

# 10 Jahre Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz aus gleichstellungspolitischer Perspektive

## Micha Klapp

Mitglied der djb-Kommission Arbeits-, Gleichstellungs- und Wirtschaftsrecht, Rechtsanwältin, Berlin

## Dr. Stefanie Porsche

Mitglied der djb-Kommission Arbeits-, Gleichstellungs- und Wirtschaftsrecht, Freiberuflerin, Berlin

Am 18. August 2016 ist das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) zehn Jahre alt geworden. Sein Ziel ist es, Benachteiligungen von Menschen wegen des Geschlechts, der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen. Das AGG hat einige gesetzliche Regelungen zur Bekämpfung von geschlechtsspezifischer Diskriminierung abgelöst, einige wurden 2006 erstmals verankert. Doch führte das tatsächlich zu einer Verbesserung der rechtlichen Situation von Frauen? Der folgende Beitrag fokussiert einzelne Aspekte, um dieser Frage nachzugehen und zeigt Reformbedarf auf.

### 1. Geschlechtsspezifische Diskriminierung

Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ist eine soziale Realität und im Zusammenhang mit dem AGG eine häufig auftretende Ungleichbehandlung. Das zeigen zum einen die Beratungsanfragen der Antidiskriminierungsstelle des Bundes aber auch die anderer Beratungs- und Antidiskriminierungsstellen sowie eine Analyse der veröffentlichten Gerichtsentscheidungen der letzten zehn Jahre.<sup>1</sup> Weit überwiegend handelt es sich bei veröffentlichten Entscheidungen mit Bezug zum AGG um solche aus dem Arbeitsrecht. Daraus geht hervor, dass die Kategorien Alter, Geschlecht und Behinderung – in dieser Reihenfolge – am häufigsten vertreten sind. Deutlich wird jedoch auch, dass Klagen im Zusammenhang mit der Kategorie Geschlecht häufig im Rahmen diskriminierender Stellenausschreibungen auch von Klägern geführt wurden. Das AGG wird damit unstreitig genutzt, um Recht zu mobilisieren. Es ist jedoch empirisch genauer zu untersuchen, wer seine Rechte mobilisiert und welche Ansprüche geltend gemacht werden bzw. welche gerade nicht.

### 2. Geschlecht als Kategorie

In § 1 AGG ist das Geschlecht als Kategorie genannt. Probleme ergeben sich dann, wenn eine Person nicht eindeutig einem Geschlecht zugeordnet werden kann bzw. bei der Frage, wann eine Person Trans\* oder Inter\* im Sinne des AGG ist. Der Europäische Gerichtshof (EuGH)<sup>2</sup> rechnet die unterschiedliche Behandlung von jedenfalls Transsexuellen dem Merkmal des Geschlechts und nicht dem der sexuellen Orientierung zu, sodass sich für Benachteiligungen Transsexueller die unionsrechtlichen Maßstäbe aus der Richtlinie 2006/54/EG ergeben.<sup>3</sup> Dem folgt

auch das Bundesarbeitsgericht (BAG), wenn es feststellt, dass Transsexualität als solche nicht zu den in § 1 AGG genannten Gründen, an die das Benachteiligungsverbot in § 7 Abs. 1 AGG anknüpft, gehört.<sup>4</sup> Sie kann jedoch sowohl im Rahmen des in § 1 AGG angeführten Grundes „Geschlecht“ als auch des Grundes „sexuelle Identität“ i.S.v. § 1 AGG von Bedeutung sein. Das AGG erfasst somit in der in § 1 AGG genannten Kategorie „Geschlecht“ auch Diskriminierungen von Trans\*- und Inter\*Menschen. Trans\*Menschen werden unabhängig davon, ob lediglich der Wunsch besteht, sich dem empfundenen Geschlecht auch biologisch anzugleichen, oder ob bereits Veränderungen des Namens und der biologischen Merkmale vorgenommen wurden, von der Kategorie „Geschlecht“ erfasst.<sup>5</sup>

### 3. Mehrfachdiskriminierung

Mit dem AGG wurde erstmals die Frage der Mehrfachdiskriminierung als eine Kombination einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts mit einer oder mehreren in § 1 AGG ebenso genannten Kategorien geregelt. Die Arbeitsgerichte haben sich allerdings bisher nur selten mit der Frage des Vorliegens einer Mehrfachdiskriminierung nach § 4 AGG befasst.<sup>6</sup> Die Regelung meint, dass bei mehrfacher Diskriminierung eine Rechtfertigung isoliert für jeden Grund des § 1 AGG zu prüfen ist. Gerechtfertigt ist eine Mehrfachdiskriminierung nur dann, wenn für jeden Diskriminierungsfall eine eigene Rechtfertigung vorgebracht werden kann.

Aus Geschlechterperspektive wird die Mehrfachdiskriminierung dann relevant, wenn eine Diskriminierung nicht nur aufgrund des Geschlechts, sondern auch auf z.B. die Kategorien ethnische Herkunft und/oder Religion zurückzuführen ist. Eine Mehrfachdiskriminierung liegt etwa vor, wenn eine Frau bei der Arbeit das aus religiösen Gründen gewünschte Kopftuch nicht tragen darf. Sie ist dann wegen ihrer Religion, häufig

- 1 Beratungsanfragen der ADS zum Arbeitsleben, Diskriminierung im Bildungsbereich und im Arbeitsleben, Zweiter Gemeinsamer Bericht der Antidiskriminierungsstelle des Bundes und der in ihrem Zuständigkeitsbereich Beauftragten der Bundesregierung und des Deutschen Bundestages, 2013, S. 182 ff.; zu Beratungsanfragen bei anderen Beratungs- und Antidiskriminierungsstellen zum Arbeitsleben, S. 193 ff.
- 2 EuGH, Urt. v. 30.4.1996 – Rs. C-13/94 – (P v. S and Cornwall County Council) – Slg. 1996, I-2143, Rn. 21.
- 3 VG Frankfurt, Urt. v. 3.12.2007 – 9 E 5697/06 – juris Rn. 53.
- 4 BAG, Urt. v. 17.12.2015, 8 AZR 421/14, juris Rn. 30.
- 5 MüKo-Thüsing, § 1 AGG, Rn. 57; Plett, ZESAR 2004, S. 303–308; anders die amtliche Begründung, BT-Drs. 15/4538 S. 28 sowie verschiedene Stimmen in der Literatur, Wank, Beilage NZA Heft 22/2004, S. 20; Wendeling-Schröder, FS Schwerdtner, S. 276.
- 6 In den genannten Fällen klagte die Betroffene eine Entschädigung ein, da sie sich wegen ihres Alters, der ethnischen Herkunft und ihres Geschlechts benachteiligt sah.

auch wegen ihrer ethnischen Zugehörigkeit, aber auch wegen des Geschlechts benachteiligt (Kleidervorschriften gibt es fast nur für Frauen).<sup>7</sup> Eine Mehrfachdiskriminierung kann auch dann vorliegen, wenn eine Wohnung nicht an eine Frau mit Behinderung aus eben diesem Grund vermietet wird, und die Wohnungsbaugesellschaft zudem annimmt, sie gehe als Frau schlechter mit ihrer Behinderung um als Männer.<sup>8</sup> In den wenigen veröffentlichten Entscheidungen stellten die Arbeitsgerichte fest, dass die von der Klägerin wiederholt angesprochene Kategorie der „Mehrfachdiskriminierung“ bzw. die „intersektionelle“ Benachteiligung keine eigenständige Bedeutung hat, sondern lediglich die Diskriminierung wegen mehrerer gemäß § 1 AGG unzulässiger Kriterien beschreibt,<sup>9</sup> lehnten darüber hinaus eine Mehrfachdiskriminierung ab.<sup>10</sup> In der Praxis zeigt sich, dass Rechtsanwält\_innen sowie Richter\_innen nach wie vor Schwierigkeiten mit der Konzeption der Mehrfachdiskriminierung haben. Ein Ergebnis der Evaluation des AGG ist daher, dass bei der Anwendung des AGG, insbesondere bei der Bemessung der Entschädigung, das Problembewusstsein für mehrdimensionale Diskriminierungen geschärft werden muss.<sup>11</sup> Denn wird eine Mehrfachdiskriminierung festgestellt, wirkt sich das in der Regel auf die Höhe der Entschädigung aus. § 4 AGG enthält zwar nichts zur Rechtsfolgenseite. Klar ist jedoch, dass bei der Bemessung der Entschädigung die Intensität der Diskriminierung in ihrer Vielfältigkeit zu berücksichtigen ist. Ungeachtet der komplexen Struktur der mehrdimensionalen Diskriminierung sollten Indizien daher in einem Gerichtsprozess entsprechende Berücksichtigung finden, sodass die im AGG geregelte Mehrfachdiskriminierung sichtbar wird und für betroffene Frauen die Wirkung entfalten kann, die sie nach dem Willen des Gesetzgebers entfalten sollte.

#### 4. Sexualisierte Belästigung<sup>12</sup>

Der Anwendungsbereich des Verbots der sexualisierten Belästigung wird in § 3 Abs. 4 AGG, dessen Definition an Art. 2 Abs. 1 d) RL 2006/54/EG angelehnt ist, mit dem Verweis auf § 2 Abs. 1 Nr. 1-4 AGG auf das Arbeitsrecht beschränkt.<sup>13</sup> In der Folge ist § 3 Abs. 4 AGG nicht auf den Zivilrechtsverkehr und auch nicht auf Studierende an Hochschulen<sup>14</sup> anwendbar.

Dieses Ergebnis ist zum einen mit Blick auf die Richtlinie 2004/113/EG,<sup>15</sup> deren Umsetzung das AGG ebenfalls dient, für den Bereich des Zivilrechts problematisch.<sup>16</sup> Denn sexualisierte Belästigung ist nach dieser Richtlinie ausdrücklich auch außerhalb des Arbeitsmarktes neben der diskriminierenden Belästigung verboten.<sup>17</sup> Zum anderen sind Studierende an öffentlich-rechtlichen wie auch an privaten Hochschulen zwar vom sachlichen Anwendungsbereich des AGG erfasst (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 AGG „Bildung“). Für sie bedarf es jedoch eines Rückgriffs auf das Verbot der Benachteiligung wegen Belästigung nach § 3 Abs. 3 AGG.<sup>18</sup> § 3 Abs. 3 AGG bezieht sich auf „unerwünschte Verhaltensweisen, die mit einem in § 1 genannten Grund [also z.B. dem Geschlecht] in Zusammenhang stehen [und] bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird. Die Anforderungen an die Erfüllung des Tatbe-

stands sind insofern höher als im Fall der sexualisierten Belästigung, als hier zusätzlich zur Würdeverletzung ein feindliches Umfeld geschaffen sein muss; bei § 3 Abs. 4 ist dies lediglich ein Beispielfall der Würdeverletzung.<sup>19</sup>

Da eine Rechtfertigung oder Begründung für die genannten Beschränkungen nicht ersichtlich ist, bedarf es einer Nachbesserung des Bundesgesetzgebers in Form der Erstreckung des Anwendungsbereichs des § 3 Abs. 4 AGG über den Bereich Arbeit und Beschäftigung hinaus.<sup>20</sup>

#### 5. Positive Maßnahmen

Die Umsetzung des Konzepts der positiven Maßnahmen ist 2006 in § 5 AGG (Art. 3 RL 2006/54/EG) erfolgt und wird von Antidiskriminierungsstellen begrüßt.<sup>21</sup> Da § 5 AGG als Rechtfertigungsgrund für eine Benachteiligung u.a. wegen des Geschlechts konzipiert ist, kommt damit implizit zum Ausdruck, dass in jeder „Positiven Maßnahme“ auch eine Benachteiligung derer zu sehen ist, die nicht von ihrem Geltungsbereich erfasst werden.<sup>22</sup> Dies ist jedoch nicht zwangsläufig der Fall und greift mit Blick auf die Rechte der Beschäftigten, deren Chancengleichheit, Teilhabe oder Anerkennung die jeweilige Maßnahme fördern soll, auch zu kurz.<sup>23</sup> Darin kommt zugleich

7 Däubler, in: Däubler/Bertzach, AGG, § 4 Rn. 6.

8 Schrader/Schubert, in: Däubler/Bertzach, AGG, § 3 Rn. 102.

9 LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 4.5.2016 – 6 Sa 419/15 – juris Rn. 83.

10 LAG Köln, Urt. v. 24.2.2016 – 11 Sa 1038/14 – juris Rn. 19 ff. mangels objektiver Eignung; LAG Baden-Württemberg, Urteil v. 15.1.2016 – 19 Sa 27/15 – juris Rn. 107 ff. erforderlicher Kausalzusammenhang liegt nicht vor; ablehnend ebenso LAG Nürnberg, Urt. v. 27.11.2015 – 3 Sa 99/15 – juris Rn. 55 ff. keine hinreichenden Indizien; ebenfalls ablehnend LAG Hamburg, Urt. v. 18.3.2015 – 6 Sa 39/14 – juris Rn. 61 ff. mangels objektiver Eignung; ebenfalls ablehnend LAG Hamm, Urt. v. 4.2.2014 – 7 Sa 1026/13 – juris Rn. 102 ff.

11 Berghahn/Klapp/Tischbirek, Evaluation des AGG, erstellt im Auftrag der ADS, 2016, S. 53 ff.

12 In § 3 Abs. 4 AGG heißt es „sexuelle Belästigung“. Der Begriff „sexualisierte Belästigung“ soll demgegenüber zum Ausdruck bringen, dass es dabei nicht um Sexualität, sondern um gesellschaftliche Machtverhältnisse geht. Dazu Baer, Würde oder Gleichheit, Baden-Baden, Nomos 1995.

13 Broy in: Herberger/Martinek/Rüßmann u.a., jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 3 AGG Rn. 56.

14 Ausführlich Kocher/Porsche, Sexuelle Belästigung im Hochschulkontext – Schutzlücken und Empfehlungen, Expertise erstellt im Auftrag der ADS, 2015, S. 15 ff.

15 Richtlinie 2004/113/EG vom 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, Abl. EU L 373/37.

16 Ausführlich dazu v. Roetteken, AGG, § 2 Rn. 374 sowie Eggert-Weyand, in: Rust/Falke, AGG, § 2 Rn. 69. Zweifel an der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Differenzierung Bauschke, AGG, § 3 Rn. 15.

17 Art. 4 Abs. 3 RL 2004/113/EG: „Belästigung und sexuelle Belästigung im Sinne dieser Richtlinie gelten als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und sind daher verboten.“

18 Kocher/Porsche, Fn. 14, S. 15 ff. (19).

19 Ebenso v. Roetteken, AGG, § 2 Rn. 372. Ausführlich dazu Kocher/Porsche, Fn. 14, S. 16 f.

20 Für den Bereich der Hochschulbildung vgl. Kocher/Porsche, Fn. 14, S. 52.

21 Vgl. Berghahn/Klapp/Tischbirek, S. 63 f.

22 So etwa Colling in: Herberger/Martinek/Rüßmann u.a., jurisPK-BGB, 8. Auflage 2017, § 5 AGG, Rn. 9.

23 Zu den Zielen des Konzepts Porsche, Bedeutung, Auslegung und Realisierung des Konzepts der positiven Maßnahmen nach § 5 AGG im unionsrechtlichen Kontext, Baden Baden, Nomos 2016, S. 257 ff.

eine starke Verknüpfung des Konzepts der positiven Maßnahmen mit Frauenquoten als „Positive Ausgleichsmaßnahmen“ zum Ausdruck, die die Rechtsprechung in den letzten 30 Jahren maßgeblich beschäftigt haben.<sup>24</sup> Aufgrund eben dieser Verknüpfung konnte sich § 5 AGG bislang nicht in der Weise entfalten, die der Wortlaut der Regelung bereits vorgibt (ebenso Art. 157 Abs. 4 AEUV auf den Art. 3 RL 2006/54/EG ausdrücklich verweist). Normativ sind danach nicht nur Maßnahmen zulässig, mit denen bestehende Nachteile ausgeglichen werden können, sondern auch Maßnahmen, die Nachteile zukünftig verhindern können.<sup>25</sup> Insoweit interagiert § 5 AGG mit der Arbeitgeberpflicht in § 12 Abs. 1 und 2 AGG. Der Arbeitgeber hat danach die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligungen zu treffen, diese also bereits zu verhindern. Dies kann nur erreicht werden, wenn proaktiv gehandelt wird und nicht erst reaktiv bei Eintritt von Diskriminierungen. Diese proaktive Verpflichtung setzt strukturell an und ist nicht optional.<sup>26</sup> Auch wenn neben dem Gesetzgeber und dem Arbeitgeber die Tarifvertrags- und Betriebsparteien ebenfalls zulässige Akteure nach § 5 AGG sind, fehlt es an konkretisierenden Vorgaben im Gesetz, die jeweils geeigneten Maßnahmen etwa im Rahmen einer Betriebsvereinbarung zu verankern<sup>27</sup> – vergleichbar den Pflichten zum Erlass von Gleichstellungsplänen, die nach dem Bundesgleichstellungsgesetz und den Landesgleichstellungsgesetzen im öffentlichen Dienst zu erstellen sind. „Positive Maßnahmen“ können damit „Positive Pflichten“ gleichkommen und ihrerseits Ansprüche von Beschäftigten begründen.<sup>28</sup>

In der Evaluation zu 10 Jahren AGG wird auf das Erfordernis einer stärkeren Verbindlichkeit des Konzepts der positiven Maßnahmen hingewiesen.<sup>29</sup> Angesprochen ist damit die grundsätzliche Optionalität des Konzepts, d.h. es besteht keine Pflicht zum Erlass bestimmter Maßnahmen. So besteht für Arbeitgeber unstrittig keine Pflicht, eine Geschlechterquote einzuführen. Nichtsdestotrotz ist der Arbeitgeber zur Durchsetzung der Benachteiligungsverbote verpflichtet (s.o.). Auch der Gesetzgeber ist bei bestehenden Ungleichheiten zum Ausgleich derselben verpflichtet. Für „Geschlecht“ folgt dies bereits aus Art. 3 Abs. 2 GG, der diesen auf die Verwirklichung der Geschlechtergleichberechtigung verpflichtet. Ein Instrument zur Erreichung dieses Ziels sind „Positive Maßnahmen“. Dies unterstreicht das Übereinkommen gegen jede Form der Diskriminierung der Frau (CEDAW), das als einfaches Recht gilt und bei bestehenden Benachteiligungen „zeitweilige Sondermaßnahmen“ (Art. 4 Abs. 1) von den Vertragsstaaten zur Durchsetzung materieller Gleichheit einfordert. Das „Ob“ ist damit nicht optional, sondern lediglich das „Wie“.<sup>30</sup>

## 6. Entgeltdiskriminierung

Der vor Inkrafttreten des AGG in § 612 Abs. 3 BGB a.F. ausdrücklich verankerte Anspruch auf gleiches Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeit wurde in das AGG nicht übernommen. In der Praxis führt dies – insbesondere was das Verhältnis zu Art. 157 Abs. 1 AEUV und Art. 4 der RL 2006/54/EG angeht – zu Verwirrung.<sup>31</sup> Allerdings setzt zum einen § 8 Abs. 2 AGG die Geltung des Entgeltgleichheitsgrundsatzes voraus;<sup>32</sup> und

auch der sachliche Anwendungsbereich des AGG bezieht sich nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG ausdrücklich auf Benachteiligungen wegen des Geschlechts in Bezug auf das Arbeitsentgelt. Der Gesetzesbegründung ist zu entnehmen, dass § 8 Abs. 2 AGG den Grundsatz der Entgeltgleichheit aus § 612 Abs. 3 BGB a.F. aufgreife; dies jedoch für alle geschützten Kategorien des AGG.<sup>33</sup> Daher handele es sich bei den §§ 8 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. den §§ 7 Abs. 1, 1 AGG um die Grundlage für Ansprüche auf gleiches Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeit. Das Bundesarbeitsgericht folgt dieser Qualifizierung und prüft einen Anspruch auf gleiches Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeit anhand dieser Normen des AGG.<sup>34</sup> Das primärrechtliche Entgeltgleichheitsgebot nach Art. 157 Abs. 1 AEUV bleibt daneben jedoch anwendbar. Das Entgeltgleichheitsgebot wird ausweislich der in der Datenbank juris dokumentierten Entscheidungen gerichtlich kaum eingeklagt bzw. durchgesetzt. Es bleibt zu wünschen, dass das aktuelle Gesetzgebungsverfahren zur Einführung eines Entgelttransparenzgesetzes Klarheit in den Anspruchsgrundlagen befördert.

## 7. Geltendmachungsfristen

§ 15 Abs. 4 S. 1 AGG sieht für den arbeitsrechtlichen Teil vor,<sup>35</sup> dass Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche innerhalb einer Frist von zwei Monaten geltend gemacht werden müssen.<sup>36</sup> Schon während des Gesetzgebungsverfahrens wurde diese kurze Geltendmachungsfrist auf Seiten der Verbände stark kritisiert. Vor Inkrafttreten des AGG regelte § 611 Abs. 4 a BGB a.F. die Länge der Frist. Die Frist betrug danach mindestens zwei und bis zu sechs Monate.<sup>37</sup> Der djb schlug seinerzeit vor, eine gesetzliche Frist von mindestens sechs Monaten vorzusehen.<sup>38</sup> Zudem sollte der Fristbeginn generell von der Kenntnis der für die Diskriminierung maßgeblichen Umstände abhängig gemacht werden und nicht, wie in § 15 Abs. 4 S. 2 AGG vorgesehen,

24 Zur Rechtsprechung des EuGH zur RL 76/207/EWG und zu Art. 157 Abs. 4 AEUV Porsche, Fn. 23, S. 144 ff.

25 Zum weiteren Ziel der Erleichterung der Berufstätigkeit in Art. 157 Abs. 4 AEUV Porsche, Fn. 23, S. 272 ff.

26 Dazu Porsche, Fn. 23, S. 283 ff., 370 ff.

27 Vgl. Berghahn/Klapp/Tischbirek, S. 62 ff.

28 Dazu Porsche, Fn. 23, S. 347 ff.

29 Vgl. Berghahn/Klapp/Tischbirek, S. 61 ff.

30 Ausführlich Porsche, Fn. 23, S. 222 ff.

31 Vgl. Kocher, ZESAR 2014, 135, 142.

32 ErfK/Schlachter, § 2 AGG Rn. 9.

33 BT-Drs. 16/1780, S. 35.

34 Exemplarisch BAG, Urt. v. 11.12.2007 – 3 AZR 249/06 – juris Rn. 45 = NZA 2008, 532 (535).

35 Zivilrechtliche Ansprüche sind nach § 21 Abs. 5 AGG ebenfalls innerhalb von zwei Monaten geltend zu machen.

36 Ebenso § 61 b ArbGG, wonach eine Klage auf Entschädigung nach § 15 AGG innerhalb von drei Monaten vor dem Arbeitsgericht, nachdem der Anspruch schriftlich geltend gemacht wurde, erhoben werden muss.

37 „Die Länge der Frist bemisst sich nach einer für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen im angestrebten Arbeitsverhältnis vorgesehenen Ausschlussfrist; sie beträgt mindestens zwei Monate. Ist eine solche Frist für das angestrebte Arbeitsverhältnis nicht bestimmt, so beträgt die Frist sechs Monate.“

38 djb, Stellungnahme zum Entwurf eines Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes vom Mai 2006, S. 4, abrufbar unter <https://www.djb.de/Kom/K1/St06-13-AGG/> (zuletzt am 8.1.2017).



mit dem Zugang der Ablehnung im Falle einer Bewerbung oder eines beruflichen Aufstiegs. In den letzten zehn Jahren war die Regelung des § 15 Abs. 4 AGG häufig Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen.<sup>39</sup> Insbesondere der Fristbeginn sowie die Frage, ob die Länge der Frist dem Effektivitäts- und Äquivalenzerfordernis sowie dem unionsrechtlichen Verschlechterungsverbot entspricht, spielten bei der Bewertung eine große Rolle. Nach den Vorgaben des EuGH hat das BAG die Vereinbarkeit der kurzen Ausschlussfristen von zwei Monaten mit EU-Recht bejaht.<sup>40</sup> Auch mit Blick auf die Regelung des § 15 Abs. 4 S. 2 AGG gab es eine Klärung. Die Frist beginnt erst mit Kenntnis der maßgeblichen Tatsachen zu laufen, falls Bewerber\_innen erst nach der Ablehnung von der Diskriminierung erfahren. Der Arbeitgeber trägt die Darlegungs- und Beweislast dafür, wann die Frist in Lauf gesetzt wird.<sup>41</sup> Freilich ist die Zwei-Monats-Frist nicht einzuhalten, wenn ein Erfüllungsanspruch geltend gemacht wird. Das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz<sup>42</sup> entschied dazu, ein Erfüllungs- ist ein Leistungsanspruch und kein Schadensersatzanspruch. Das hat zur Folge, dass für Erfüllungsansprüche aus § 7 Abs. 1 AGG auf die vorenthaltenen Leistungen, die der begünstigten Gruppe gewährt wurden, § 15 Abs. 4 AGG nicht gilt.<sup>43</sup> In dem vom Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz entschiedenen Fall klagte eine Frau wegen geschlechtsbezogener Entgeltdiskriminierung und begehrte eine Nachzahlung von Vergütungs differenzen, die ihr als Frau vorenthalten wurden. Sie verlangte eine Gleichbehandlung mit den männlichen Produktionsmitarbeitern, denen die Arbeitgeberin bei gleicher Tätigkeit aufgrund ihres Geschlechts jahrelang eine höhere Vergütung gezahlt hatte als den Frauen.<sup>44</sup>

Ungeachtet der Frage der Rechtmäßigkeit der Ausschlussfrist zeigt die Rechtspraxis enorme Schwierigkeiten in der Handhabung der zweimonatigen Geltendmachungsfrist. Es stellt sich zunächst die Frage, ob Betroffene überhaupt wissen, dass sie Rechte nach dem AGG haben. Ist dieses Wissen nicht vorhanden, kann das Recht auch nicht effektiv und innerhalb einer bestimmten Frist genutzt werden. Lassen sich Betroffene dann von Antidiskriminierungsverbänden zu ihrer Situation beraten, erfahren sie oft erst sehr viel später, dass sie ihre Entschädigungs- oder Schadensersatzansprüche innerhalb einer bestimmten Frist geltend machen müssen. Hinzu kommt schließlich die Entscheidung, das Recht auch durchsetzen zu wollen. In laufenden Arbeitsverhältnissen besteht die Gefahr, dass sich das Verhältnis zum Arbeitgeber verschlechtert und dass auf die Rechtsdurchsetzung Sanktionen folgen. Das macht die Einführung eines Verbandsklagerechts im AGG für qualifizierte Antidiskriminierungsverbände umso bedeutsamer, da die Rechtsdurchsetzung einzelnen Beschäftigten nicht zuzumuten ist. Dies sollte freilich einhergehen mit einer Prozessstandschaft, um zudem zu ermöglichen, dass Rechte nach dem AGG von anderen als den Betroffenen selbst durchgesetzt werden können.<sup>45</sup>

## 8. Reformbedarf und Fazit

Das AGG hat einiges bewirkt und aus gleichstellungspolitischer Perspektive in den letzten Jahren dazu beigetragen, die Situation von Frauen zu verbessern. Allerdings reichen die

bestehenden gesetzlichen Regelungen bei weitem nicht aus, um Frauen wirksam vor Diskriminierungen zu schützen. Neben Sensibilisierungsmaßnahmen durch Stärkung der Diversity-Kompetenz sämtlicher Personen, die an einem Diskriminierungsprozess beteiligt sind, bleibt rechtspolitisch nach wie vor einiges zu tun. Das hat die aktuelle Evaluation des AGG im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes belegt.<sup>46</sup> Einige Bedenken wurden jedoch auch schon im Rahmen des damaligen Gesetzgebungsprozesses vom djb eingebracht.<sup>47</sup>

Rechtssicherheit konnte zu einigen Fragen durch Gerichte bewirkt werden. Weiterhin bestehende Schutzlücken gilt es zu schließen. Zu nennen sind hier neben der Anpassung des Benachteiligungsverbotes in § 3 AGG an die Rechtsprechung des EuGH zur assoziierten Diskriminierung<sup>48</sup> und zur Rechtsentwicklung bezüglich der angemessenen Vorkehrungen<sup>49</sup> vor allem Nachbesserungen zum Anwendungsbereich der sexualisierten Belästigung. Das Konzept der positiven Maßnahmen in § 5 AGG ist entsprechend seiner normativen Reichweite, insbesondere bezüglich der Ebene zur Verhinderung von Benachteiligungen, verbindlich zu konkretisieren. Die auf den arbeitsrechtlichen Teil Anwendung findende zweimonatige Geltendmachungsfrist nach § 15 Abs. 4 AGG sollte auf sechs Monate verlängert werden. Da sich neben der zu kurzen Geltendmachungsfrist hinsichtlich der gerichtlichen Durchsetzung des Antidiskriminierungsrechts die Beweisfrage als problematisch herauskristallisiert hat, muss zudem die Beweiserleichterung des AGG erweitert werden, was mit einer Konkretisierung der Anforderungen an die Indizien eingehen muss.<sup>50</sup>

- 39 LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21.7.2016 – 5 Sa 412/15 – juris Rn. 36; § 15 Abs. 4 AGG ist auf die Geltendmachung eines Leistungsanspruchs nicht anwendbar; Hess. Verwaltungsgerichtshof, Urt. v. 11.5.2016 – 1 A 1927/15 – juris Rn. 42 wonach die Ausschlussfrist des § 15 Abs. 4 AGG auf den unionsrechtlichen Haftungsanspruch nicht anwendbar ist. Für die Geltendmachung nach § 15 Abs. 4 AGG ist ein unbeziffertes Geltendmachungsschreiben ausreichend, zuletzt ArbG München, Urt. v. 20.10.2015 – 14 Ca 14339/19 – juris Rn. 37; die Schriftform zur Geltendmachung nach § 15 Abs. 4 AGG wird durch Klageerhebung gewahrt, falls die Klage rechtzeitig zugestellt wird, BAG, Urt. v. 22.5.2014 – 8 AZR 662/13 – juris Rn. 9.
- 40 EuGH, Urt. v. 8.7.10 – C-246/09 – (Bulicke) – Rn. 24 ff.; BAG, Urt. v. 15.3.2012 – 8 AZR 160/11 – juris Rn. 27 ff.
- 41 BAG, Urt. v. 15.3.2012 – 8 AZR 160/11, juris Rn. 53 ff.
- 42 LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21.7.2016 – 5 Sa 412/15 – juris Rn. 36.
- 43 BAG, Urt. v. 25.2.2010 – 6 AZR 911/08 – juris Rn. 16; BAG, Urt. v. 30.11.2010 – 3 AZR 754/08 – juris Rn. 23; BAG, Urt. v. 24.9.2009 – 8 AZR 636/08 – juris Rn. 37.
- 44 So auch LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 14.8.2014 – 5 Sa 509/13 – juris Rn. 28; Urt. v. 14.8.2014 – 5 Sa 511/3 – juris Rn. 36; Urt. v. 13.8.2014 – 4 Sa 517/13 – juris Rn. 29.
- 45 Im Einzelnen dazu Berghahn/Klapp/Tischbirek, S. 160 f.
- 46 Berghahn/Klapp/Tischbirek, S. 5 ff.
- 47 djb, Stellungnahme v. 22.6.2006 zum Entwurf eines Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes vom Mai 2006, abrufbar unter <https://www.djb.de/Kom/K1/St06-13-AGG/> (zuletzt 8.1.2017).
- 48 EuGH, Urt. v. 17.7.2008 – C-303/06 – Slg.2008, I-5615 (Coleman).
- 49 Vgl. Porsche, Fn. 23, S. 621 ff.
- 50 Berghahn/Klapp/Tischbirek, S. 156 ff.