

W

Deutscher Bundestag ■ Wissenschaftliche Dienste

**Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes
auf die Regelungen wegen geschlechtsbezogener
Benachteiligung im Arbeitsrecht**

- Ausarbeitung -

**Pascal Friton
Arnold Bug**

Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages

Verfasser: RRef Pascal Friton / RD Arnold Bug

Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf die Regelungen wegen geschlechtsbezogener Benachteiligung im Arbeitsrecht

Ausarbeitung WD 6 - 3000-164/06

Abschluss der Arbeit: 21.08.2006, überarbeitet: 08.09.2006

Fachbereich WD 6: Arbeit und Soziales



Ausarbeitungen und andere Informationsangebote der Wissenschaftlichen Dienste geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Die Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste sind dazu bestimmt, Mitglieder des Deutschen Bundestages bei der Wahrnehmung des Mandats zu unterstützen. Der Deutsche Bundestag behält sich die Rechte der Veröffentlichung und Verbreitung vor. Diese bedürfen der Zustimmung des Direktors beim Deutschen Bundestag.

Inhaltsverzeichnis	Seite
1. Einleitung	5
2. Europarechtliche Grundlagen des AGG	5
3. Anwendungsbereich des AGG (§§ 2, 6, 24 AGG)	7
4. Bereichsausnahme Kündigungsschutz (§ 2 Abs. 4 AGG)	8
4.1. Problematischer Grundgedanke des § 2 Abs. 4 AGG	8
4.2. Folgeprobleme	9
5. Benachteiligungen und Rechtfertigung (§§ 3, 4, 5, 7, 8 AGG)	12
5.1. Benachteiligungen	12
5.2. Rechtfertigungsmöglichkeiten	13
5.2.1. § 5 AGG	13
5.2.2. § 8 AGG	14
6. Stellenausschreibung (§ 11 AGG)	15
7. Pflichten des Arbeitgebers (§ 12 AGG)	15
8. Rechte der Beschäftigten	16
8.1. Beschwerderecht (§ 13 AGG)	16
8.2. Leistungsverweigerungsrecht (§ 14 AGG)	16
8.3. Schadensersatz und Entschädigungen (§ 15 AGG)	17
8.3.1. Alte Rechtslage	17
8.3.2. Neue Rechtslage	17
8.3.3. Bewertung	18
8.4. Maßregelungsverbot (§ 16 AGG)	21
9. Antragsrecht des Betriebsrats (§ 17 Abs. 2 AGG)	21

10.	Rechtsschutz	21
10.1.	Beweislast (§ 22 AGG)	21
10.2.	Unterstützung durch Antidiskriminierungsverbände (§ 23 AGG)	23
11.	Antidiskriminierungsstelle	24
12.	Änderungen in anderen arbeitsrechtlichen Gesetzen	24
13.	Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt in Bezug auf Frauen	25
14.	Literaturverzeichnis	26

1. Einleitung

Das Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung (AGG), das am 18. August 2006 in Kraft getreten ist¹, hat beachtliche Auswirkungen auf das Arbeitsrecht und das allgemeine Zivilrecht.

Für den hier relevanten Teilbereich der Benachteiligung wegen des Geschlechts im Arbeitsrecht sind die Neuerungen aber weniger weit reichend, denn mit den durch das AGG aufgehobenen §§ 611a, 611b und 612 Abs. 3 BGB² und dem Gesetz zum Schutz der Beschäftigten vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz von 1994 (BSchG³) gab es bereits Regelungen, die Geschlechtsdiskriminierungen bzw. sexuellen Belästigungen entgegenwirkten. Diese Bestimmungen sind teilweise wörtlich oder sinngemäß in das AGG übernommen worden. Allerdings gibt es auch einige Änderungen und Erweiterungen. Diese werden im Folgenden vorgestellt. Dabei ist anzumerken, dass in diesem frühen Stadium, in dem kaum Literatur und naturgemäß keinerlei Rechtsprechung existiert, eine Einschätzung der Änderungen und Folgen für die Praxis nur sehr eingeschränkt möglich ist.

2. Europarechtliche Grundlagen des AGG

Das Gesetz dient der Umsetzung mehrerer europarechtlicher Richtlinien.⁴ Bei der Anwendung des AGG sind diese europarechtlichen Ursprünge des Gesetzes zu beachten. In der folgenden Erläuterung wird dies an unterschiedlichen Stellen immer wieder deutlich. Die europarechtlichen Grundsätze, die bei der Lösung der europarechtlichen Fragestellungen zu beachten sind, sollen hier kurz dargestellt werden:

1 BGBl. I, 1897-1910.

2 Letzte Fassung: BGBl. I, Nr. 1, 42.

3 BGBl. I 1994, 1406, 1412.

4 - RL 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (ABl. EG Nr. L 180, 19.07.2000, S. 22),
- RL 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. EG Nr. L 303, 02.12.2000, S. 16),
- RL 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. EG Nr. L 269, 05.10.2002, S. 15) und
- RL 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (ABl. EG Nr. L 373, 21.12.2004, S. 37).

- Das Gesetz ist grundsätzlich richtlinienkonform auszulegen. Nach diesem - auch bei Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten geltenden - Grundsatz müssen nationale Gerichte innerstaatliches Recht, das in Umsetzung einer Richtlinie ergangen ist, soweit wie möglich anhand des Wortlauts und Zwecks der Richtlinie so auslegen, dass sie zu einem Ergebnis gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel vereinbar ist.⁵
- Probleme ergeben sich, wenn die richtlinienkonforme Auslegung wegen einer „nach Wortlaut, Systematik und Sinn“ eindeutigen Regelung des deutschen Rechts nicht möglich ist.⁶ Verstößt eine Norm gegen primäres Gemeinschaftsrecht (z.B. den EG-Vertrag), dann ist sie unbeachtlich, wenn das primäre Gemeinschaftsrecht in dem konkreten Fall unmittelbar anzuwenden ist.⁷ Ist dies der Fall, dann ist es gleichgültig ob sich ein Bürger in einem Rechtsstreit gegenüber dem Staat oder gegenüber einem anderen Bürger auf den Verstoß gegen das Primärrecht beruft: Ein Gericht darf diese Norm nicht anwenden.

Richtlinien hingegen haben grundsätzlich keine unmittelbare Wirkung, d.h. sie bedürfen der innerstaatlichen Umsetzung. Ein in Umsetzung einer Richtlinie ergangenes innerstaatliches Gesetz ist, auch wenn es gegen diese Richtlinie verstößt, zunächst wirksam. Ausnahmen davon gibt es nur bei Auseinandersetzungen zwischen Staat und Bürger. Unter bestimmten, vom EuGH entwickelten Voraussetzungen kann eine Richtlinie in diesen Konstellationen unmittelbare Wirkung haben, so dass sich der Bürger auf die ihm günstigere Regelung in der Richtlinie berufen kann.⁸

Zwischen Privaten entfalten Richtlinien keine unmittelbare Wirkung, so dass das AGG bei Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten eigentlich, trotz eventuellen Verstoßes gegen eine Richtlinie, von den Gerichten anzuwenden ist.

Im hier relevanten Bereich der Diskriminierungsverbote hat indessen jüngst das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Mangold*⁹ möglicherweise einen neuen Weg aufgezeigt. In dem Urteil postuliert der EuGH ein ungeschriebenes primärrechtliches Verbot der Diskriminierung wegen des Alters. Mit der gleichen Argumentation ließe sich auch ein primärrechtliches Verbot der Geschlechterdiskriminierung begründen. Normen des AGG, die gegen diese primärrechtlichen Grundsät-

5 EuGH - verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01 - NJW 2004, S. 3547 Rn. 120.

6 BAG vom 18.02.2003, NZA 2003, 742 (747).

7 Unmittelbar anzuwenden ist Primärrecht nach dem EuGH nur, wenn es *unbedingt* und inhaltlich *bestimmt* ist, vgl. HERDEGEN 2005: § 9 Rn. 13 und EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, 1 (25ff.).

8 Vgl. HERDEGEN 2005: § 9 Rn. 44 ff. mit weiteren Nachweisen.

9 EuGH, Rs. 144/04, EuZW 2006, 17.

ze verstoßen, wären von den Arbeitsgerichten auch bei Streitigkeiten zwischen Privaten nicht anzuwenden. Stattdessen müssten dann die entsprechenden europäischen Regelungen angewendet werden. Es besteht daher die Gefahr, dass die tatsächliche Rechtslage in Deutschland durch das AGG in Teilen gar nicht bestimmt wird.¹⁰ Freilich gibt es hier noch viele Unsicherheiten, so dass die weitere Entwicklung augenblicklich nicht vollständig geklärt ist. Allerdings hat das BAG die Entscheidung des EuGH bekräftigt.¹¹

- Schließlich ist noch anzumerken, dass es zu einer Verschlechterung der bisherigen Rechtslage in dem hier relevanten Teilbereich (Diskriminierungen wegen des Geschlechts) grundsätzlich nicht kommen darf, da alle Richtlinien untersagen, dass die Umsetzung als Rechtfertigung für eine Absenkung des von den Mitgliedstaaten bereits garantierten allgemeinen Schutzniveaus in Bezug auf Diskriminierungen in den von der Richtlinie abgedeckten Bereichen benutzt wird.¹² Daraus ergeben sich aber auch zwei Einschränkungen. Zum einen darf eine Verschlechterung zwar nicht *wegen* der Umsetzung erfolgen, ist aber möglich, wenn sie aus anderen legitimen Gründen erfolgt. Zum anderen geht es nur um eine *allgemeine* Absenkung des Schutzniveaus, d.h. punktuelle Rückschritte bleiben unberücksichtigt, solange das allgemeine Niveau nicht gesenkt wurde.¹³

3. Anwendungsbereich des AGG (§§ 2, 6, 24 AGG)

§ 2 Abs. 1 Nr. 1 - 4, § 6 und § 24 AGG regeln den Anwendungsbereich des AGG detaillierter als die bisher allein geltenden §§ 611a Abs. 1 S. 1 BGB, 1 Abs. 2 BSchG und bringen einige Klarstellungen.

Da z.B. der Wortlaut des § 611 a Abs. 1 S.1 BGB den Anwendungsbereich auf Arbeitsverhältnisse beschränkte, war richtlinienkonform eine analoge Anwendung auf arbeitnehmerähnliche Personen, Geschäftsführer oder Verträge mit freien Mitarbeitern geboten.¹⁴ In § 6 AGG ist nun ausdrücklich geregelt, dass auch solche Personen vom Anwendungsbereich erfasst sind.¹⁵

10 Vgl. PREIS 2006; a.A. wohl THÜSING in BAUER/THÜSING/SCHUNDER: 777.

11 BAG v. 26.04.2006 - 7 AZR 500/04.

12 Art. 8e Abs. 2 RL 76/207/EWG, Art. 6 Abs. 2 RL 2000/43/EG, Art. 8 Abs. 2 RL 2000/78/EG und Art. 7 Abs. 2 RL 2004/113/EG.

13 PREIS 2006: 402 mit weiteren Nachweisen.

14 SCHLACHTER 2006: § 611a Rn. 6.

15 Gem. § 6 Abs. 3 AGG ist der Anwendungsbereich bei Geschäftsführern usw. aber auf die Fälle des Zugangs zur Erwerbstätigkeit und des beruflichen Aufstiegs beschränkt.

Ähnliches gilt für § 24 AGG: Eine explizite Regelung, die Beamte usw. vom Anwendungsbereich erfasste, bot § 611a BGB nicht¹⁶, so dass nur eine analoge Anwendung der Norm auf diese Personen möglich war.¹⁷

Klargestellt ist im Gegensatz zu § 611a BGB, dass nicht nur die mit dem Arbeitnehmer getroffenen vertraglichen Abreden vom sachlichen Anwendungsbereich des AGG erfasst werden, sondern auch Vereinbarungen mit Dritten, die sich auf den Beschäftigten benachteiligend auswirken, wie Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG).¹⁸

4. Bereichsausnahme Kündigungsschutz (§ 2 Abs. 4 AGG)

Auf Drängen des Bundesrates wurde § 2 Abs. 4 AGG neu gefasst.¹⁹ Danach sollen für Kündigungen nunmehr ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz gelten.

4.1. Problematischer Grundgedanke des § 2 Abs. 4 AGG

Der Gesetzgeber dürfte von folgender Überlegung ausgegangen sein: Bei dem AGG und den Regelungen des Kündigungsschutzes handelt es sich um zwei voneinander strikt zu trennende Rechtsgebiete, die sich nicht gegenseitig beeinflussen. Dies ist im Hinblick auf den besonderen Kündigungsschutz richtig: Wenn z.B. einer Mutter während der Schwangerschaft gekündigt wird, dann ist diese Kündigung gemäß § 9 Mutterschutzgesetz unzulässig. Es kommt nicht mehr darauf an, ob darin eine ungerechtfertigte Benachteiligung im Sinne des § 611a Abs. 1 S. 1 BGB (bzw. jetzt des § 7 Abs. 1 AGG) zu sehen ist.

Anders ist dies im allgemeinen Kündigungsschutz, der im Kündigungsschutzgesetz und im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelt ist.²⁰ Dort gibt es Generalklauseln, die eine Verknüpfung verschiedener Materien ermöglichen. Es existierte bislang keine strikte Trennung zwischen Diskriminierungsverboten und Kündigungsschutz. Dazu folgende Beispiele zur alten Rechtslage:

16 Gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 2 - 4 BSchG galt aber das BSchG auch für Beamtinnen und Beamte usw.

17 Vgl. SCHLACHTER 2006: § 611a Rn. 6.

18 RICHARDI 2006: 882f.

19 Vgl. BT-Drs. 16/2022, 6.

20 DÜWELL 2006: Nr. 9.

- Der Arbeitgeber kündigt seiner Arbeitnehmerin. Es stellt sich heraus, dass es sich dabei um eine ungerechtfertigte Benachteiligung wegen des Geschlechts gehandelt hat. Diese Kündigung verstößt daher gegen § 611a Abs. 1 S. 1 BGB. Welche Rechtsfolge dieser Verstoß hat, ist in § 611a BGB aber nicht ausgeführt. Daher benötigt man § 134 BGB. Diese Norm erklärt ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, für nichtig. Bei § 611a BGB handelt es sich um ein gesetzliches Verbot. Dagegen verstößt die Kündigung. Sie ist folglich nichtig.
- Kündigte der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer z.B. aus Gründen seiner sexuellen Identität, so gab es vor Einführung des AGG kein Gesetz, das dies ausdrücklich untersagte. § 134 BGB konnte daher nicht angewendet werden. Die Gerichte mussten auf Generalklauseln wie § 1 des Kündigungsschutzgesetzes (sozial ungerechtfertigte Kündigungen) oder - außerhalb des Geltungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes - den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) oder die Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) zurückgreifen. Die Auslegung der Generalklauseln wird durch das Grundgesetz näher bestimmt. Die Rechtsprechung hatte bei der Frage, ob eine Kündigung wegen der sexuellen Identität eines Arbeitnehmers wirksam war, folglich auf Seiten des Arbeitgebers das Grundrecht der Vertragsfreiheit (Kündigungsfreiheit) und auf der Seite des Arbeitnehmers die Rechte auf Achtung der Menschenwürde sowie auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gegeneinander abzuwägen.²¹ Bei dieser Abwägung war der Entscheidungsspielraum des Richters größer, da er Normen anwendete, die weiter waren als § 611a BGB. Die Anforderungen an eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung waren demgemäß nicht so streng wie bei § 611a BGB.²²

4.2. Folgeprobleme

Gäbe es § 2 Abs. 4 AGG nicht, wäre die Rechtslage jetzt eindeutig. Man könnte bei allen ungerechtfertigten Benachteiligungen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes den § 134 BGB in Verbindung mit § 7 AGG (Benachteiligungsverbot) anwenden. In Bezug auf das Geschlecht würde sich dann grundsätzlich nichts ändern.

Durch die Regelung in § 2 Abs. 4 AGG ergeben sich indessen Probleme. Diese können hier nur angedeutet werden:

21 Vgl. BAG v. 23.06.1994 - 2 AZR 617/93 - NZA 1994, 1080.

22 THÜSING in BAUER/THÜSING/SCHUNDER 2006: 777.

- Ist es wegen § 2 Abs. 4 AGG unzulässig, das in § 7 AGG geregelte Verbot der Benachteiligung in Verbindung mit § 134 BGB auf Kündigungen anzuwenden?²³ Die Folge wäre eine Verschlechterung des Schutzes vor geschlechtsbedingt benachteiligenden Kündigungen. Diese könnten jetzt nur noch über die Generalklauseln (§ 242 BGB usw.) für unwirksam erklärt werden. Eine Kündigung könnte leichter gerechtfertigt werden als unter der Geltung des § 611 a BGB (s. o. 4.1.).

Die Anwendung der Generalklauseln würde auch noch aus einem weiteren Grund eine Verschlechterung bewirken. Es war in der Rechtsprechung anerkannt, dass eine Benachteiligung im Sinne des § 611 a BGB auch dann vorlag, wenn neben der Geschlechtsdiskriminierung auch noch andere Gründe für die Maßnahme maßgeblich waren. Ausreichend war es, wenn in einem Motivbündel, das die Entscheidung (z.B. über eine Kündigung) beeinflusst hatte, das Geschlecht als Kriterium enthalten war.²⁴ Grundsätzlich anders ist dies aber nach der herkömmlichen Dogmatik des Kündigungsrechts. So ist z.B. eine ordentliche Kündigung nach § 1 KSchG wirksam, wenn ausreichende Kündigungsgründe vorliegen, wobei insoweit ein objektiver Maßstab gilt. Das Kündigungsrecht trennt folglich scharf zwischen dem (entscheidenden) objektiven Kündigungsgrund und dem (irrelevanten) subjektiven Kündigungsmotiv.²⁵ Im alten Recht war also der Fall denkbar, dass eine Kündigung zwar sozial gerechtfertigt werden konnte, aber trotzdem wegen Versstoßes gegen § 611 a Abs. 1 S. 1 BGB in Verbindung mit § 134 BGB unwirksam war. Verneint man nach der neuen Rechtslage wegen § 2 Abs. 4 AGG die Möglichkeit, § 134 BGB in Verbindung mit § 7 AGG anzuwenden, so ist eine Kündigung, die nicht ausschließlich aus Gründen des Geschlechts erfolgte, jetzt stets wirksam, solange andere (zulässige) Gründe die Kündigung rechtfertigen.²⁶

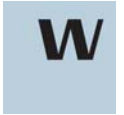
- Ist es überhaupt noch möglich, Diskriminierungen nach den Generalklauseln als unwirksam zu behandeln? Dies wird man allerdings kaum verneinen können. Die Rechtsprechung zu dem Verbot von diskriminierenden Kündigungen ist in

23 Vgl. aber NICOLAI 2006: 54, die den Weg über § 134 BGB in Verbindung mit § 7 AGG für möglich hält. § 7 Abs. 2 AGG dürfte dem nicht entgegenstehen. Vgl. auch BT-Drs. 16/1780, 34: Dort wird der zudem nur deklaratorische Regelungsgehalt des § 7 Abs. 2 AGG auf Klauseln in Individual- und Kollektivverträgen beschränkt, wobei jedoch andere Unwirksamkeits- und Nichtigkeitsgründe durch die Vorschrift nicht berührt werden sollen.

24 BVerfG vom 16.11.1993 - 1 BvR 258/86 - BVerfGE 89, 276; BAG vom 05.02.2004 - 8 AZR 112/03 - NZA 2004, 540, wobei es in beiden Fällen um eine Diskriminierung bei der Einstellung ging.

25 Ständige Rechtsprechung seit BAG vom 02.06. 1960, AP Nr. 42 zu § 626 BGB.

26 Vgl. DILLER/KRIEGER/ARNOLD 2006: 890, die genau diese Schlussfolgerung aus § 2 Abs. 4 AGG ziehen.



Anwendung grundrechtlicher Schutzpflichten entwickelt worden (s.o. 4.1.).²⁷ Es ist zweifelhaft, ob dieser Rechtsprechung durch § 2 Abs. 4 AGG die Grundlage entzogen werden kann.²⁸

Auch europarechtlich bereitet die Bereichsausnahme Schwierigkeiten:

- Nähme man die Generalklauseln als Prüfungsmaßstab für geschlechtsbedingt diskriminierende Kündigungen, so würde sich, wie eben ausgeführt, das Schutzniveau gegenüber der früheren Rechtslage verschlechtern. Verstößt dies gegen das europarechtliche Verschlechterungsverbot? (s.o. 2.)
- Die einschlägige Richtlinie schreibt eine Anwendung des Diskriminierungsverbotes auf Kündigungen vor.²⁹ Ist eine richtlinienkonforme Auslegung aufgrund des eindeutigen Wortlauts überhaupt möglich?³⁰ Verneint man dies:
- Verstößt die Norm gegen den vom EuGH in der Rechtssache *Mangold* entwickelten Gleichbehandlungsgrundsatz? Dann wäre sie unanwendbar und man müsste in Bezug auf diskriminierende Kündigungen europarechtliche Grundsätze anwenden. (s.o. 2.)

Eine gesicherte Aussage darüber, wie sich die Rechtslage bei geschlechtsdiskriminierenden Kündigungen ändert, ist nach dem Gesagten nicht möglich. Wegen der europarechtlichen Problematik könnte auch eine Nachbesserung des § 2 Abs. 4 AGG erforderlich werden.³¹

27 Vgl. BVerfG v. 27.01.1998 -1 BvL 15/87 - BVerfGE 97, 169ff.

28 DÜWELL 2006: Nr. 9.

29 vgl. Art. 3 Abs. 1 RL 2000/78/EG. Hinzuzufügen ist, dass Art. 3 Abs. 1 c) RL 2000/78/EG auch in § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG übernommen wurde und sich in § 10 S. 3 Nr. 6 und 7 AGG ausführliche Vorschriften zu Kündigungen finden.

30 DILLER/KRIEGER/ARNOLD 2006: 890ff. wollen § 2 Abs. 4 AGG richtlinienkonform dahin gehend auslegen, dass die Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs nach § 15 Abs. 2 AGG in den Fällen einer diskriminierenden Kündigung, die nach den Regelungen des allgemeinen und besonderen Kündigungsschutzes wirksam ist, nicht ausgeschlossen ist: Die Kündigung soll wirksam sein, der Arbeitnehmer aber Zahlung einer angemessenen Entschädigung für den erlittenen immateriellen Schaden verlangen können. Dagegen WILLEMSEN/SCHWEIBERT 2006: 2584f.

31 Vgl. aber RCHARDI 2006: 886, der die vom Gesetzgeber gewählte Lösung für richtlinienkonform hält, sofern die Sanktionsregelung dem Kündigungsschutz entnommen werden kann. Es sei ausreichend, aber auch erforderlich, dass der Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot in die Beurteilung einbezogen werde, ob eine ordentliche Kündigung i.S. des § 1 KSchG sozialwidrig sei bzw. bei Nichtgeltung des KSchG als sitten- oder treuwidrig i.S. der §§ 138, 242 BGB zu beurteilen sei. In diesem Sinne auch WILLEMSEN/SCHWEIBERT 2006: 2584.

5. Benachteiligungen und Rechtfertigung (§§ 3, 4, 5, 7, 8 AGG)

5.1. Benachteiligungen

§ 3 AGG enthält in den Absätzen 1 und 2 Legaldefinitionen dafür, wann eine unmittelbare und wann eine mittelbare Benachteiligung vorliegt.

Im Rahmen des § 611a BGB war bereits anerkannt, dass grundsätzlich auch mittelbare Diskriminierungen unter die Vorschrift zu subsumieren waren.³² Freilich lag eine mittelbare Diskriminierung bislang nur vor, „wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren einen *wesentlich höheren Anteil* der Angehörigen eines Geschlechts benachteiligen“.³³ Jetzt wird in § 3 Abs. 2 AGG gefordert, dass die entsprechende Maßnahme Personen, die das jeweilige Diskriminierungsmerkmal aufweisen, im Vergleich zu anderen Personen „*in besonderer Weise*“ benachteiligen *kann*. Ob die Rechtslage durch diese neuen Bestimmungen nur klargestellt wird³⁴ oder ob sie sich ändert, ist noch ungeklärt.³⁵

§ 3 Abs. 1 S. 2 AGG übernimmt lediglich die Rechtsprechung des EuGH, wonach eine ungünstigere Behandlung einer Frau wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft stets eine unmittelbare Benachteiligung wegen ihres Geschlechts ist. Eine richtlinienkonforme Anwendung des § 611a BGB zwang schon nach altem Recht zur Anwendung dieser Rechtsprechung.³⁶

Das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung bei der Entgeltbemessung (bzw. der Grundsatz der Entgeltgleichheit) - früher in § 612 Abs. 3 S. 1 BGB zu finden - ergibt sich nun aus § 7 in Verbindung mit § 2 Abs. 1 Nr. 2 und § 8 Abs. 2 AGG. Inhaltlich ändert sich die Rechtslage nicht, so dass auf die bisherige Rechtsprechung zurückgegriffen werden kann.³⁷

Für den Bereich des Arbeitsrechts ist eine zusätzliche Besonderheit in § 7 Abs. 1 2. Halbsatz AGG zu nennen: Eine Benachteiligung ist auch bei einem nur vermeintlich angenommenen Diskriminierungsmerkmal gegeben. Vergleichbares gab es im Rahmen des § 611a BGB nicht. Die Neuerung wird unterschiedlich bewertet. Teilweise wird sie

32 Vgl. SCHLACHTER 2006: § 611a Rn. 14ff.

33 Vgl. die Definition in Art. 2 Abs. 2 der RL 97/80/EG (Hervorhebung nicht im Originaltext).

34 Vgl. die Stellungnahme zu BT-Drs. 15/4538 von Thüsing, Ausschuss-Drs. 15(12) 440-(C), 3, in der er anführt, dass eine Definition der unmittelbaren Diskriminierung in § 611a BGB zwar fehlte, gleichwohl die Rechtsprechung in der Sache aber von dieser Definition, die der Richtlinie 2000/78/EG entstammt, ausging.

35 ANNUB 2006: 1631f.

36 Vgl. SCHLACHTER 2006: § 611a Rn. 12f. mit weiteren Nachweisen insbesondere zur Rechtsprechung des EuGH.

37 Vgl. RICHARDI 2006: 886f.

ausdrücklich begrüßt, da diese Form der Benachteiligung in der Praxis immer wieder festgestellt werde.³⁸ Andere meinen, die Norm erfasse schwierige Grenzfälle, die vom Gesetzgeber nicht geregelt werden müssten.³⁹

Gemäß **§ 3 Abs. 3 und 4 AGG** gelten die Belästigung und die sexuelle Belästigung als Benachteiligung im Sinne des AGG, wenn die weiteren Voraussetzungen des jeweiligen Absatzes erfüllt sind. Im BSchG wurde bisher nur der Begriff der sexuellen Belästigung definiert. Dieser wird nun mit einigen Abänderungen⁴⁰ in § 3 Abs. 4 AGG näher erläutert. Im Hinblick auf andere Belästigungen gab es bisher noch keine expliziten Bestimmungen.⁴¹

5.2. Rechtfertigungsmöglichkeiten

Relevant sind bei Benachteiligungen wegen des Geschlechts nur die Rechtfertigungsmöglichkeiten in §§ 5 und 8 AGG. Rechtfertigungsfähig ist nur eine unterschiedliche Behandlung. Demzufolge können Belästigungen und sexuelle Belästigungen nicht gerechtfertigt werden. Dies war im Rahmen des BSchG nicht anders. Eine Besonderheit gibt es bei der Rechtfertigung von mittelbaren Diskriminierungen. Durch den 2. Halbsatz des § 3 Abs. 2 AGG wird die bisherige Rechtsprechung kodifiziert, wonach schon tatbestandlich keine mittelbare Benachteiligung vorliegt, wenn ein sachlicher Grund die Ungleichbehandlung rechtfertigt und die eingesetzten Mittel erforderlich und angemessen sind.⁴² Auf die strengeren Rechtfertigungstatbestände der §§ 5 und 8 AGG kommt es also bei mittelbaren Diskriminierungen in der Regel nicht an.

5.2.1. § 5 AGG

Eine in § 611a BGB nicht geregelte Rechtfertigungsmöglichkeit ist § 5 AGG. Danach ist eine unterschiedliche Behandlung auch zulässig, wenn durch bestimmte Maßnahmen bestehende Nachteile wegen des Geschlechts (oder eines anderen in § 1 AGG genannten Grundes) ausgeglichen oder verhindert werden sollen. Nicht nur der Gesetzgeber sondern auch Arbeitgeber, Tarifvertrags- und Betriebspartner sollen tätig werden. Früher war umstritten, ob solche freiwilligen Fördermaßnahmen durch § 611a BGB verboten

38 Vgl. z.B. die Stellungnahme zu BT-Drs. 15/4538 von „Leben ohne Rassismus - Netzwerk der Antidiskriminierungsbüros in NRW“, Ausschuss-Drs. 15(12) 435-(16), 2.

39 Vgl. z.B. die Stellungnahme zu BT-Drs. 15/4538 der Arbeitsgemeinschaft Selbstständiger Unternehmer e.V. (ASU), Ausschuss-Drs. 15(12) 435-(9), 6.

40 Vgl. dazu BT-Drs. 16/1780, 33.

41 Vgl. BT-Drs. 16/1780, 23.

42 SCHLACHTER 2006: § 611a Rn. 17.

wurden.⁴³ Die Rechtslage ist insofern jetzt eindeutig. Es existiert bereits einiges an Rechtsprechung zu der Frage, welche positiven Maßnahmen im Einzelnen zulässig sind.⁴⁴

Allerdings wird die Norm von manchen Kommentatoren für verfassungswidrig gehalten, da Art. 3 Abs. 3 des Grundgesetzes (GG) jede Differenzierung - folglich auch die Bevorzugung - aufgrund der dort genannten Merkmale verbiete. Eine Ausnahme gelte nur für die Merkmale Geschlecht (vgl. Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG) und Behinderung (vgl. Art. 3 Abs. 3 S. 2).⁴⁵

5.2.2. § 8 AGG

Hinzuweisen ist auf die textliche Änderung in § 8 Abs. 1 AGG gegenüber § 611a Abs. 1 S. 2 BGB. Während es in § 611a BGB hieß, dass das Geschlecht „unverzichtbare Voraussetzung“ für die auszuübende Tätigkeit sein muss, ist nach § 8 AGG eine unterschiedliche Behandlung zulässig, wenn das Geschlecht (oder ein anderer in § 1 AGG genannter Grund) eine „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt“.

In der Begründung zu dem Gesetzesentwurf aus der 15. Wahlperiode wurde die Meinung vertreten, dass eine solche Änderung eine europarechtlich unzulässige Absenkung des Schutzniveaus bewirken würde.⁴⁶ Nachdem diese Auffassung im Rahmen des Anhörungsverfahrens kritisiert wurde,⁴⁷ heißt es in der aktuellen Gesetzesbegründung, eine Absenkung des Schutzstandards sei nicht zu befürchten.⁴⁸ Zur Begründung wird auf die Auslegung des Merkmals in der Rechtsprechung rekuriert: Das Merkmal „unverzichtbar“ sei ohnehin schon nicht allzu streng interpretiert worden.⁴⁹

Auch wegen des Grundsatzes der richtlinienkonformen Auslegung könnte es bei der bisherigen Rechtsprechung bleiben. Allerdings wird vertreten, dass die Richtlinien eine Absenkung des Schutzniveaus in diesem Punkt nicht verbieten.⁵⁰ Ob es bei der bisher

43 Vgl. SCHLACHTER 2006: § 611a Rn. 18.

44 Vgl. den Überblick in SCHLACHTER 2006: § 611a Rn. 19ff.

45 Stellungnahme zu BT-Drs. 15/4538 von Rieble, Ausschuss-Drs. 15(12) 440-(B), 3.

46 BT-Drs. 15/4538, 32.

47 Vgl. z.B. Stellungnahme zu BT-Drs. 15/4538 des BDA, Ausschuss-Drs. 15(12) 435-(18), 15.

48 BT-Drs. 16/1780, 35.

49 Vgl. Stellungnahme zu BT-Drs. 15/4538 von Rieble, Ausschuss-Drs. 15(12) 440-(B), 4. So hat z.B. das LAG Köln (AuR 1996, 504) das weibliche Geschlecht als unverzichtbar beim Verkauf von Damenbadebekleidung angesehen.

50 Stellungnahme zu BT-Drs. 15/4538 von Thüsing, Ausschuss-Drs. 15(12) 440-(C), 7.

gängigen Definition bleibt, die das BAG für das Merkmal „unverzichtbar“ entwickelt hat,⁵¹ ist daher kaum vorherzusagen.

§ 8 Abs. 2 AGG übernimmt die Regelung des § 612 Abs. 3 S. 2 BGB.

6. Stellenausschreibung (§ 11 AGG)

§ 611b BGB ist in § 11 AGG aufgegangen. Die textlichen Veränderungen sollen keine inhaltlichen Veränderungen nach sich ziehen.⁵²

7. Pflichten des Arbeitgebers (§ 12 AGG)

§ 12 AGG bestimmt Organisations- und Fürsorgepflichten. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, alle erforderlichen Maßnahmen zum Schutz seiner Beschäftigten vor Benachteiligungen zu treffen. Hierzu zählen ausdrücklich auch präventive Maßnahmen gegen Benachteiligungen am Arbeitsplatz. Ähnliche Regelungen gab es früher nur im Rahmen des BSchG (§§ 2 Abs. 1, 4 Abs. 1 BSchG und für den öffentlichen Dienst zusätzlich in § 5 BSchG).

§ 12 AGG wird für die maßgebliche Norm aus der Sicht eines Personalverantwortlichen gehalten. Wichtig für die Praxis sei, dass der Arbeitgeber die Verpflichtung zur Ergreifung vorbeugender Maßnahmen durch eine Schulung seiner Beschäftigten erfüllen kann.⁵³

Hinzuweisen ist schließlich noch auf die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers bei Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot durch andere Beschäftigte (§ 12 Abs. 3 AGG) und Dritte (§ 12 Abs. 4 AGG). Während § 12 Abs. 3 AGG an § 4 Abs. 1 BSchG angelehnt ist, fand sich im bisherigen Recht keine dem § 12 Abs. 4 AGG vergleichbare Bestimmung.

Unklar sind die Auswirkungen der in § 12 Abs. 3 und 4 AGG geregelten Pflichten auf die Ansprüche aus § 15 AGG auf Schadensersatz oder Entschädigung oder aus anderen Rechtsvorschriften. In dem ursprünglichen Gesetzesentwurf aus der 15. Wahlperiode

51 Vgl. BAG v. 12. 11. 1998 - 8 AZR 365/97 - AP BGB § 611a Nr. 16: Danach ist das Geschlecht dann unverzichtbar, „wenn ein Angehöriger des jeweils anderen Geschlechts die vertragsgemäße Leistung nicht erbringen könnte und dieses Unvermögen auf Gründen beruht, die ihrerseits der gesetzlichen Wertentscheidung der Gleichberechtigung beider Geschlechter genügen“.

52 BT-Drs. 16/1780, 36.

53 BAUER in BAUER/THÜSING/SCHUNDER 2006: 776.

wurde ein Verstoß gegen die dort geregelten Fürsorgepflichten in einer eigenen Norm mit einer Entschädigungspflicht des Arbeitgebers sanktioniert.⁵⁴ Dies wurde im Gesetzgebungsverfahren heftig kritisiert.⁵⁵ In dem durch die Beschlüsse des zuständigen Ausschusses in der 15. Wahlperiode abgeänderten Gesetzesentwurf, der in diesem konkreten Punkt mit der jetzigen Gesetzesfassung übereinstimmt, wurde der Paragraph mit der Begründung gestrichen, dass man eine solche Regelung nicht benötige, da die Fürsorgepflicht in § 12 AGG konkretisiert worden sei. Bei ihrer Verletzung hafte der Arbeitgeber daher nach den allgemeinen Bestimmungen.⁵⁶ Die weitere Entwicklung ist jetzt völlig offen.⁵⁷ Wie weit die Haftung des Arbeitgebers gehen wird, muss von Rechtsprechung und Literatur im Einzelnen geklärt werden. Dennoch ist zu konstatieren, dass aufgrund der ausdrücklichen Festlegung der Fürsorgepflichten die Haftung des Arbeitgebers gegenüber der früheren Rechtslage erweitert wurde. In Bezug auf sexuelle Belästigungen gilt das zumindest im Hinblick auf § 12 Abs. 4 AGG.

§ 12 Abs. 5 AGG schreibt vor, das AGG und § 61b Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) im Betrieb bekannt zu machen (vgl. vorher § 7 BSchG und Art. 2 Arbeitsrechtliches EG-Anpassungsgesetz⁵⁸).

8. Rechte der Beschäftigten

8.1. Beschwerderecht (§ 13 AGG)

Die Vorschrift ist § 3 BSchG nachgebildet. Sie wird teilweise wegen § 84 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG), der ebenfalls ein Beschwerderecht des Arbeitnehmers vorsieht, für überflüssig gehalten.⁵⁹ Selbst nach der Gesetzesbegründung enthält die Vorschrift keine Neuerung.⁶⁰

8.2. Leistungsverweigerungsrecht (§ 14 AGG)

Zu den Sanktionsmöglichkeiten im AGG zählt das Leistungsverweigerungsrecht in § 14 AGG. Freilich gewährte bereits § 4 Abs. 3 BSchG ein derartiges Recht bei sexuellen

54 Vgl. § 16 des Entwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien (ADG-E) in BT-Drs. 15/4538, 7 u. 36.

55 Vgl. z.B. Stellungnahme zu BT-Drs. 15/4538 von Thüsing, Ausschuss-Drs. 15(12) 440-(C), 9f.

56 BT-Drs. 15/5717, 37.

57 Vgl. z.B. ANNUß 2006: 1635; ausführlich BAUER/EVERS 2006: 893f. sowie WILLEMSSEN/SCHWEIBERT 2006: 2590.

58 BGBl. I. 1994, 1406, 1412.

59 Stellungnahme zu BT-Drs. 15/4538 von Rieble, Ausschuss-Drs. 15(12) 440-(B), 6.

60 BT-Drs. 16/1780, 37.

Belästigungen. § 14 AGG erweitert den Anwendungsbereich aber zusätzlich auf Belästigungen im Sinne des § 3 Abs. 3 AGG.⁶¹ § 14 AGG sanktioniert - ähnlich dem § 4 Abs. 3 BSchG - Verstöße des Arbeitgebers gegen seine Fürsorge- und Organisationspflichten (§ 12 AGG), indem er dem Beschäftigten das Leistungsverweigerungsrecht dann gewährt, wenn der „Arbeitgeber keine oder offensichtlich ungeeignete Maßnahmen zur Unterbindung einer Belästigung oder sexuellen Belästigung“ getroffen hat.

8.3. Schadensersatz und Entschädigungen (§ 15 AGG)

8.3.1. Alte Rechtslage

Gemäß § 611a Abs. 2, 5 BGB bestand ein verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch allein bei ungerechtfertigten Benachteiligungen bei der Einstellung oder Beförderung. Alle anderen benachteiligenden Vereinbarungen oder Maßnahmen lösten Ersatzpflichten nur aus, wenn die Voraussetzungen anderer Rechtsgrundlagen erfüllt waren (so z.B. Vertragsverletzungen, Persönlichkeitsrechtsverletzungen).⁶² In § 611a Abs. 3 BGB wurde der Entschädigungsanspruch derjenigen Bewerber, die auch bei diskriminierungsfreiem Verfahren den Arbeitsplatz nicht erhalten hätten, auf jeweils höchstens drei Monatsverdienste begrenzt. Entsprechendes galt gem. § 611a Abs. 5 BGB beim beruflichen Aufstieg. In § 611a Abs. 4 BGB war eine Ausschlussfrist zur Geltendmachung der Entschädigungsansprüche geregelt, die an der Länge der im angestrebten Arbeitsverhältnis für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen bestehenden Fristen orientiert war. Die Frist betrug aber mindestens zwei Monate. War eine Frist nicht bestimmt, so dauerte sie sechs Monate. Gem. § 61b ArbGG musste eine Klage auf Entschädigung nach § 611a Abs. 2 BGB innerhalb von drei Monaten, nachdem der Anspruch schriftlich geltend gemacht worden war, erhoben werden.

8.3.2. Neue Rechtslage

Zentrale Norm ist § 15 AGG. Diese unterscheidet zwischen verschuldensabhängigen Schadensersatzansprüchen in Abs. 1 wegen materieller Schäden und verschuldensunabhängigen Entschädigungsansprüchen in Abs. 2 wegen immaterieller Schäden.⁶³ Beide Ansprüche sind nicht mehr auf Einstellung oder Beförderung begrenzt.

61 §14 ADG-E in BT-Drs. 15/4538, 7, umfasste noch sämtliche Benachteiligungen.

62 SCHLACHTER 2006: § 611a Rn. 31.

63 Dem Wortlaut und der Systematik des § 15 AGG ist zwar nicht zweifelsfrei zu entnehmen, dass es sich bei § 15 Abs. 2 AGG um einen eigenständigen verschuldensunabhängigen Anspruch handelt, worauf WILLEMSSEN/SCHWEIBERT 2006: 2589 hinweisen. Im Ergebnis ist dies aber unstreitig.

§ 611a Abs. 3 S. 1 BGB wurde in § 15 Abs. 2 S. 2 AGG übernommen. Dabei handelt es sich um die einzige Höchstgrenze, obwohl im Gesetzgebungsverfahren immer wieder die Forderung nach weiteren Höchstgrenzen laut wurde.⁶⁴ Insbesondere fällt auf, dass es auch keine Haftungsgrenze mehr für den vorher in § 611a Abs. 5 BGB geregelten Fall des beruflichen Aufstiegs gibt. Die Höhe der Ansprüche insbesondere aus § 15 Abs. 1 AGG kann jedoch durch allgemeine arbeits- und zivilrechtliche Instrumentarien begrenzt werden.⁶⁵

§ 15 Abs. 3 AGG enthält ebenfalls ein Novum im Vergleich zu § 611a BGB. Die Regelung privilegiert die Tarifvertragsparteien: Eine Haftung des Arbeitgebers scheidet selbst bei leicht fahrlässiger Diskriminierung aus, wenn der Arbeitgeber kollektivrechtliche Vereinbarungen anwendet. Diese Privilegierung ist auch dann anzuwenden, wenn die Geltung der Tarifverträge nur im Arbeitsvertrag vereinbart worden ist.⁶⁶

Hinsichtlich der Ausschlussfrist gelten jetzt § 15 Abs. 4 AGG und der angepasste § 61b ArbGG. Die Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche nach § 15 Abs. 1 oder 2 AGG sind innerhalb einer Frist von zwei Monaten geltend zu machen, es sei denn die Tarifvertragsparteien haben etwas anderes vereinbart. Aus der Mindestfrist in § 611a Abs. 4 BGB wird dementsprechend eine Maximalfrist, die zudem durch Tarifvertrag noch verkürzt werden kann. § 61b Abs. 1 ArbGG bezieht sich nunmehr auf den Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG. Die 3-Monatsfrist wurde beibehalten. In Bezug auf den Entschädigungsanspruch besteht also eine doppelte Ausschlussfrist.⁶⁷

Ein Anspruch auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses bestand unter der Geltung des § 611a Abs. 2 BGB nicht. Dies hat sich auch nicht geändert (§ 15 Abs. 6 AGG).

8.3.3. Bewertung

Die Norm verbessert die Sanktionsmöglichkeiten bei Diskriminierungen wegen des Geschlechts gegenüber § 611a Abs. 2, 5 BGB durchaus. Es gibt nun bei jeder ungerichtfertigten Benachteiligung wegen des Geschlechts und nicht nur in den Situationen Einstellung und Beförderung einen (grundsätzlich) verschuldensunabhängigen Anspruch auf Ersatz immaterieller Schäden (§ 15 Abs. 2 AGG). Hinzu kommt ein verschuldensabhängiger Schadensersatzanspruch hinsichtlich materieller Schäden (§ 15

64 Stellungnahme zu BT-Drs. 15/4538 von Thüsing, Ausschuss-Drs. 15(12) 440-(C), 8.

65 Zu verschiedenen Möglichkeiten der Begrenzung der Ansprüche vgl. BAUER/EVERS 2006: 895f. und WILLEMSSEN/SCHWEIBERT 2006: 2589.

66 BT-Drs. 16/1780, 38 und RICHARDI 2006: 885.

67 RICHARDI 2006: 886; a.A. BAUER/EVERS 2006: 896, die § 61b Abs. 1 ArbGG auch auf § 15 Abs. 1 AGG anwenden wollen.

Abs. 1 AGG), der bisher nicht explizit geregelt war. Zu den Benachteiligungen zählen auch Belästigungen und sexuelle Belästigungen, wenn sie die Voraussetzungen von § 3 Abs. 3 und 4 AGG erfüllen. Auch insoweit gab es bislang keine ausdrückliche Regelung.

Zwar war auch bisher aufgrund der allgemeinen Regelungen ein verschuldensabhängiger Schadensersatzanspruch wegen Vertragsverletzungen (aus §§ 280 Abs.1, 241 Abs. 2 BGB) oder wegen Persönlichkeitsverletzungen (aus unerlaubter Handlung, § 823 Abs. 1 BGB) bei Ungleichbehandlungen und Belästigungen möglich. Die Neuregelungen erleichtern aber die Rechtsdurchsetzung: Eine explizite Regelung hat Signalwirkung. Rechtsschutzsuchende Bürger werden sich auf eine solche Regelung eher berufen und Gerichte sie eher anwenden.

Es lässt sich ferner prinzipiell festhalten, dass wohl nicht in jedem Verstoß gegen das geschlechtsbedingte Benachteiligungsverbot, wie es jetzt durch das AGG definiert wird, auch schon bisher eine Vertrags- und/oder Persönlichkeitsverletzung zu sehen war (vgl. dagegen jetzt § 7 Abs. 3 AGG). § 15 Abs. 1 und 2 AGG dürfte daher über die bisherige Rechtslage hinausgehen. Unter welchen Voraussetzungen allerdings die „neuen Ansprüche“ aus § 15 Abs. 1 und 2 AGG von der Rechtsprechung im Einzelfall gewährt werden, muss abgewartet werden. So wird beispielsweise schon jetzt vertreten, dass ein Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG wegen immaterieller Schäden nur bei einer „Herabwürdigung“ des Beschäftigten in Betracht komme, was z. B. bei mittelbaren Diskriminierungen regelmäßig zu verneinen sei.⁶⁸ In der Gesetzesbegründung heißt es dagegen, dass ein immaterieller Schaden stets bei einer ungerechtfertigten Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vorliege.⁶⁹

§ 15 AGG ist aber auch unter mehreren Gesichtspunkten problematisch:

- Die Norm bewirkt im Detail Verschlechterungen gegenüber der früheren Rechtslage. Dies gilt für § 15 Abs. 3 und 4 AGG (s.o. 8.3.2.). Ob daraus jedoch die Europarechtswidrigkeit dieser Teile zwingend zu folgern ist, erscheint ungewiss und wurde bisher, soweit ersichtlich, auch nicht thematisiert. Argument könnte hier sein, dass es sich nur um punktuelle Verschlechterungen handelt, die das Schutzniveau insgesamt deswegen nicht absenken, weil es auch Verbesserungen gibt.
- Allerdings wird die Vorschrift aus einem anderen Grund für europarechtswidrig gehalten: Nach der strikten Rechtsprechung des EuGH im Fall

68 Stellungnahme zu BT-Drs. 15/4538 von Thüsing, Ausschuss-Drs. 15(12) 440-(C), 8.

69 Vgl. BT-Drs. 16/1780, 38.

Draehmpaehl muss ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Diskriminierung (damals aufgrund des Geschlechts) verschuldensunabhängig ausgestaltet werden.⁷⁰ Insbesondere § 15 Abs. 3 AGG steht deswegen unter Beschuss.⁷¹

- Es ist fraglich, ob § 15 Abs. 3 AGG nur für Entschädigungen nach § 15 Abs. 2 AGG gilt oder ob zusätzlich Schadensersatzansprüche nach Abs. 1 erfasst sind. Der Wortlaut spricht eher für Ersteres - der Sinn und Zweck der Norm (allgemeine Privilegierung der Tarifvertragsparteien) aber nicht unbedingt.⁷²
- Die fehlende Höchstbegrenzung des Schadensersatzanspruchs nach § 15 Abs. 1 AGG wird von Stimmen in der Literatur kritisch gesehen. Da unklar sei, inwieweit die Rechtsprechung diesen Anspruch begrenzen werde, sei das Prozessrisiko für Arbeitgeber im Augenblick außerordentlich hoch.⁷³
- Die Regelung der Ausschlussfrist (§ 15 Abs. 4 AGG) bezieht sich ausdrücklich nur auf die Absätze 1 und 2. Gemäß § 15 Abs. 5 AGG bleiben Ansprüche gegen den Arbeitgeber unberührt, die sich aus anderen Rechtsvorschriften ergeben. Diese Ansprüche werden also nicht von der Ausschlussfrist erfasst. Sieht man nun in jeder Ungleichbehandlung oder Belästigung zugleich eine Vertragsverletzung und/oder eine unerlaubte Handlung, so läuft die Frist leer.⁷⁴ Man wird also entweder die verschuldensabhängigen Ansprüche aus § 15 Abs. 1 AGG zu den allgemeinen Ansprüchen wegen Vertrags- und Persönlichkeitsverletzungen abgrenzen oder die Anspruchsbeschränkungen des § 15 Abs. 3, Abs. 4 und Abs. 6 AGG sowie des § 61b Abs. 1 ArbGG auch auf diese allgemeinen Schadensersatzansprüche anwenden müssen.⁷⁵

Es ist zu befürchten, dass das Gesetz aufgrund der hier vorgetragenen Probleme in Zukunft noch einmal geändert wird. Die Beispiele haben gezeigt, dass die Rechtsanwendung schwierig ist und Unsicherheiten zu bewältigen sind, was sich auf die Rechtsdurchsetzung sicherlich nicht positiv auswirkt. Auf die Rechtsprechung zu § 611a BGB kann dabei nur mit Einschränkungen zurückgegriffen werden.

70 EuGH v. 22.04.1997 - Rs. C-180/95 - NJW 1997, 1833.

71 THÜSING in BAUER/THÜSING/SCHUNDER 2006: 775; Stellungnahme zu BT-Drs. 15/4538 von Thüsing, Ausschuss-Drs. 15(12) 440-(C), 9.

72 BAUER/EVERS 2006: 897 meinen, dass § 15 Abs. 3 AGG auch bei § 15 Abs. 1 AGG eingreift; a.A. WILLEMSSEN/SCHWEIBERT 2006: 2591.

73 WILLEMSSEN/SCHWEIBERT 2006: 2589.

74 THÜSING in BAUER/THÜSING/SCHUNDER 2006: 775.

75 Für Letzteres BAUER/EVERS 2006: 897; unklar insoweit WILLEMSSEN/SCHWEIBERT 2006: 2591 am Ende.

8.4. Maßregelungsverbot (§ 16 AGG)

Die Vorschrift entspricht in ihrem Grundgedanken dem § 612a BGB oder dem § 5 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG). Beide Normen bleiben neben § 16 AGG unverändert bestehen. Der Schutz wird von § 16 AGG auf Personen ausgedehnt, die den benachteiligten Beschäftigten unterstützen.

9. Antragsrecht des Betriebsrats (§ 17 Abs. 2 AGG)

§ 17 Abs. 2 AGG erweitert die bisherigen Rechte des Betriebsrats.

Die Norm ermöglicht es dem Betriebsrat oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft, grobe Verstöße des Arbeitgebers gegen Vorschriften aus Abschnitt 2 des AGG im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren zu verhindern oder zu beseitigen. Betriebsrat und Gewerkschaft können folglich nicht nur die Einhaltung des (entsprechend § 1 AGG ergänzten) Gleichbehandlungsgrundsatzes aus § 75 BetrVG⁷⁶ sicherstellen, sondern dürfen sich zusätzlich z. B. für die Einhaltung der außerhalb des BetrVG geregelten Arbeitgeberpflichten insbesondere aus §§ 11 und 12 AGG einsetzen.⁷⁷

Auch hier wurden „Last-Minute“ Änderungen auf Wunsch des Bundesrates vorgenommen.⁷⁸ Allerdings handelt es sich im Wesentlichen um Klarstellungen.⁷⁹ Wirklich anders gestaltet sich die Rechtslage nur insoweit, als von der Norm jetzt nur noch solche Betriebe betroffen sind, für die wegen der Betriebsgröße das BetrVG gilt. Das ist selbstverständlich, soweit es den Betriebsrat betrifft: In einem Betrieb mit weniger als fünf Wahlberechtigten, kann kein Betriebsrat existieren. Die Einschränkung hat aber für den Fall Bedeutung, dass in einem solchen Betrieb eine Gewerkschaft vertreten ist. Diese hätte vor der Änderung ein Antragsrecht gehabt.

10. Rechtsschutz

10.1. Beweislast (§ 22 AGG)⁸⁰

Die wiederum auf Wunsch des Bundesrats jetzt beschlossene Fassung des § 22 AGG verwendet nicht mehr die Formulierung des § 611a Abs. 1 S. 3 BGB, wonach der Be-

76 Vgl. den neuen § 75 Abs. 1 BetrVG in BT-Drs. 16/1780, 17.

77 Zu den Problemen, die durch diese neue Norm entstehen vgl. KLUMPP 2006: 904ff.

78 Vgl. die Neufassung des § 17 Abs. 2 AGG in BT-Drs. 16/2022, 6.

79 BT-Drs. 16/2022, 12: Einfügung des Wortes „grogen“ und des Satzes 2.

80 Ausführlich zu dieser Norm GROBYS 2006: 989ff.

schäftigte die Tatsachen, die eine Benachteiligung vermuten lassen, nur *glaubhaft* machen musste. In § 22 AGG heißt es nun, dass der Anspruchsteller *Indizien beweisen* muss, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts (oder eines anderen in § 1 AGG genannten Grundes) vermuten lassen. Laut Gesetzesbegründung wird mit dieser Änderung lediglich die vorher missverständliche Formulierung korrigiert: „Glaubhaft machen“ könne im Sinne des § 294 Zivilprozessordnung (ZPO) missverstanden werden, so dass als Beweismittel möglicherweise auch eine eidesstattliche Versicherung zugelassen werden könne.⁸¹ Es war jedoch schon unter der Geltung des § 611a BGB einhellige Meinung, dass die Formulierung „glaubhaft machen“ nicht auf § 294 ZPO verwies.⁸² Eine Änderung der Rechtslage ist insoweit nicht gegeben.⁸³ Probleme ergeben sich aber aus einem anderen Grund. Um die Problematik darstellen zu können, ist zunächst kurz der Regelungsgehalt der Beweislastregel des § 22 AGG zu erörtern (am Beispiel einer Benachteiligung wegen des Geschlechts):

Ein Benachteiligter muss in einem ersten Schritt dartun, dass er das Diskriminierungsmerkmal Geschlecht in seiner Person erfüllt. Im zweiten Schritt muss er vortragen (und wenn notwendig beweisen), dass eine Benachteiligung erfolgte, das heißt, dass er gegenüber einer anderen Person ungünstig behandelt worden ist. In einem dritten Schritt ist darzulegen, dass diese unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts erfolgte. Für diesen Kausalitätsbeweis reichen Indizien aus, die eine Benachteiligung gerade aus diesem Grunde plausibel erscheinen lassen. Sodann verlagert sich die Beweislast, und der beklagte Arbeitgeber muss den Nachweis führen, dass kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot vorliegt. Das wird regelmäßig bedeuten, dass der beklagte Arbeitgeber nun einen anderen, nicht diskriminierenden Auswahlgrund nachweisen muss.⁸⁴

Schwierigkeiten bereitet jetzt der dritte Schritt. Maßgebend ist die Unterscheidung zwischen den Hilfstatsachen, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen, und der Tatsache, dass eine Benachteiligung gerade wegen des Geschlechts erfolgte. Bei § 611 a Abs. 1 S. 3 BGB genügte es, wenn das Gericht beides für *überwiegend* wahrscheinlich hielt - im Gegensatz zur sonst im Prozessrecht erforderlichen *überzeugenden* Wahrscheinlichkeit.⁸⁵ Das Beweismaß wurde durch § 611 a BGB also abgesenkt. Durch die Neuformulierung des § 22 AGG müssen die Indizien, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen, aber nunmehr *bewiesen* werden, was nur als Vollbeweis (überzeugende Wahrscheinlichkeit) verstanden werden kann. Eine

81 BT-Drs. 16/2022, 13.

82 Vgl. BAG, Urteil vom 5. 2. 2004 - 8 AZR 112/03 - NZA 2004, 540 (543) und SCHLACHTER 2006: § 611a Rn. 28.

83 So auch BT-Drs. 16/2022, 13.

84 WILLEMSSEN/SCHWEIBERT 2006: 2591.

85 BAG, Urteil vom 5. 2. 2004 - 8 AZR 112/03 - NZA 2004, 540 (543); MÜLLER-GLÖGE 2005: Rn. 81f.

derartige Lösung verstößt jedoch gegen die zugrunde liegenden Richtlinien.⁸⁶ Ein Ausweg ist auch hier wieder die richtlinienkonforme Auslegung, die allerdings wegen des Wortlautes schwierig ist. Hinsichtlich der Tatsache, dass eine Benachteiligung gerade wegen des Geschlechts erfolgte, ist auch nach der neuen Formulierung eine überwiegende Wahrscheinlichkeit ausreichend. Insoweit hat sich nichts geändert.⁸⁷

10.2. Unterstützung durch Antidiskriminierungsverbände (§ 23 AGG)

Durch § 23 Abs. 2 AGG wird Antidiskriminierungsverbänden die Möglichkeit eingeräumt in gerichtlichen Verfahren als *Beistände* des Benachteiligten aufzutreten. Unter einem Beistand versteht die ZPO denjenigen, der in der mündlichen Verhandlung neben der anwesenden Partei auftritt, um sie durch Ausführung der Parteirechte zu unterstützen.⁸⁸ Es handelt sich also um eine gegenüber einem Prozessbevollmächtigten abgeschwächte Stellung.⁸⁹ In dieser Neuregelung - etwas Ähnliches gab es bislang noch nicht - wird ein weiteres Instrument zur effektiven Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gesehen.⁹⁰

Die zurzeit noch in § 90 ZPO enthaltene Einschränkung dieser Beistandschaft auf Gerichtsverfahren ohne Anwaltszwang soll im Zuge der Reform des Rechtsberatungsrechts entfallen. Dies soll laut Beschlussempfehlung durch die Neufassung des § 23 Abs. 2 AGG schon vorweg genommen worden sein, da § 23 Abs. 2 AGG keine solche Einschränkung mehr enthalte.⁹¹

§ 23 Abs. 3 AGG regelt die Rechtsberatungsbefugnis der Antidiskriminierungsverbände: Die Verbände dürfen Benachteiligte vor und in einem Gerichtsverfahren beraten und ihnen Hilfe bei der Vorbereitung von Klagen und Schriftsätzen leisten.

Ob die genannten Normen der durch die Richtlinien bestimmten Umsetzungspflicht genügen⁹², wird teilweise angezweifelt.⁹³

86 THÜSING in BAUER/THÜSING/SCHUNDER 2006: 774.

87 GROBYS 2006: 900.

88 MUSILAK 2005: § 90 Rn. 1.

89 Frühere Gesetzesfassungen gingen aber deutlich weiter: § 23 Abs. 3 AGG idF BT-Drs. 16/1780, 11, sah auch ein Auftreten der Verbände als Prozessbevollmächtigte vor; in § 24 Abs. 4 ADG-E gab es sogar die Möglichkeit einer Anspruchsabtretung (vgl. BT-Drs. 15/4538, 9).

90 BT-Drs. 16/1780, 48.

91 BT-Drs. 16/2022, 14.

92 Vgl. die Erwägung 29 der Richtlinie 2000/78/EG: „Opfer von Diskriminierungen wegen der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung sollten über einen angemessenen Rechtsschutz verfügen. Um einen effektiveren Schutz zu gewährleisten, sollte auch die Möglichkeit bestehen, dass sich Verbände oder andere juristische Personen unbeschadet der nationalen Verfahrensordnung bezüglich der Vertretung und Verteidigung vor Gericht bei einem

Zu beachten ist, dass der Satz, der § 11 Abs. 1 ArbGG angefügt wurde,⁹⁴ aufgrund einer „Textpanne“⁹⁵ nicht angepasst wurde. In den erstinstanzlichen arbeitsgerichtlichen Verfahren dürfen die Antidiskriminierungsverbände daher auch als *Vertreter* der Benachteiligten auftreten.⁹⁶

11. Antidiskriminierungsstelle

Schließlich ist noch auf die §§ 25 ff. AGG zu verweisen. Der Schutz vor Benachteiligungen soll durch die Antidiskriminierungsstelle des Bundes zusätzlich ausgebaut werden. Eine vergleichbare Stelle gab es bisher nicht.

Zu den Aufgaben der Antidiskriminierungsstelle gehört es auch, Personen, die der Ansicht sind wegen eines verpönten Diskriminierungsmerkmals benachteiligt worden zu sein, bei der Durchsetzung ihrer Rechte zu unterstützen (§ 27 Abs. 2 AGG).

12. Änderungen in anderen arbeitsrechtlichen Gesetzen

Einige Änderungen in anderen Gesetzen wurden bereits oben unter 8.3.2. und 10.2. erwähnt (§§ 11, 61b ArbGG).

Das arbeitsrechtliche EG-Anpassungsgesetz wurde aufgehoben. Es enthielt im Wesentlichen nur den oben unter 6. erwähnten Art. 2.

§ 75 Abs. 1 BetrVG, § 67 Abs. 1 Bundespersonalvertretungsgesetz, § 8 Abs. 1 Bundesbeamtengesetz und § 27 Sprecherausschussgesetz bezogen sich bereits nach früherem Recht auch auf das Geschlecht.

Die Änderungen im Bundesgleichstellungsgesetz sind lediglich redaktioneller Natur.

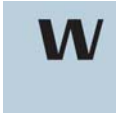
entsprechenden Beschluss der Mitgliedstaaten im Namen eines Opfers oder zu seiner Unterstützung an einem Verfahren beteiligen.“

93 DÜWELL 2006: Nr. 8.

94 BT-Drs. 16/1780, 17.

95 BECK-AKTUELL-REDAKTION 2006.

96 Vgl. ANNUß 2006: 1636.



13. Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt in Bezug auf Frauen

Es ist nicht möglich zum jetzigen Zeitpunkt gesicherte Prognosen abzugeben. In der Diskussion stehen sich zwei Argumentationsmuster gegenüber:

Auf der einen Seite wird argumentiert, dass die Unternehmen durch zusätzlichen Organisations-, Dokumentations- sowie Begründungsaufwand belastet werden. Wegen der damit verbundenen erhöhten Kosten werden negative Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt befürchtet.⁹⁷ Diese Auswirkungen dürften jedoch nicht geschlechtsspezifisch sein.

Auf der anderen Seite soll durch das Gesetz ein Arbeitsmarkt geschaffen werden, der die soziale Eingliederung fördert.⁹⁸ Zwar gab es im deutschen Recht schon seit einiger Zeit Normen, die dieses Ziel in Bezug auf das Geschlecht verfolgten, so dass man argumentieren könnte, die Auswirkungen des Gesetzes in Bezug auf die Eingliederung von Frauen seien eher zu vernachlässigen. Dem lässt sich aber Folgendes entgegenhalten: Das AGG schafft, wie oben erläutert, auch bei Benachteiligungen wegen des Geschlechts völlig neue Instrumente zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und erweitert die alten Rechtsschutzmöglichkeiten. Den Arbeitgebern wird bereits jetzt nahe gelegt, sich nicht darauf zu verlassen, dass das AGG ein ähnliches Schattendasein wie § 611 a BGB oder das BSchG führen wird.⁹⁹ Ein weiterer Punkt ist hinzuzufügen. Ausweislich der Gesetzesbegründung kommt das Geschlecht bei allen übrigen Diskriminierungsmerkmalen verstärkend hinzu: „Geringere Chancen auf dem Arbeitsmarkt und die höchsten Risiken, benachteiligt zu werden, haben Frauen mit Migrationshintergrund, Frauen mit Behinderung und ältere Frauen. Ganz offensichtlich wirken alle Merkmale geschlechtsspezifisch.“¹⁰⁰ Durch die Aufnahme weiterer verbotener Diskriminierungsmerkmale im AGG soll deshalb insgesamt auch eine Verbesserung des Zugangs der Frauen zum Arbeitsmarkt bewirkt werden.¹⁰¹

97 Vgl. z.B. die Stellungnahmen zu BT-Drs. 15/4538 des BDA, Ausschuss-Drs. 15(12) 435-(18), 2, des Deutschen Industrie- und Handelskammertags, Ausschuss-Drs. 15(12) 435-(5), 3f. und des Hauptverbandes des Deutschen Einzelhandels e.V. (HDE), Ausschuss-Drs. 15(12) 435-(6), 3.

98 Vgl. Erwägungsgrund 8 der Richtlinie 2000/43/EG.

99 ANNUß 2006: 1636.

100 BT-Drs. 16/1780, 24.

101 Vgl. auch Ergänzungsgrund 14 der Richtlinie 2002/73/EG: „In Anbetracht der aktuellen Situation und unter Berücksichtigung der Erklärung 28 zum Vertrag von Amsterdam sollten die Mitgliedstaaten in erster Linie eine Verbesserung der Lage der Frauen im Arbeitsleben anstreben.“

14. Literaturverzeichnis

ANNUß, Georg (2006). Das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht. Betriebs-Berater (BB) 61 (30) 1629-1636.

BAUER, Jobst-Hubertus; THÜSING, Gregor; SCHUNDER, Achim (2006). Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz - Alter Wein in neuen Schläuchen? Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 23 (14) 774-778.

BAUER, Jobst-Hubertus; EVERS, Malte (2006). Schadensersatz und Entschädigung bei Diskriminierung - Ein Fass ohne Boden?. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 23 (16) 893-898.

BECK-AKTUELL-REDAKTION (2006). Textpanne macht Nachbesserung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes erforderlich. beck-online becklink 186184 <http://rsw.beck.de/bib/default.asp?vpath=%2Fbibdata%2Freddok%2FHFP%2E10%2F186184%2Ehtm&ha=Y-300-Z-becklink-N-186184> [abgerufen am 17.08.2006].

DILLER, Martin; KRIEGER, Steffen; ARNOLD, Christian (2006). Kündigungsschutzgesetz plus Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz - Sind Arbeitnehmer in Zukunft doppelt vor Kündigungen geschützt? Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 23 (16) 887-892.

DÜWELL, Franz Josef (2006). Das AGG – Ein neuer Versuch zur Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien in das Arbeitsrecht. Juris PraxisReport-Arbeitsrecht (jurisPR-ArbR) 28 Anmerkung 7. Saarbrücken: Juris.

GROBYS, Marcel (2006). Die Beweislast im Anti-Diskriminierungsprozess. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 23 (16) 898-904.

HERDEGEN, Matthias (2005). Europarecht. München: Beck.

KLUMPP, Steffen (2006). § 23 BetrVG als Diskriminierungsanktion?. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 23 (16) 904-906.

MÜLLER-GLÖGER, Rudi (2005). Kommentierung zu § 611a Bürgerliches Gesetzbuch. In: Rebmann, Säcker, Rixecker (Hrsg.). Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 4. München: Beck.

MUSILAK, Hans-Joachim (2005). Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz. München: Franz Vahlen.

NICOLAI, Andrea (2006). Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz - AGG in der anwaltlichen Praxis. Bonn: Deutscher Anwaltverlag.

A blue square logo containing the white letter 'W'.

PREIS, Ulrich (2006). Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht - Der Fall „Mangold“ und die Folgen. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 23 (8) 401-410.

RICHARDI, Reinhard (2006). Neues und Altes - Ein Ariadnefaden durch das Labyrinth des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 23 (16) 881-887.

SCHLACHTER, Monika (2006). Kommentierung zu § 611a Bürgerliches Gesetzbuch. In: Dieterich; Müller-Glöge; Preis; Schaub (Hrsg.). Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht. München: Beck.

WILLEMSEN, Heinz-Josef; SCHWEIBERT, Ulrike (2006). Schutz der Beschäftigten im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz. Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 59 (36) 2583-2592.