oder auch nur dem Wunsch nach Kindern während eines Bewerbungsgesprächs. Gem. § 2 I Nr. 1 AGG umfasst der Anwendungsbereich des Gesetzes die Auswahlkriterien im

97 vgl. LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 19. Juni 2009 – 7 Sa 84/08, Rn. 108, juris.

98 Gem. § 8 AGG.

99 Gem. § 5 AGG.

100 Die Forderung nach einem legitimen Ziel wird in der Literatur überwiegend als problematisch, da zu ungenau definiert beschrieben. Auch hier äußert sich die Richtlinie 2000/78/EG konkreter zu. vgl. Beitz in Hey, 2009, § 10 Rn. 9.

101 vgl. Europäische Kommission, 2007, S. 15 f.

Einstellungsverfahren, sowohl für selbstständige als auch unselbstständige Arbeit, unabhängig vom Tätigkeitsfeld und beruflicher Position oder den Möglichkeiten des beruflichen Aufstieg. Des Weiteren erfasst auch die Begriffsbestimmung der unmittelbaren Benachteiligung, gem. § 3 I S. 2 AGG, eine ungünstigere Behandlung aufgrund einer Schwangerschaft. Rein statistisch gesehen bekommen Frauen am häufigsten im Alter von 26 bis 35 Jahren Kinder,¹⁰² weshalb gerade Frauen in dieser Altersspanne besondere Schwierigkeiten haben eine (Fest-)Anstellung zu finden.¹⁰³ Durch die Bestimmungen im Mutterschutzgesetz (MuSchG) ist die werdende Mutter in vielerlei Hinsicht in ihrem Arbeitsverhältnis geschützt und die Arbeitgeberin erfährt Einschränkungen im Einsatz der Arbeitskraft der Frau. Es liegt also z.B. eine unmittelbare Diskriminierung wegen des biologischen Geschlechts in Verbindung mit dem Alter vor, wenn einer Frau aufgrund einer Schwangerschaft gekündigt wird.¹⁰⁴

Eine mittelbare Diskriminierung wegen des Alter in direktem Zusammenhang mit dem sozialen Geschlecht besteht nach einer Schwangerschaft aufgrund der Geschlechterrollen. Die Kinderbetreuung fällt durch die stereotype Arbeitsteilung überwiegend in den Aufgabenbereich der Frau, weshalb Frauen ihre Erwerbstätigkeit meist längere Zeit, aufgrund der Elternzeit, unterbrechen.¹⁰⁵ Schließt die Arbeitgeberin die betreffende Frau nach der Erwerbsunterbrechung für Fortbildungsmaßnahmen aus, bzw. räumt ihr keine Karrierechancen mehr ein,¹⁰⁶ liegt eine mittelbare Diskriminierung wegen des Alters aufgrund des Geschlechts vor.¹⁰⁷ Besonders problematisch ist dabei, dass jede Frau von dieser potentiellen Diskriminierung betroffen ist, völlig unabhängig davon, ob sie Kinder bekommen möchte. Dies geschieht aufgrund der Stereotypenvorstellung, über die Arbeitsteilung in einer evtl. zukünftigen Familie, vieler Personalentscheidenden, welche eher den Frauen zugeordnet wird. Diese Art der Diskriminierung wird in soziologischen wie auch ökonomischen Zusammenhängen als Theorie der statistischen Diskriminierung beschrieben.¹⁰⁸ Die von Edmund S. Phelps

102 Statistisches Bundesamt, 2013, im Internet abrufbar unter:

<https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Geburten/Geburten.html>,
Letzter Zugriff am 7.10.2014. Unter der Überschrift „Geburtenzahl durch demografische Entwicklung
vorgezeichnet“.

103 vgl. Falk, 2005, S. 203 ff.

104 vgl. BAG, 12.12.2013 - 8 AZR 838/12.

105 vgl. Baer, Leppenhoff in Baer, Leppenhoff, 2007, S. 11.

106 Die Humankapitaltheorie geht von einem Kapitalverlust bei Erwerbsunterbrechung aus. Somit wäre eine Fortbildung für eine Person deren Humankapital eingebüsst hat für die Arbeitgeberin nicht so rentabel wie für eine Person welche durchgehend erwerbstätig war. vgl. Becker, 1996, S. 29.

107 vgl. EuGH, Urteil vom 06. März 2014 – C-595/12 –, juris.

108 vgl. Phelps, 1972, S. 659 ff.

begründete Theorie geht davon aus, dass Personalrekrutierende ihre Entscheidungen aufgrund unvollständiger Informationen treffen müssen, was zu Unsicherheit führt. Die individuelle Produktivität einer sich bewerbenden Person kann nicht zuverlässig eingeschätzt werden. Deshalb werden auf Alltagshypothesen und Alltagsstereotype zurück gegriffen, um die Unsicherheit und die unvollständigen Informationen zu kompensieren. Da statistisch gesehen z.B. mehr Frauen als Männer ihren Erwerb unterbrechen, werden nach der statistischen Diskriminierung weniger Frauen in Vollzeitstellen oder auf höhere Positionen eingestellt. Dieses hypothetische Arbeitsverhalten wird allen Frauen zugeschrieben, denn es ist für Personalrekrutierende unmöglich, die individuelle Produktivität umfassend zu klären. Um die Risiken für den Betrieb zu senken, werden die Bewerbenden nach Geschlecht segregiert.¹⁰⁹

Es wird also u.a. aufgrund der Annahme diskriminiert, dass Frauen mit 26 bis 35 Jahren Kinder bekommen könnten und nicht aufgrund des Fehlens einer Fähigkeit des weiblichen Geschlechts in einem bestimmten Alter. Aber auch die Diskriminierung wegen einer bloßen Annahme ist vom Wortlaut des § 7 I iVm §§ 1 I, 3 I S. 2 AGG erfasst und somit nicht zulässig. Die logische Konsequenz aus Allem ist, dass Frauen, die während eines Vorstellungsgesprächs nach einer bestehenden Schwangerschaft oder nach ihrem Kinderwunsch bzw. der Aufgabenverteilung in der Familie gefragt werden, lügen dürfen, ohne dass der Arbeitsvertrag gem. § 123 BGB wegen einer Täuschung angefochten werden kann.¹¹⁰

Die Altersdiskriminierung der Frau aufgrund ihres sozialen Geschlechts trifft nicht nur die jüngere Generation, sondern ebenso ältere Frauen. Gerade Mütter, die nach langer Erwerbsunterbrechung aufgrund der Familienarbeit wieder in den Arbeitsmarkt eintreten wollen, haben es schwer eine Anstellung zu finden.¹¹¹ Sie haben in der „typischen Frauenrolle“ ausgedient¹¹² und durch ihre Erwerbsunterbrechung Humankapital, aufgrund technischen Fortschrittes oder einfach der Nichtausübung ihrer beruflichen Tätigkeit, verloren und sind für den Arbeitsmarkt unattraktiv geworden.¹¹³

109 vgl. Bielby, Baron nach Mürner, S. 8 ff, im Internet abrufbar unter: <http://homepage.swissonline.ch/bmuerner/berufswahl/pdfs/segregation.pdf>, zuletzt besucht am: 6.10.2014.

110 vgl. Senne, 2011, S. 28.

111 vgl. Sander, 2001, S. 1, im Internet abrufbar unter: <http://deposit.ddb.de/cgi-bin/dokserv?idn=963096907>, zuletzt besucht am 1.10.2014.

112 vgl. Sander, 2001, S. 1, im Internet abrufbar unter: <http://deposit.ddb.de/cgi-bin/dokserv?idn=963096907>, zuletzt besucht am 1.10.2014.

113 vgl. Mankiw, Taylor, 2008, S. 460 ff.

Dies stellt eine Grundannahme der Humankapitaltheorie dar, welche davon ausgeht, dass Humankapital über einen gewissen Zeitraum verloren geht, wenn es nicht genutzt wird.¹¹⁴

IV.4 Positive Maßnahmen

Unabhängig von den §§ 8-10 AGG, ist eine Ungleichbehandlung gem. § 5 AGG zulässig, wenn mit ihr bestehende Nachteile ausgeglichen werden sollen. Somit sind Maßnahmen zulässig, die an ein Merkmal des § 1 AGG anknüpfen und die betroffenen Personen besser stellen und somit gleichzeitig die Vergleichsgruppe benachteiligen.¹¹⁵ Die Maßnahmen müssen geeignet und angemessen sein und einzelfallbezogen mit den Rechtspositionen der negativ Betroffenen abgewogen werden. Gem. Art. 3 II GG sind Maßnahmen zum Ausgleich geschlechtsbedingter Nachteile grundsätzlich zulässig, solange die Grundrechte der Vergleichsgruppe nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt werden.¹¹⁶ Die bekannteste nachteilsausgleichende Maßnahme ist dabei die sog. Frauenquote. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat sich in mehreren Urteilen intensiv mit diesem Thema beschäftigt und kommt zu dem Schluss, dass unter dem Vorbehalt gleicher Qualifikation und mit Öffnungsklausel Quoten in jeder Form zulässig sind.¹¹⁷ Kleinere Abstriche an der Qualifikationsgleichheit dürfen erfolgen. Aber im Ausbildungsbereich können sogar starre Quoten ohne Qualifikationsvorbehalt zulässig sein.¹¹⁸ Die Ungleichbehandlung ist also gerechtfertigt, wenn bestehende Nachteile wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden. Mit der gleichen Argumentation sind sog. Ermutigungsklauseln zulässig, wie die des Hamburgischen Gleichstellungsgesetzes für den öffentlichen Dienst. § 10 I des Hamburgischen Gleichstellungsgesetzes besagt, dass Stellenausschreibungen so zu verfassen sind, dass sich Frauen direkt angesprochen fühlen. Wenn Frauen, in dem Bereich in welchem eine neue Stelle besetzt werden soll, unterrepräsentiert sind, sollen sie bei gleicher Qualifikation bevorzugt eingestellt werden.

114 Abhängig von der Menge des angehäuften Humankapitals beträgt dieser Zeitraum im Durchschnitt ein Jahr. vgl. Mankiw, Taylor, 2008, S. 460 ff.

115 vgl. Nollert-Borasio, Perreng, 2006, § 5, Rn. 2.

116 vgl. Nollert-Borasio, Perreng, 2006, § 5, Rn. 3.

117 vgl. Eugh 17.10.1995 C-450/93, EuGH 11.11.1997 C-409/95, EuGH 28.3.2000 C-158/97, EuGH 6.7.2000 C-407/98, juris.

118 vgl. EuGH 28.3.2000 C- 158/97, juris.

Als nicht zulässig wurde hingegen eine Stellenausschreibung der taz (Tageszeitung) beurteilt, in der für eine Volontariatsstelle ausschließlich eine Frau mit Migrationshintergrund gesucht wurde. Ein Mann mit Migrationshintergrund bewarb sich, wurde abgelehnt und sah sich aufgrund seines Geschlechts diskriminiert, was das Arbeitsgericht Berlin bestätigte. Das Urteil wurde damit begründet, dass gem. § 5 AGG durch eine unterschiedliche Behandlung bestehende Nachteile aufgrund eines Merkmals aus § 1 AGG ausgeglichen werden sollen. Frauen sind hingegen auf den untersten Hierarchiestufen der journalistischen Berufsfelder deutlich mehr als 50 % vertreten, wohingegen sie in den oberen Hierarchiestufen weit unterrepräsentiert sind. Diesem wird nicht mit der Besetzung einer Volontariatsstelle durch eine Frau entgegenwirken. Dazu müsste eine Stellenausschreibung für eine hierarchiehohe Position explizit für eine Frau ausgeschrieben werden.¹¹⁹

IV.5 Ungleichbehandlung gleich ungünstigere Behandlung?

Eine Ungleichbehandlung der Geschlechter ist nicht gleichzusetzen mit einer Diskriminierung. So stellt die unterschiedliche Bekleidungs Vorschrift von angestellten Männern und Frauen der Lufthansa keine günstigere oder ungünstigere Behandlung dar, sondern lediglich eine andere Behandlung. Eine andere Behandlung, die nicht mit einer Herabsetzung gegenüber dem anderen Geschlecht verbunden ist, stellt keine vom AGG erfasste Benachteiligung dar.¹²⁰ Somit können Piloten zum Tragen einer Mütze verpflichtet werden, auch wenn dies Pilotinnen nicht müssen.¹²¹ Diese Regelung steht auch im Zusammenhang mit dem sozialen Geschlecht, da sich Männer und Frauen in unserer Gesellschaft anders kleiden. Würde den Männern und Frauen eine gleiche Behandlung zu teil werden, könnten z.B. die angestellten Männer in Rock und Bluse arbeiten, was aber aufgrund ihres sozialen Geschlechts gesellschaftlich nicht toleriert werden würde.¹²²

119 vgl. ArbG Berlin, Urteil vom 05. Juni 2014 – 42 Ca 1530/14 –, juris.

120 vgl. LAG Köln, Urteil vom 29. Oktober 2012 – 5 Sa 549/11 –, Rn. 86, juris.

121 vgl. LAG Köln, Urteil vom 29. Oktober 2012 – 5 Sa 549/11 –, Rn. 87, juris.

122 Dies ist ebenfalls auf das soziale Geschlecht und die darauf beruhenden Geschlechterrollen und die daraus resultierenden Stereotype und Vorurteile zurückzuführen. s. Pkt. II.1. und II.3.

V. Rechtspflichten der Arbeitgeberin

Die Rechtsfolgen einer Diskriminierung am Arbeitsplatz treffen in erster Linie die Arbeitgeberin. Dies betrifft nicht nur die Diskriminierung durch die Arbeitgeberin, sondern ebenfalls die Diskriminierung durch andere Beschäftigte gem. § 12 III AGG. Wenn keine Exkulpationsgründe¹²³ der §§ 8-10 AGG vorliegen, hat die Arbeitgeberin mit rechtlichen Konsequenzen wie der Verpflichtung zum Schadensersatz gem. § 280 BGB zu rechnen.¹²⁴ Die Arbeitgeberin hat bestimmte Maßnahmen gem. § 12 AGG zu ergreifen bzw. Vorkehrungen zu treffen¹²⁵ um die Angestellten vor Diskriminierung zu schützen. Nur wenn diesbezüglich nachweislich präventive Maßnahmen ergriffen wurden, kann sich die Arbeitgeberin in einem solchen Falle, der trotz Information der Belegschaft über die Unzulässigkeit eines solchen Verhaltens eintritt, exkulpieren¹²⁶ und wäre dem Opfer dann nicht schadensersatzpflichtig.¹²⁷

V.1 Präventive Maßnahmen gem. § 12 AGG

Die Regelungen des § 12 I , II AGG dienen der Prävention vor Diskriminierung.¹²⁸ Die Arbeitgeberin wird durch diese Generalklausel gem. Abs. II verpflichtet, konkrete geeignete Maßnahmen zum Schutz der Beschäftigten vor Diskriminierung zu treffen. Dies ist auch mit Hinblick auf den Betriebsfrieden eine sinnvolle Vorgehensweise, da so bereits bei der Entstehung des Schadens angesetzt wird, anstatt Diskriminierung im Nachhinein durch Ausgleichsansprüche aus dem AGG zu entschädigen.

§ 12 Abs. II AGG konkretisiert die Schutzpflicht der Arbeitgeberin aus Abs. I. Danach sollen insbesondere mit Aus- und Fortbildungen auf ein Diskriminierungsverbot gem. § 1 AGG hingewiesen werden.

123 Entschuldigungsgründe, wie für andere Benachteiligungen gem. § 1 AGG vorgesehen, gibt es beim Fall der sexuellen Belästigung nicht. vgl. Beseler, Georgiou, 2009, S.165.

124 § 280 BGB sieht als Tatbestandsvoraussetzung eine Pflichtverletzung in einem Schuldverhältnis vor. Dieses Schuldverhältnis besteht auch schon ohne vertragliche Einigung in einem Bewerbungsgespräch. Somit kann es auch ohne Arbeitsvertrag zu einer Pflichtverletzung kommen. vgl. Junker, 2013, S. 81, Rn. 145.

125 s. Pkt V.1.

126 vgl. Beseler, Georgiou, 2009, S.164.

127 s. Pkt. VI.2.

128 vgl. Beitz in Hey, 2009, § 12, Rn. 2.

Diese Vorschrift ist eine Soll-Vorschrift und verpflichtet somit nicht zu entsprechenden Schulungen. Wird allerdings jede Schulungsmaßnahme unterlassen besteht keine Möglichkeit der Exkulpation gem. § 12 II S. 2 AGG.

V.1.1 Haftungsausschluss bei Durchführung von präventiven Maßnahmen?

Eine Haftung der Arbeitgeberin aus § 15 AGG ist grundsätzlich ausgeschlossen, sofern geeignete Schulungen durchgeführt wurden.¹²⁹ Dieser Haftungsausschluss besteht allerdings nicht, wenn die Diskriminierung von der Arbeitgeberin direkt oder in einer zurechenbaren Weise von einer dritten Person¹³⁰ begangen worden ist. Außerdem gilt der Haftungsausschluss nur bei Personen, die tatsächlich an der Schulung teilgenommen haben. Des Weiteren reicht die Entlastung nur für einen einmaligen Verstoß einer angestellten Person. Gehen von dieser allerdings mehrere Diskriminierungen aus und reagiert die Arbeitgeberin darauf nicht, gilt eine Entlastung durch einmalige Durchführung einer Schulung nicht mehr als entlastend.¹³¹ Beschäftigte mit Weisungsbefugnis (z.B. Vorgesetzte) sollten besonders ausführlich geschult werden, damit zum Einen die Problematik Diskriminierung unter Ausnutzung von Machtstrukturen im Beschäftigungsverhältnis unterbunden werden¹³² und zum Anderen eine Risikominimierung¹³³ durch sachgerechte Ausführung des Direktionsrechtes garantiert wird.¹³⁴ Voraussetzung hierbei ist, dass die Schulung geeignet ist um Diskriminierung zu verhindern. Somit sind kurze Vorträge während einer Betriebsversammlung oder eine Email über allgemeine Verhaltensregeln nicht ausreichend. Der Begriff der Schulung setzt mehr voraus als die bloße Information.¹³⁵ Es muss möglich sein sich über das Thema auszutauschen und Fragen zu stellen.¹³⁶

129 s. Pkt. VI.2.

130 z.B. von einem Erfüllungsgehilfen gem. § 278 BGB.

131 vgl. Beseler, Georgiou, 2009, S.165.

132 Gerade die sexuelle Belästigung tritt mit am häufigsten im Verhältnis vorgesetzte und angestellte Person auf. vgl. Führung, 2001, S. 27 ff.

133 gem. § 3 V AGG.

134 vgl. Beseler, Georgiou, 2009, S.165.

135 vgl. Schmidt in Schiek, 2007, § 12, Rn. 5.

136 vgl. Beseler, Georgiou, 2009, S.165.

V.1.2 Angemessenheit, Geeignetheit, Erforderlichkeit

Bei Anzeige einer Diskriminierung hat die Arbeitgeberin gem. § 12 III, IV AGG die erforderlichen, angemessenen und geeigneten Maßnahmen zu ergreifen um das Opfer zu schützen. Welche konkreten reaktiven Maßnahmen getroffen werden müssen ist weder dem Gesetz noch der Gesetzesbegründung zu entnehmen.¹³⁷ Zwar steht der Arbeitgeberin ein Ermessens- und Beurteilungsspielraum unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit zu, wie intensiv solche Schulungen notwendig sind,¹³⁸ ob z.B. eine Schulung „erforderlich“ ist, ist aber nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen, nicht nach subjektiven Einschätzungen der Betroffenen oder der Arbeitgeberin.¹³⁹

Reaktive Maßnahmen müssen auch die Voraussetzung der Erforderlichkeit erfüllen und hängen stark von der Größe des Betriebes ab. So können diese z.B. eine Abmahnung, Umsetzung oder Versetzung der diskriminierenden Person sein. Auch eine fristgemäße sowie eine fristlose Kündigung, gem. § 626 BGB kann im Einzelfall eine solche angemessene Maßnahme sein,¹⁴⁰ wenn nur sie im Einzelfall geeignet ist um die Diskriminierung zu verhindern.¹⁴¹

Bei der Beurteilung, ob die Pflichten der Arbeitgeberin zur Erfüllung der präventiven Maßnahme erforderlich sind, ist immer von einer „ex-ante“-Betrachtung auszugehen, nach welcher nur im Betrieb erkennbare Risiken ein entsprechendes Handeln der Arbeitgeberin erforderlich werden lassen.¹⁴² Allerdings sind Sexismus und die damit verbundene Diskriminierung eine alltägliche Wirklichkeit und folglich die Sensibilisierung der Angestellten für diesen Themenkomplex stets notwendig.¹⁴³

Die Arbeitgeberin ist nicht verpflichtet, Vorkehrungen gegen alle erdenkbaren Diskriminierungsgefahren zu treffen. Die objektive Erforderlichkeit einer Maßnahme ist auch dann zu verneinen, wenn sie ein Risiko realisiert, das zuvor nicht erkennbar war.¹⁴⁴

137 vgl. Nollert-Borasio, Perreng, 2006, § 12 Rn. 2. zitiert nach Bundestagsdrucksache 16/ 1780 S. 37.

138 vgl. Beseler, Georgiou, 2009, S.160.

139 vgl. Beseler, Georgiou, 2009, S.161.

140 Die Arbeitgeberin könnte in dem Fall einer Diskriminierung, von der diskriminierenden Person bei Vorliegen der Voraussetzung, sogar Schadensersatz wegen Auflösungsver schulden verlangen gem. § 628 II BGB, vgl. Helml, 2004, S. 121.

141 vgl. Beseler, Georgiou, 2009, S.167 f.

142 vgl. Beseler, Georgiou, 2009, S.161.

143 vgl. Pimminger, 2012, S. 90 ff.

144 vgl. Beitz in Hey, 2009, § 12 Rn. 3.

Eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zählt hierzu allerdings nicht, da diese im Arbeitsalltag häufig auftritt.¹⁴⁵

Wenn die Arbeitgeberin Maßnahmen ergreifen will, welche die Ordnung des Betriebes und das Verhalten der Beschäftigten im Betrieb regeln sollen, so besteht hierbei ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates¹⁴⁶ gem. § 87 I BetrVG. Gem. § 12 V AGG ist die Arbeitgeberin ausserdem dazu verpflichtet die Belegschaft über die Inhalte des AGG zu informieren. Das hat durch einen Aushang oder über die üblichen Informationsmittel im Betrieb zu erfolgen.

V.2 Das Beschwerderecht gem. § 13 AGG

Eine Beschwerde ist jede an eine dritte Person gerichtete Mitteilung einer beschäftigten Person, in welcher diese kundtut, dass sie sich benachteiligt fühlt und Abhilfe fordert.¹⁴⁷ Gegenstand der Beschwerde muss eine persönliche Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Merkmals sein. Hier gilt ein subjektiver Maßstab¹⁴⁸, sodass auch objektiv diskriminierungsfreie Sachverhalte Grundlage eines Beschwerdeverfahrens werden können.¹⁴⁹ Die Beschwerdestelle nach AGG ist im Betrieb bekannt zu machen. Dies kann ebenfalls in Form eines Aushangs oder mit Hilfe einer anderen, im Betrieb üblichen, Kommunikations- und Informationstechnik geschehen.

Um gegen eine Diskriminierung vorgehen zu können, muss sie zunächst angezeigt werden. Eine Beschwerdestelle ist einzurichten, damit die Beschäftigten im Falle einer Diskriminierung ihr Beschwerderecht ausüben können, gem. § 13 AGG, indem es heisst, dass die Beschwerde an die „zuständigen Stellen zu richten“ ist. Zuständig für Beschwerden im betrieblichen Kontext ist zunächst die Arbeitgeberin und damit jede vorgesetzte Person mit Direktionsrechten.¹⁵⁰ Dies wäre somit rechtlich zulässig, allerdings verfehlt die Beschwerdestelle ihren Sinn, wenn es zu einer Diskriminierung durch eine vorgesetzte Person oder die Arbeitgeberin kommt. Durch bestehende

145 vgl. Pimminger, 2012, S. 90 ff.

146 Zu weiteren Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrates s. Pkt. VII.

147 vgl. Beitz in Hey, 2009, § 13, Rn. 2, zitiert nach: Suckow, in Schleuser, Suckow, Voight, AGG, § 13 Rn. 4.

148 Dies ist der Fall, da § 13 AGG keine Rechtsfolge beinhaltet, außer der dass die Arbeitgeberin sich der Anzeige annehmen muss. vgl. Nollert-Borasio, Perreng, 2006, § 13 Rn.4.

149 vgl. Beitz in Hey, 2009, § 13, Rn. 2.

150 vgl. Beitz in Hey, 2009, § 13, Rn. 5.

Machtstrukturen und die persönliche Verwicklung muss davon ausgegangen werden, dass sich Personen, die von einer vorgesetzten Person diskriminiert werden, sich nicht bei dieser über den Vorfall beschweren werden. Eine gesonderte Beschwerdestelle, z.B. beim Betriebsrat, ist deswegen effektiver. Liegt die Beschwerdestelle bei der Arbeitgeberin und ist diese aber auch Gegenstand der Beschwerde, bleibt der betroffenen Person trotzdem die Möglichkeit die Arbeitnehmerinnenvertretung über die Diskriminierung zu informieren. Deren Rechte bleiben gem. § 13 II AGG unberührt. Somit steht der benachteiligten Person ein Wahlrecht auf Grundlage von §§ 84, 85 BetrVG, § 86 Nr.3 Bundespersonalvertretungsgesetz und des betriebsverfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz gem. § 75 BetrVG¹⁵¹ zu, ob nach § 13 AGG ein individuelles oder eben kollektives Beschwerdeverfahren durchgeführt wird und sich die Arbeitnehmerinnenvertretung der Problematik annimmt. Dementsprechend bietet das AGG einen wirksamen Schutz durch das Beschwerderecht in § 13 AGG nur dann, wenn nicht die Arbeitgeberin diskriminiert oder in einem solchen Falle eine Arbeitnehmerinnenvertretung besteht.

VI. Die Rechtsfolge der Diskriminierung am Arbeitsplatz

Hat sich das Opfer beschwert und ergreift die Arbeitgeberin keine oder ungeeignete Maßnahmen um das Opfer vor Diskriminierung zu schützen, zieht dies Rechtsfolgen wie das Leistungsverweigerungsrecht oder Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche nach sich, gem. §§ 14, 15 AGG.

VI.1 Leistungsverweigerungsrecht gem. § 14 AGG

Gem. § 14 AGG hat das Opfer das Recht, von seinem Leistungsverweigerungsrecht gebrauch zu machen. Dieses Recht besteht allerdings nur bei einer Diskriminierung durch Belästigung gem. § 3 III AGG oder sexuelle Belästigung gem. § 3 IV AGG. In diesen Fällen kann die betroffene Person der Arbeit fern bleiben. Im deutschen Arbeitsrecht gilt der Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“. Es wird nur entlohnt, wer

¹⁵¹ vgl. Meinel, Heyn, Hermes, 2010, § 13 Rn. 30.

seine Arbeitsleistung erbringt oder anbietet.¹⁵² § 14 AGG ist eine Ausnahme von diesem Grundsatz. Die betroffene Person darf der Arbeit fernbleiben, wenn die Arbeitgeberin keine oder offensichtlich ungeeignete Maßnahmen ergreift um eine (sexuelle) Belästigung zu unterbinden. Somit wäre die Leistungsverweigerung zum Schutz der betroffenen Person erforderlich, ohne dass sie ihren Anspruch auf Entgeltzahlung verliert.¹⁵³ Der vor dem Inkrafttreten des AGG bestehende Schutz des § 4 II BschSchG bezog sich nur auf die sexuelle Belästigung, wohingegen nun jede Belästigung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes die Voraussetzungen erfüllen.¹⁵⁴ Allerdings besteht weiterhin kein Leistungsverweigerungsrecht wegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Benachteiligung gem. § 3 I, II AGG oder eine Anweisung zur Benachteiligung gem. § 3 V AGG. Der Gesetzesentwurf der rot-grünen Bundesregierung aus dem Jahre 2004 hatte noch ein Leistungsverweigerungsrecht bei jeder Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vorgesehen, also auch der Diskriminierung wegen des Geschlechts in anderen Fällen als der sexuellen Belästigung. Das AGG steht somit hinter dem Gesetzentwurf zurück.¹⁵⁵

VI.1.1 Präventiver Schutz durch § 14 AGG?

Wie oben erwähnt, besteht ein Leistungsverweigerungsrecht nur bei einer Belästigung oder einer sexuellen Belästigung. In der Literatur ist man sich bisher uneinig, ob die (sexuelle) Belästigung bereits eingetreten sein muss oder ob § 14 AGG eine präventive Maßnahme beinhaltet.¹⁵⁶ Wenn man das Gesetz auslegt, kommt es auf den Sinn des Wortes „unterbinden“ an, welcher allerdings als „etwas durch bestimmtes Verhalten verhindern“ aber auch „in seinem Ablauf aufhalten und unterbrechen“ oder „abschnüren“ bezeichnet wird.¹⁵⁷ Die Tatbestandsvoraussetzungen müssen zwar objektiv vorliegen und es reicht nicht wie in § 13 AGG aus, wenn Beschäftigte sich subjektiv benachteiligt fühlen, es wird aber von verschiedenen Seiten argumentiert, dass

152 gem. § 615 BGB.

153 Dieser Anspruch ist begründet durch den Annahmeverzug der Arbeitgeberin, vgl. Hey in Hey, 2009, § 14 Rn. 1.

154 vgl. Hey in Hey, 2009, § 14 Rn. 2.

155 vgl. Hey in Hey, 2009, § 14 Rn. 3.

156 vgl. Hey in Hey, 2009, § 14 Rn. 7.

157 Duden, 2010, S. 990.

die Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen, wenn eine Belästigung objektiv droht.¹⁵⁸ Dass ein präventiver Schutz durch § 14 AGG besteht, ist im Einzelfall schwer zu beweisen. Es besteht das Risiko des Arbeitsplatzverlustes, wenn die Person bei einer noch nicht eingetretenen Diskriminierung dem Arbeitsplatz fern bleibt, da eine Nichtleistung der arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflicht gem. § 611 BGB, zur Kündigung berechtigt. Ein Fallbeispiel, indem eine sexuelle Belästigung objektiv drohen würde, wäre die Versetzung einer Frau in ein Büro, in dem ausschließlich Männer arbeiten und Pin-Up-Bilder aufgehängt sind.¹⁵⁹ Hier könnte nachgewiesen werden, dass es zu einer sexuellen Belästigung kommt, sobald sich die Frau von den Bildern gestört fühlt. Dies könnte z.B. objektiv drohen, wenn die betreffende Person schon geäußert hätte, in dieser Abteilung wegen der Pin-Up-Bilder nicht arbeiten zu wollen. Die Frage, ob der Tatbestand des § 14 AGG durch eine drohende (sexuelle) Belästigung erfüllt ist, ist also auf den Einzelfall bezogen zu betrachten. Von einem allgemeinen Bestehen des präventiven Schutzes des § 14 AGG kann eher nicht ausgegangen werden. Da die belästigte Person zudem das (hohe) Risiko einer Fehleinschätzung bezüglich der Voraussetzungen der Leistungsverweigerung trägt, ist die Ausübung des Rechts mit erheblichen Unsicherheiten belastet. Man kann schlussfolgern nicht von einer hohen praktischen Bedeutung des präventiven Leistungsverweigerungsrechts sprechen.¹⁶⁰

VI.1.2 Beweislast

Aufgrund der Problematik der Beweisbarkeit der Diskriminierung wurde eine begrenzte Beweislastumkehr im § 22 AGG verankert.¹⁶¹ Auch nach europarechtlichen Grundsätzen trägt die Person, die sich auf eine Benachteiligung beruft, in einem Rechtsstreit die Beweislast für diese anspruchsbegründende Tatsache. Wenn die Person aber Tatsachen glaubhaft macht, die eine Kausalität mit der Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen, kehrt sich die Beweislast im AGG um.¹⁶²

158 vgl. Meinel, Heyn, Herms, 2010, § 14, Rn. 7.

159 vgl. Biester, jurisPR-ArbR 35/2006 Anm. 6, Pkt. 2.d).

160 vgl. Hey in Hey, 2009, § 14, Rn. 10.

161 vgl. Beseler, Georgiou, 2009, S. 214.

162 So auch schon vor Erlass der Beweislastrichtlinie, vgl. EuGH, Urteil 1993/ C-127/92, juris, vgl. ebenso: Meinel, Heyn, Herms, 2010, § 22, Rn. 7.

Bereits vor Bestehen des § 15 AGG gab es einen Ersatzanspruch für die geschlechtsbezogene Benachteiligung gem. § 611a II BGB.¹⁶³ In der Literatur findet sich häufig die Aussage § 15 AGG beinhaltet, im Gegensatz zum § 611a BGB, eine Beweislastumkehr.¹⁶⁴ Gem. § 611a I S. 3 BGB musste die diskriminierte Person eine Diskriminierung vorher glaubhaft machen, bevor sich die Beweislast umkehrte und die Arbeitgeberin traf. In § 15 AGG findet sich zwar nicht mehr die Formulierung „glaubhaft machen“, allerdings muss nach dem Wortlaut des AGG ebenfalls dargelegt werden, dass es zu einem „Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot“ und somit zur Diskriminierung gekommen ist, bevor sich die Beweislast gem. § 22 AGG umkehren kann.¹⁶⁵ Es liegt hier die Vermutung nahe, dass es sich um eine beschränkte Beweislastumkehr handelt.¹⁶⁶ Liegen keine Indizien für einen kausalen Zusammenhang zwischen einer Diskriminierung und einem Merkmal aus § 1 AGG vor, muss sich die Arbeitgeberin nicht exkulpieren.¹⁶⁷ Ein Indiz zu finden ist bei z.B. einer diskriminierenden Stellenausschreibung möglich – allerdings ist es schwer eine sexuelle Belästigung glaubhaft zu machen, da es für diese Art der Diskriminierung selten Indizien oder Zeugen gibt.¹⁶⁸

VI.2 Schadensersatz- und Entschädigungsanspruch gem. § 15 AGG

Der § 15 AGG stellt dennoch in sofern eine Verbesserung des Schutzes vor Diskriminierung dar, dass jetzt nicht nur wegen einer geschlechtsbezogenen Diskriminierung, wie es nach § 611a BGB der Fall war, ein Schadensersatz gefordert werden kann, sondern wegen jeder Diskriminierung, die kausal mit einem Merkmal aus § 1 AGG verbunden ist. Des Weiteren kann sowohl ein Schadensersatz (materieller Schaden) als auch ein Entschädigungsanspruch (immaterieller Schaden) geltend gemacht werden. Der Schadensersatz¹⁶⁹ im deutschen Recht bezieht sich zunächst

163 Weggefallen.

164 vgl. Bauer, Göpfert, Krieger, § 15, Rn. 15 ff. und Meinel, Heyn, Herms, 2010, § 15, Rn. Rn. 32.

165 vgl. LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 09. April 2014 – 3 Sa 401/13 –, Rn. 91, juris

166 vgl. Meinel, Heyn, Herms, 2010, § 22, Rn. 7.

167 vgl. Nollert-Borasio, Perreng, 2006, § 22, Rn. 3.

168 vgl. Führung, 2001, S. 25 f.

169 Durch den Schadensersatz soll der Zustand hergestellt werden der bestehen würde, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre. vgl. Brox, Walker, 2012, S. 192, Rn. 447.

einmal auf den Ersatz des nachgewiesenen materiellen Schadens. Ein solcher ist in Fällen von Diskriminierung nicht immer nachweisbar, sodass von einer reinen Schadensersatzregelung keine spürbare Sanktionsgefahr ausginge. So würde z.B. von einer Nichteinstellung aufgrund von Diskriminierung wegen eines Merkmals des § 1 AGG ein direkter materieller Schaden ausgehen, bei einer sexuellen Belästigung hingegen nicht. Damit eine offene Entschädigungsgrenze möglich wurde, die auch den immateriellen Schaden als sog. Schmerzensgeld mit einbezieht, wurde das Haftungsrecht gem. § 15 II AGG angepasst. Eine Entschädigung¹⁷⁰ kann nun auch bei Vorliegen einer Diskriminierung unabhängig vom Verschulden der Arbeitgeberin¹⁷¹ geltend gemacht werden.¹⁷² Der materielle Schadensersatzanspruch – anders als der Entschädigungsanspruch – ist an § 280 I S. 2 BGB angelehnt und entsteht nur, wenn die Arbeitgeberin die Pflichtverletzung zu vertreten hat.¹⁷³ Die Arbeitgeberin haftet somit für alle Schäden die durch eigenes und fremdes Verschulden¹⁷⁴ kausal zustande gekommen sind. Eine Beschränkung in der Höhe des Entschädigungsanspruches ist nicht vorgesehen.¹⁷⁵ Lediglich in dem Fall, indem die Arbeitgeberin nachweisen kann, dass die diskriminierte Person im Einstellungsverfahren auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre, besteht kein Anspruch auf Entschädigung. Ein Schadensersatzanspruch benötigt dabei kein bestehendes Beschäftigungsverhältnis. Gem. § 2 I Nr. 1, 2 AGG können Diskriminierungen auch beim Zugang zur Beschäftigung sowie Maßnahmen bei der Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses zu einem Anspruch führen.¹⁷⁶ Bei einer Diskriminierung im Bewerbungsverfahren besteht aber nur ein Anspruch auf finanziellen Schadensersatz, nicht auf Einstellung.¹⁷⁷

Der Schadensersatz bezieht sich auf Personen-, Sach- und Vermögensschäden. In Betracht kommen, bei einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, besonders Schäden in Form des Verdienstausfalls bei Diskriminierung im Einstellungsverfahren

170 Ausgleich für erlitten Schaden. vgl. Duden, 2010, S. 330.

171 s. Pkt. VI.2.

172 vgl. Lempke, 2014, im Internet abrufbar unter: <http://www.bpb.de/apuz/178676/sexuelle-belaestigung-recht-und-rechtsprechung?p=all>, zuletzt besucht am: 2. 10. 2014.

173 vgl. Bt-Drs. 16/1780 S. 38, zitiert nach: Nollert-Borasio, Perreng, 2006, § 15, Rn. 2.

174 z.B. Durch Erfüllungsgehilfen, gem. § 278 BGB. „Erfüllungsgehilfe bezogen auf die genannte Schutzpflicht des § 278 BGB der Arbeitgeberin ist nur diejenige Arbeitsperson, die Willen der Arbeitgeberin gerade in die Erfüllung dieser Pflicht gegenüber anderen Beschäftigten einbezogen ist.“ vgl. Meinel, Heyn, Herms, 2010, § 15, Rn. 17.

175 vgl. Nollert-Borasio, Perreng, 2006, § Rn. 2.

176 vgl. Nollert-Borasio, Perreng, 2006, Rn. 3.

177 vgl. Nollert-Borasio, Perreng, 2006, Rn. 6.

oder dadurch, dass gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen wurde, indem während laufender Beschäftigungsverhältnisse geringere Leistungen an die betroffenen Person gezahlt wurden, als es in der Position üblich ist.¹⁷⁸ Ebenso sind bei einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts Personenschäden durch (sexuelle) Belästigungen relevant, wenn sich derartige Übergriffe häufen und durch die psychische Belastung die Gesundheit der betroffenen Person beeinträchtigt wird.¹⁷⁹

Entschädigung und Schadensersatz können durch das AGG nebeneinander gefordert werden. Die Klagen sollten in jedem Fall verbunden werden, damit bei der Angemessenheit der Entschädigung der Schadensersatz mit berücksichtigt werden kann.¹⁸⁰ Ein Anspruch auf Schadensersatz ist nach dem AGG ohne schuldhaftes Zögern innerhalb einer zwei Monatsfrist, ab dem Kenntnis erlangen der Diskriminierung, schriftlich geltend zu machen, gem. § 21 V AGG iVm § 15 IV AGG. Es sind aber abweichende Regelungen durch die Betriebsparteien möglich. Eine Klage muss dann innerhalb von drei Monaten nach der schriftlichen Geltendmachung bei Gericht erhoben werden gem. § 61 Arbeitsgerichtsgesetz. Diese Fristen stellen einen kurzen Zeitraum dar, gerade im Hinblick auf eine Diskriminierung wegen des Geschlechts durch eine sexuelle Belästigung, bei der es dem Opfer doch einiges an Überwindungen abfordern kann diese anzuzeigen.¹⁸¹ Gerade ein „schuldhaftes Zögern“ nach einer sexuellen Belästigung wird man kaum mit objektiven Maßstäben beurteilen können.

Das Opfer kann aus dem AGG¹⁸² keinen Schadensersatz von der diskriminierenden Person selbst verlangen, sondern nur von der Arbeitgeberin, wenn diese den Verpflichtungen aus dem AGG nicht nachkommt. Die Arbeitgeberin wiederum kann ggf. Schadensersatz gegen die diskriminierende Person geltend machen, denn ein Verstoß gegen das AGG ist gleichzeitig ein Verstoß gegen arbeitsvertragliche Pflichten.¹⁸³

178 vgl. Nollert-Borasio, Perreng, 2006, Rn. 4.

179 vgl. Nollert-Borasio, Perreng, 2006, Rn. 5.

180 vgl. Nollert-Borasio, Perreng, 2006, Rn. 12.

181 vgl. Führung, 2001, S.17 ff.

182 Schadensersatzregelungen nach § 823 BGB bleiben unberührt. vgl. BT-Drucks. 16/1780, S. 38 zitiert nach: Meinel, Heyn, Herms, 2010, § 15 Rn. 95.

183 vgl. Beseler, Georgiou, 2009, S. 184 f.

Ausgeschlossen von dem Anspruch auf Schadensersatz und Entschädigung sind sog. „AGG-Hopper“. Dies sind Scheinbewerberinnen, welche sich auf eine diskriminierende Stellenausschreibung¹⁸⁴ bewerben, mit der Intention abgelehnt zu werden und daraufhin Schadensersatz und Entschädigung zu fordern. Sind die Personen gar nicht qualifiziert für die ausgeschriebene Stelle oder lassen sich andere Belege finden, welche eine Scheinbewerbung offenbaren, besteht trotz aufgedeckter diskriminierender Stellenausschreibung kein Anspruch auf eine Entschädigung.¹⁸⁵ Dabei würde eine zulässige Entschädigung in einem solchen Fall voraussichtlich eine positive präventive Maßnahme darstellen, denn die Unternehmen würden sich mehr um diskriminierungsfreie Stellenausschreibungen bemühen, wenn „professionellen Diskriminierungsklagenden“ eine Anspruch auf Entschädigung zustünde – auch wenn ihnen kein Schaden entstanden ist.

VII. Handlungsmöglichkeiten der Beschäftigtenvertretung gem. § 17 AGG

Nach § 17 I AGG sind neben den Tarifvertragsparteien und der Arbeitgeberin auch die Interessenvertretungen der Beschäftigten in die Verantwortung für die Einhaltung der Bestimmungen aus dem AGG genommen worden. Hierbei kommt dem Betriebsrat eine wesentliche Bedeutung zu. Nach § 87 I Nr.1 BetrVG hat der Betriebsrat bei Fragen der „Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb“ mitzubestimmen. Dies beinhaltet die Möglichkeit das Verfahren zum Umgang mit einer Beschwerde mit der Arbeitgeberin im Rahmen einer Betriebsvereinbarung zu regeln.¹⁸⁶ Eine Beteiligung des Betriebsrates und anderer im Betrieb vorhandenen Interessenvertretungen kann das Vertrauen in eine sachgerechte Bearbeitung einer Beschwerde erhöhen und damit bessere Voraussetzungen für das Anzeigen von Diskriminierung im Betrieb schaffen.¹⁸⁷ Gem. § 17 II AGG kann der Betriebsrat grobe Verstöße von Seiten der Arbeitgeberin gerichtlich unterbinden lassen. Grob ist ein Verstoß, wenn er objektiv erheblich und offensichtlich schwerwiegend ist, wobei es

¹⁸⁴ Die Stellenausschreibung an sich muss schon diskriminierend sein, ansonsten lässt es nicht vermuten dass bei der Stellenbesetzung diskriminiert wurde. vgl. Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, Urteil vom 09. April 2014 – 3 Sa 401/13 –, Rn. 98, juris.

¹⁸⁵ vgl. Meinel, Heyn, Herms, 2010, § 15, Rn. 27.

¹⁸⁶ vgl. Müller-Glöge, Preis, Schmidt, 2013, S. 297, Rn. 1.

¹⁸⁷ vgl. Müller-Glöge, Preis, Schmidt, 2013, S. 297, Rn. 2.

nicht auf ein Verschulden der Arbeitgeberin ankommt.¹⁸⁸ Dies stellt nur bedingt eine Verbesserung der Rechte der Beschäftigtenvertretungen im Gegensatz zur vorherigen Regelung dar, da grobe Verstöße gegen das AGG regelmäßig auch grobe Verstöße iSd § 23 III BetrVG sind, auf dessen Grundlage die gleichen Ansprüche bestehen. Allerdings umfasst die Regelung des AGG im Gegensatz zum BetrVG auch Stellenbewerberinnen und nicht nur Beschäftigte, so dass die Beschäftigtenvertretung auch in deren Sinne tätig werden kann.¹⁸⁹ Gem. Abs. II S. 2 wird ausdrücklich ausgeschlossen, dass Individualansprüche, wie der Schadensersatz oder die Entschädigung, einer benachteiligten Person durch den Betriebsrat oder die Gewerkschaft geltend gemacht werden können.¹⁹⁰ Diese Möglichkeit der gerichtlichen Geltendmachung der Rechte bei einem groben Verstoß der Arbeitgeberin besteht nur in einem betriebsratsfähigen Betrieb¹⁹¹ iSd § 1 I S. 1 BetrVG und bietet somit keinen allgemeinen Schutz vor Diskriminierung. Dieser besteht nur in entsprechend großen Betrieben.

Die Regelungen des § 17 AGG hätten ein deutlich höheres Gewicht, wenn ein Verbandsklagerecht, das bei Einführung des AGG diskutiert wurde, in das Gesetz aufgenommen worden wäre. Mit einem Verbandsklagerecht hätte die Möglichkeit bestanden, dass nicht die einzelne Person alleine gegen eine Diskriminierung hätte vorgehen müssen, sondern ein Verband, wie eben der Betriebsrat, die Klage hätte führen können. Dies hätte die Hemmschwelle, sich gegen eine Diskriminierung zu wehren, deutlich niedriger gelegt und der Schutz des AGG wäre umfassender.¹⁹²

188 vgl. Hey in Hey, 2009, § 17, Rn. 5.

189 vgl. Hey in Hey, 2009, § 17, Rn. 3.

190 vgl. Hey in Hey, 2009, § 17, Rn. 7.

191 Es muss kein Betriebsrat gewählt sein, es reicht wenn die Möglichkeit besteht einen zu wählen.
vgl. Hey in Hey, 2009, § 17, Rn. 4.

192 vgl. Thüsing, Burg, ZTR 2007, 71-78, Nr. 2 und 3, juris. In dieser Quelle wird ein Verbandsklagerecht nicht befürwortet, aber aus dem Umkehrschluss der hier befürchteten „Klageflut“, lässt sich schließen, dass mehr diskriminierte Personen sich trauen würden eine Diskriminierung vor Gericht zu bringen und somit wäre der Schutz des AGG umfassender.

Fazit

Die Diskriminierung der Frau in unserer Gesellschaft und insbesondere am Arbeitsplatz, stellt immer noch eine bedeutsame Dimension gesellschaftlicher Ungleichheit dar, die mit einer Vielzahl von Benachteiligungen verbunden ist. Dies ist im Bezug auf den Arbeitsplatz darauf zurückzuführen, dass das Erwerbsleben in der heutigen Gesellschaft von zentraler Bedeutung ist. Die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts führt so zu variierenden Chancen und Erträgen für den individuellen Lebenslauf von Frauen und widerspricht damit dem Gleichheitsgrundsatz der Geschlechter in Art. 3 GG.

Der offensichtlichen und offenen Diskriminierung wegen des Geschlechts auf dem Arbeitsmarkt wurde mit dem AGG ein (weiterer) Riegel vorgeschoben. Doch die empirische Evidenz¹⁹³ zeigt immer noch die vorhandene Geschlechtersegregation des Arbeitsmarktes und die damit verbundenen ungleichen Chancen der Geschlechter auf.

Viele Fälle von Diskriminierung wegen des Geschlechts am Arbeitsplatz werden nicht erfasst und nicht offiziell durch ein Gericht beurteilt, da das AGG individuelle Rechte enthält, welche die Einzelperson kennen und einklagen muss. Dies stellt ein grundlegendes Problem bei der Bekämpfung der Diskriminierung am Arbeitsplatz wegen des Geschlechts dar.

Das AGG allein kann nicht ausreichend vor Diskriminierung schützen, solange diskriminierende Strukturen in den Betrieben und der Gesellschaft existieren. Um an dieser Stelle eine Veränderung zu bewirken und einen Schritt weiter zu kommen, müssen u.a. Rollenbilder aufgebrochen werden und stereotype Vorstellungen von männlich und weiblich sich verändern. Dies könnte beispielsweise durch das Einführen einer Frauenquote in Führungspositionen befördert werden. Über einen gewissen Zeitraum etablieren sich ein Selbstverständnis, das die gesellschaftliche Norm und die Rollenvorbilder verändert, Chancengleichheit¹⁹⁴ für Männern und Frauen schafft und damit als „positive Diskriminierung“ für den individuellen Mann gerechtfertigt ist.¹⁹⁵

193 s. Fussnote 2.

194 vgl. Papier, 2014, im Internet abrufbar unter:

http://www.mgepa.nrw.de/mediapool/pdf/presse/pressemitteilungen/Gutachten_Zielquoten.pdf,
zuletzt besucht am: 28.10.2014.

195 Um einen bestimmten Arbeitsmarkt für den individuellen Mann nicht völlig zu verschließen, würde sich eine Lockerung beim Durchsetzen der Quote anbieten, wie z.B. eine Regelung wie § 10 I des Hamburgischen Gleichstellungsgesetzes (s. S. 21). Eine solche Ausnahme würde aber ein Schlupfloch für Diskriminierung darstellen und eine schnelle Umsetzung der Quote und eine baldige Gleichstellung der Geschlechter wäre somit gefährdet.

Zielgröße bleibt es, den Grundsatz der Geschlechtergleichheit aus Art. 3 GG in die Lebenswirklichkeit zu übertragen. Weder das GG noch das AGG können dabei allein vor Diskriminierung schützen, aber die rechtliche Regelungen können dazu beitragen das Bewusstsein für die immer noch vorhandene diskriminierenden Strukturen unserer Gesellschaft zu schärfen und einer Benachteiligung im Einzelfall vorzubeugen oder diese zu beseitigen. Die Arbeit an einer diskriminierungsfreien Gesellschaft bleibt damit ein lohnendes Ziel und ein politischer Auftrag, der auf unterschiedliche gesellschaftlichen Ebene vorangetrieben werden muss.

Literaturverzeichnis

Ahlenfelder, Klaus Michael: Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht - Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, Köln, 2006.

Baer, Susanne: Würde oder Gleichheit? Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der BRD und den USA, Baden-Baden, 1995.

Baer, Susanne / Leppenhoff, Julia (Hrsg.): Gleichberechtigte Familien? - Wissenschaftliche Diagnosen und politische Perspektiven, Band 3, Bielefeld, 2007.

Baer, Susanne / Smykalla, Sandra / Karin Hildebrandt (Hrsg.): Schubladen, Schablonen, Schema F – Stereotype als Herausforderung für Gleichstellungspolitik, Band 5, München, 2012.

Bauer, Hubertus / Göpfert, Burkhard / Krieger / Steffen: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz - Kommentar, 3. Auflage, München, 2011.

Becker, Gary S.: Familie, Gesellschaft und Politik – die ökonomische Perspektive, Tübingen, 1996.

Beseler, Lothar / Georgiou, Christina: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Handbuch für die betriebliche Praxis, Münster, 2009.

Bielby, William T. / James N. Baron: Men and Woman at Work - Sex Segregation an Statistical Discrimination, American Journal of Sociology, 91,4: S. 759 – 799.

Brox, Hans / Walker, Wolf-Dietrich: Allgemeiner Teil des BGB, 36. Auflage, München, 2012.

Buchmann, Marlis / Kriesi, Irene / Pfeifer, Andrea / Sacchi, Stefan: halb drinnen – halb draussen – Zur Arbeitsmarktintegration von Frauen in der Schweiz. Zürich und Chur, 2002.

Buhr, Kornelia / Klein-Schonnefeld, Sabine (u.a.): Frauengleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder – Kommentar für die Praxis, Köln, 1996.

Busch, Anne: Die berufliche Geschlechtersegregation in Deutschland - Ursachen, Reproduktion, Folgen, Wiesbaden, 2013.

Duden – Das Bedeutungswörterbuch, 4. Auflage, Mannheim, Leipzig, Wien, Zürich, 2010.

Europäische Kommission: Bekämpfung von Mehrfachdiskriminierung – Praktiken, Politikstrategien und Rechtsvorschriften, Luxemburg, 2007.

Falk, Susanne: Geschlechtsspezifische Ungleichheit im Erwerbsverlauf – Analysen für den deutschen Arbeitsmarkt, Wiesbaden, 2005.

Fuchs-Heinritz, Werner (Hrsg.): Lexikon der Soziologie, 5. Auflage, Wiesbaden, 2011.

Führung, Meik: Ursachen und Funktionen sexueller Belästigung am Arbeitsplatz, München und Mering, 2001.

Foljanty, Lena / Lempke, Ulrike (Hrsg.): Feministische Rechtswissenschaft, 2. Auflage, Baden-Baden, 2012.

Gruber, Elke / Welzig, Elisabeth: Durch die gläserne Decke - Frauen in Männerdomänen, Wien, 2011.

Helml, Ewald: Arbeitsrecht, München, 8. Auflage, 2004.

Hey, Thomas (Hrsg.): Kommentar zum AGG, Frankfurt am Main, 2009.

Junker, Abbo: Grundkurs Arbeitsrecht, 12. Auflage, München, 2013.

Maier, Benjamin: Grundrechtsschutz bei der Durchführung von Richtlinien – Eine Analyse im Spannungsfeld der Europäischen Union, nationalen Grundrechten und EMRK-Rechten, Baden-Baden, 2014.

Mankiw, Gregory N. / Mark P. Taylor: Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 4. Auflage, Stuttgart, 2008.

Meinel, Gernod / Heyn, Judith / Herms, Sascha: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz - Arbeitsrechtlicher Kommentar, 2. Auflage, München, 2010.

Müller-Glöße, Rudi / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 13. Auflage, München, 2013.

Nestor, Grete: Die Badgirl-Feministin, München, 2006.

Nollert-Borasio, Christiane / Perreng, Martina: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) - Basiskommentar zu den arbeitsvertraglichen Regelungen, Frankfurt am Main, 2006.

Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 72. Auflage, München, 2013.

Petersen, Lars-Eric / Bernd Six (Hrsg.): Stereotype, Vorurteile und soziale Diskriminierung – Theorie, Befunde und Interventionen, Basel, 2008.

Phelps, Edmund S.: The Statistical Theory of Racism and Sexism, American Economic Review, American Economic Association, Vol. 62(4), S. 659-661, September. 1972.

Pimminger, Irene: Was bedeutet Geschlechtergerechtigkeit? - Normative Klärung soziologischer Konkretisierung, Opladen, Berlin, Toronto, 2012.

Schiek, Dagmar (Hrsg.): Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) - Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, München, 2007.

Schrader, Peter / Schubert, Jens M.: Das neue AGG - Das Gleichbehandlungsrecht in der anwaltlichen Praxis, Baden-Baden, 2006.

Senne, Petra: Arbeitsrecht – Das Arbeitsverhältnis in der betrieblichen Praxis, 8. Auflage, München, 2011.

Stiegler, Barbara / Macha, Hildegard (Hrsg.): Gender Mainstreaming und Weiterbildung - Organisationsentwicklung durch Potentialentwicklung, Opladen & Farmington Hills, 2007.

Vedder, Christoph / Heintschel von Heinegg, Wolf (Hrsg.): Europäisches Unionsrecht – EUV, AEUV, Grundrechte-Charta – Handkommentar, Baden- Baden, 2012.