

DOI: 10.5771/1866-377X-2023-3-135

Das AGG kommt in die Jahre – Schwächen bei der gerichtlichen Durchsetzung von Ansprüchen nach sexueller Belästigung insbesondere von Geschäftsführer*innen

Ursula Matthiessen-Kreuder

djb-Vizepräsidentin und Rechtsanwältin in Bad Homburg

Nadine Süßmeir

djb-Mitglied in der nichtständigen Kommission Leitbild und Rechtsreferendarin am Landgericht Hanau

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz von 2006 (AGG) kommt in die Jahre. Sein Reformbedarf ist deshalb auch Bestandteil des Koalitionsvertrages im Bund. Die Diskussion über die Begriffsbestimmungen nach § 1 AGG oder die breitere Differenzierung von Diskriminierungstatbeständen hat längst begonnen. Neben der Unabhängigen Bundesbeauftragten für Antidiskriminierung fordert auch der djb eine schnelle und zivilgesellschaftlich Überarbeitung der bisher geltenden gesetzlichen Regelungen.¹

Ein Fokus muss dabei auf der Verbesserung der gerichtlichen Durchsetzung von Ansprüchen liegen. Bei den zuständigen Gerichten landen nur wenige Verfahren wegen sexueller Belästigung am Arbeitsplatz, obwohl nach den Veröffentlichungen des BmFSFJ jede elfte erwerbstätige Person in den vergangenen drei Jahren sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz erlebt hat.² Das sind 9 Prozent aller Arbeitnehmer*innen, davon die deutliche Mehrzahl Frauen.³

Ein Grund für die mangelnde gerichtliche Aufarbeitung von sexueller Belästigung ist die Tatsache, dass sexuelle Belästigung facettenreicher ist als Diskriminierungen zwischen „jung und alt“, die im AGG gleichwertig nebeneinanderstehen.⁴ Es ist für Betroffene ungleich schwerer, eine sexuelle Belästigung vor Gericht zu beweisen, als einen Verstoß wegen Altersdiskriminierung.

In der anwaltlichen Praxis besonders herausfordernd ist die Betreuung von Klägerinnen, die als ordentlich bestellte Organvertreterinnen, in der Regel Geschäftsführerinnen einer GmbH, auf Basis eines Dienstvertrages tätig sind und dann Opfer einer sexuellen Belästigung werden. In dem Maße, wie Frauen zunehmend gesellschaftsrechtlich verantwortliche Positionen einnehmen, steigt die Wahrscheinlichkeit, dass es hier zukünftig auch zu einem Anstieg der Fallzahlen von sexuellen Belästigungen kommen wird.

Hier existieren einige rechtliche Besonderheiten, auf die im Rahmen dieses Beitrages eingegangen wird. Sie stehen zum Teil im Widerspruch zu arbeitsrechtlichen Errungenschaften, die wir auch der europäischen Rechtsprechung verdanken, sodass nach Auffassung der Autorinnen die damit verbundenen Rechtsfragen dringend zu klären sind.⁵ Eine Überarbeitung des AGG ist dafür ein passender Anlass.

Die schwierige Beweislage und § 22 AGG

Für alle Klägerinnen, ob Arbeitnehmerinnen oder Geschäftsführerinnen, gilt gleichermaßen: Die Beweiserleichterung nach

§ 22 AGG hilft den Opfern sexueller Belästigung kaum. Die Begünstigung nach § 22 AGG greift nämlich nur hinsichtlich der Kausalität zwischen Ungleichbehandlung und einem der nach § 1 AGG benannten Diskriminierungsmerkmale.⁶ Die Indizien hat die von der Diskriminierung betroffene Frau zu beweisen.

Die veröffentlichte gerichtliche Kasuistik ist begrenzt. So hat das LAG Rheinland-Pfalz geurteilt, dass eine sexuelle Belästigung im Sinne des AGG vorliegt, wenn der Täter mit dieser Äußerung das Opfer sogleich als „Objekt zur Anregung eigener sexuell geprägter Fantasien“ betrachtet, das Opfer „zum Sexualobjekt degradiert“ und damit dessen Würde verletzt.⁷ In einem anderen Fall hat das BAG abgestellt auf „erkennbar unerwünschtes Verhalten“ des Täters, was für eine sexuelle Belästigung ausreichen soll.⁸ Ein erstinstanzliches Arbeitsgericht führt anerkennend aus, dass die sexuelle Belästigung durch den „ruhigen und nachvollziehbar ohne erkennbare Widersprüche“ gehaltenen Vortrag der Klägerin⁹ belegt sei. Anders urteilte bedauerlicherweise ein Arbeitsgericht in Bayern, das in seinen Urteilsgründen ausführte, dass die Aussagen vom Belästiger nicht über einen fehlgeschlagenen Flirtversuch hinausgehen und „nur sexuell anmaßend“ seien.¹⁰

- 1 „Mehr Fortschritt wagen heißt auch: Mehr Antidiskriminierung wagen! 100 Organisationen fordern eine schnelle und tiefgreifende Reform des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes“ Pressemitteilung des djb vom 25.01.2023, online: [https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/Sonstiges/20230718_AGG_Reform.pdf?__blob=publicationFile&v=5](https://www.djb.de/presse/pressemitteilungen/detail/pm23-03;„Vielfalt, Respekt, Antidiskriminierung“, Grundlagen zur Reform des AGG, vorgelegt von der Unabhängigen Beauftragten für Antidiskriminierung, Juli 2023, online: <a href=) (Zugriff: 21.07.2023).
- 2 Studie der Antidiskriminierungsstelle: Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz betrifft vor allem Frauen, online: <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/aktuelles/alle-meldungen/sexuelle-belaestigung-am-arbeitsplatz-betrifft-vor-allem-frauen--140380> (Zugriff: 14.06.2023).
- 3 Im Folgenden werden rechtliche Aspekte diskutiert, die Frauen als Opfer sexueller Belästigung betreffen.
- 4 Zu der Erkenntnis kommen auch: Bauer/Schunder, Maßnahmen und Pflichten des Arbeitgebers bei sexuellen Belästigungen, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2022, S. 1368.
- 5 Vanessa von Wulfen aus der Kommission Arbeits-, Gleichstellungs- und Wirtschaftsrechtgebührt der herzliche Dank der Autorinnen für ihr kritisches Feedback.
- 6 BAG Ur. v. 29.06.2017 – 2 AZR 302/16, in: NZA 2018, 33 (Rn. 46 ff.); BAG Ur. v. 25.06.2020 – 8 AZR 75/19, in: NZA 2020, 1626 (Rn. 22 ff.); BAG Ur. v. 01.07.2021 – 8 AZR 297/20 in: NZA 2021, 1770 (Rn. 31 ff.).
- 7 LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 18.10.2019, Az 1 Sa 76/19, BeckRS 2019, 31585, Rn. 38.
- 8 BAG, Urteil vom 20.11.2024, Az. 2 AZR 651/13, NZA 2015, S. 294 ff, Rn. 18 m.w.N.
- 9 ArbG Weiden, Urteil vom 16.09.2015, Az. 3 Ca 1939/14, NZA-RR 2016, S. 296 ff, 299.
- 10 Das Verfahren wurde von den Verfasserinnen betreut, ihnen liegen die bislang nicht veröffentlichten Urteilsgründe vor.

Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz findet statt und ein Arbeitsverhältnis bringt es mit sich, dass Arbeitnehmerinnen sich nicht einfach ihren Kollegen entziehen können, wenn diese ihnen gegenüber sexuell aufdringlich werden. Aber auch Geschäftsführerinnen können dies nicht: In dem Organ Geschäftsführung, in das sie berufen wurden, herrschen häufig Männer in teils überkommenen Machtstrukturen und mit überkommenen Machtgebaren. Sexuelle Belästigungen sind auch in einem Geschäftsführungsteam Ausdruck von Macht und Gewalt. Sollte es vorkommen, dass ein Vorsitzender der Geschäftsführung eine Mitgeschäftsführerin nur deshalb auf Basis eines Dienstvertrages beschäftigt, um sich einfacher von ihr zu trennen, wenn seine sexuellen Belästigungen nicht zu dem von ihm gewünschten Erfolg führen,¹¹ dann sollten die Gerichte, die sich damit zu befassen haben, einen institutionellen Rechtsmissbrauch annehmen, den sie grundsätzlich anerkennen.¹²

Bei der anstehenden Überarbeitung des AGG muss also bei der Beweislastregelung des § 22 AGG auch auf die Bedeutung dieser Machtverhältnisse eingegangen werden.

Der Rechtsweg als Hürde

Nach dem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff werden anders als im nationalen Verständnis auch GmbH-Geschäftsführer als Arbeitnehmer qualifiziert.¹³ Diese Logik hat der BGH 2019 anerkannt,¹⁴ sie findet sich im AGG aus dem Jahre 2006 aber leider nur teilweise wieder. Geschäftsführerinnen können sich auf den Schutz des AGG nach dem aktuellen Wortlaut nur berufen, soweit es um Zugang zur Erwerbstätigkeit oder den beruflichen Aufstieg geht (§ 6 Abs. 3 AGG). Sucht also eine Geschäftsführerin bei Gericht Schutz vor sexueller Belästigung und will sie nach § 15 Abs. 1 Schadensersatz und nach § 15 Abs. 2 AGG Entschädigung verlangen, dann muss sie sich vor Gericht auf die Rechtsprechung des EuGH berufen.

Selbst wenn die belästigte Geschäftsführerin es schafft, aufgrund der europäischen Rechtsprechung ein Gericht von der Anwendbarkeit des AGG in Gänze zu überzeugen, wird sie den Rechtsweg zu den Zivilgerichten suchen müssen. Denn die Regelungen zum Rechtsweg unterliegen nur nationalem Recht¹⁵ und für Geschäftsführerinnen, die auf Basis eines Dienstvertrages tätig sind, sind Arbeitsgerichte im Umkehrschluss zu § 2 Abs. 1 Ziffer 3a) ArbGG nicht zuständig.

Dabei ist die Eröffnung des Weges zu den Arbeitsgerichten unter verschiedenen Aspekten für Opfer sexueller Belästigung erheblich günstiger. Zum einen gilt bei den Arbeitsgerichten ein Beschleunigungsgrundsatz. Gerade bei Vorfällen sexueller Belästigung wird die Geschädigte auch psychisch erheblich belastet. Eine schnelle Aufarbeitung des Verhaltens ist aus Gründen des Opferschutzes besonders geboten. Zum anderen legt § 12a Abs. 1 S. 1 ArbGG fest, dass im Urteilsverfahren der ersten Instanz jede Partei unabhängig vom Ausgang des Verfahrens nur ihre Kosten trägt und nicht noch die entsprechend der geltendgemachten Entschädigung erheblichen Kosten der Gegenseite, falls sie unterliegt. Soll also erreicht werden, dass belästigte Geschäftsführerinnen nicht aus Gründen des Kostenrisikos von einer Klage abgehalten werden, dann muss für

Klagen nach sexueller Belästigung am Arbeitsplatz immer der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten eröffnet werden, zumal bei den Arbeitsgerichten für Fragen des gesamten Arbeitslebens eine höhere Sachkompetenz zu vermuten ist.

Sexuelle Belästigung als Ausdruck eines Machtverhältnisses

Im Rahmen der sogenannten Sic-Non-Kasuistik¹⁶ ist es theoretisch denkbar, dass eine Geschäftsführerin auch vor dem Arbeitsgericht klagen darf. Typischerweise sind Geschäftsführerinnen auf Basis eines Dienst-, und nicht eines Arbeitsvertrages tätig.¹⁷ Ihre Klagen vor dem Arbeitsgericht werden bei ausreichendem Vortrag nur dann für zulässig erachtet, wenn die Organstellung beendet ist¹⁸ und nach dem Vortrag der ehemaligen Geschäftsführerin ihr Vertrag entsprechend § 611a BGB in einer „Gesamtbetrachtung“ zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses einem Arbeitsverhältnis entspricht.

Typisch für ein Arbeitsverhältnis ist das formale Über-Unterordnungsverhältnis der Arbeitgebenden zu ihren Arbeitnehmenden. Gerade bei sexueller Belästigung in der Geschäftsführung spricht vieles dafür, dass die belästigte GmbH-Geschäftsführerin tatsächlich in einem zumindest sozialen Über-Unterordnungsverhältnis zum Belästiger steht, auch wenn dieser formal ihr Kollege und beispielsweise Vorsitzender der Geschäftsführung ist. Denn die sexuelle Belästigung einer Geschäftsführerin durch einen Geschäftsführerkollegen stellt einen erheblichen Verstoß gegen das gesellschaftsrechtliche Konstrukt der kollegialen Unternehmensführung dar. Respekt vor einer Rolle in der Gemeinschaft eines Organs verbietet es, so sollte man meinen, eine Kollegin sexuell zu belästigen und sie zu einem Objekt der eigenen Fantasien herabzuwürdigen. Dazu führt das LAG Mecklenburg-Vorpommern zutreffend aus: *„Es geht darum, die eigene Macht zu demonstrieren und zu zeigen, wer das Sagen hat. Diese Machtausübung ist es, die beim Opfer Angst und Schuldgefühle verursacht. Erst wenn der Machtausübende nicht mehr vor Ort ist und keine Macht mehr ausübt, ist für viele Opfer der Zeitpunkt gekommen, Angst und Schuldgefühle zu überwinden und sich zu offenbaren (...) Sexualität ist das Mittel, das wirkungsvoll eingesetzt werden kann, um Macht auszuüben und zu beweisen.“*¹⁹

11 So eine wesentliche Vermutung in dem von den Verfasserinnen betreuten Fall.

12 BAG, Urteil vom 21.09.2017, Az. 2 AZR 865/16, NZG 2018, S. 550 ff, 553 (Rn. 45).

13 Dazu ausführlich Boemke: Aktuelles zum GmbH-Geschäftsführer aus arbeitsrechtlicher Sicht, *Recht der Arbeit (RdA)* 2018, S. 1 ff.

14 BGH, Urteil vom 26.03.2019, Az. II ZR 244/17, NJW 2019, S. 2086 ff, 2088 (Rn. 25).

15 BAG, Beschluss vom 21.01.2019, Az. 9 AZB 23/18, NZA 2019, S. 490 ff, 492.

16 So das BAG vom 21.01.2019, a.a.O. siehe Fn 14; LAG Düsseldorf, Beschluss vom 12.11.2019, Az. 3 Ta 377/19, NZA-RR 2020, S. 96 ff, 98 (Rn. 23).

17 BAG, Urteil vom 11.06.2020, Az. 2 AZR 374/19, NJW 2020, S. 2824 ff, 2826 (Rn. 26).

18 Wobei es nicht darauf ankommt, ob die Bestellung widerrufen oder das Amt niedergelegt wurde: BAG, Beschluss vom 21.01.2019, RdA 2019, S. 312 ff, 314.

19 LAG Mecklenburg-Vorpommern, Beschl. v. 05.03.2020 – 5 TaBV 9/19, in: NZA-RR 2020, S. 419 (Rn. 67 ff.) m.w.N.

Diese Annahme ist nach Auffassung der Autorinnen richtig und entspricht einer zutreffenden Würdigung der Gesamtsituation des Einzelfalls nach § 611a BGB, der zentralen Regelung zur Abgrenzung von Arbeitnehmer*innen zu Nicht-Arbeitnehmer*innen. Die von einem Kollegen sexuell belästigte Geschäftsführerin muss nach Auffassung der Autorinnen zu einer vor den Arbeitsgerichten klagebefugten Arbeitnehmerin werden, die nicht nur im Ausnahmefall begründet klagt. Auch dies ist bei der Überarbeitung des AGG zu berücksichtigen.

Haftung einer Gesellschaft für den Belästiger

Für den Fall, dass die Belästigung von einem weisungsabhängigen Arbeitnehmer ausgeht, hat sich im Falle belästigter Arbeitnehmerinnen folgende Handlungsanforderung und Zurechnung für die Arbeitgebenden entwickelt: § 12 Abs. 3 AGG sieht vor, dass im Fall einer sexuellen Belästigung die Schutzmaßnahmen des Arbeitgebers erforderlich und angemessen sein müssen, und benennt Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung als mögliche Sanktionen. Waren die ergriffenen Maßnahmen nicht ausreichend, um weitere sexuelle Belästigungen zu unterbinden, kann der Arbeitgeber nach § 15 Abs. 1 und 2 AGG von der belästigten Person auf Schadensersatz und Entschädigung in Anspruch genommen werden.

Der Arbeitgeber ist für eine einmalige sexuelle Belästigung durch einen seiner Arbeitnehmer in der Regel nicht haftbar, weil dieser mit der belästigenden Handlung von seinem delegierten Aufgabenbereich abweicht und somit kein innerer Zusammenhang zu den übertragenen Aufgaben aus dem Arbeitsverhältnis mehr besteht, so die allgemeine Überzeugung. Aus diesem Grund kommt eine Zurechnung des Verhaltens der belästigenden Person zum Arbeitgeber regelmäßig nicht in Betracht. Nach einem „Erstverstoß“ begründet § 12 Abs. 3 AGG nur Handlungspflichten des Arbeitgebers. Verletzt er diese, weil er keine ausreichenden Maßnahmen zum Schutz vor sexueller Belästigung ergreift, haftet er verschuldensunabhängig für einen Zweitverstoß des Arbeitnehmers.²⁰

Belästigt allerdings ein Mitglied der Geschäftsführung die Geschäftsführungskollegin, so muss bereits der Erstverstoß für eine Haftung der Gesellschaft als Arbeitgeberin ausreichen. Die Gerichte sehen das bislang anders. In dem Urteil, das den Verfasserinnen vorliegt,²¹ heißt es: „Selbst wenn dem CEO selbst die Handlungen vorzuwerfen sind, so übte er diese nicht in Erfüllung, sondern nur bei Gelegenheit der von der Beklagten aufgetragenen Tätigkeit aus.“ Dieses Gericht, das damit der Rechtsprechung anderer Gerichte zum Nichtvorliegen der Voraussetzungen eines „Erfüllungsgehilfen“ folgt,²² verkennt dabei die besondere Stellung eines Vorsitzenden einer Geschäftsführung, der wie kein anderer das Gesicht der Gesellschaft prägt. Er repräsentiert den Dienstherrn oder Arbeitgeber. Für ein Mitglied der Geschäftsführung sollte ein Unternehmen schon bei einem Erstverstoß der sexuellen Belästigung haften. Auch dies wäre bei einer Überarbeitung des AGG ausdrücklich zu regeln.

Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang an die enge Verknüpfung von sexueller Belästigung mit Machtausübung und -gefälle. Unternehmen und Arbeitgeber, die Personen, die se-

xuell belästigen, in Führungspositionen bringen, wo sie ihre belästigenden Praktiken meinen aufgrund ihrer Machtposition ausüben zu können, haben schlicht und einfach die falschen, persönlich und charakterlich ungeeigneten Personen in diese Leistungspositionen befördert. In einer Zeit, in der gerade die Beherrschung umfassender Soft-Skills zu den Grundlagen der Personalführung gehört und in jedem Seminar oder Assessment Center im Fokus steht, muss eine derartige Fehlbesetzung als eindeutiges Auswahlverschulden qualifiziert werden. Auch dies wäre bei Gelegenheit in einem neu gefassten AGG zu vertiefen.

Zusammenfassung

Bedauerlicherweise bestehen weiterhin erhebliche Schwierigkeiten, sich vor Gericht erfolgreich wegen einer sexuellen Belästigung durchzusetzen. Die Zahl der ausgerichteten Fälle ist gering, die Zugangshürden offensichtlich hoch. Die Beweiserleichterung nach § 22 AGG hilft nicht immer, weil einige Gerichte weiterhin der Überzeugung sind, dass sich die Betroffenen nicht über „Flirtversuche“ beschweren sollen. Dieser Kampf gegen etablierte Vorurteile ist von den Betroffenen kaum zu gewinnen. Besonders schwer haben es beruflich erfolgreiche Frauen, wenn sie als Geschäftsführerinnen arbeiten und in dieser Rolle einen Geschäftsführerdienstvertrag haben, also nach bisher herrschender Auffassung keine Arbeitnehmerinnen sind. Sie profitieren nur unter erschwerten Bedingungen vom besonderen Schutz des AGG und können nicht vor Arbeitsgerichten klagen. Eine deutliche Verbesserung ihrer Position zum Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz wäre wünschenswert und notwendig, um dem positiven Trend, dass Frauen in Führungspositionen sind, Rechnung zu tragen. Zudem besteht eine massive Lücke bei der Haftung der Gesellschaft für das Fehlverhalten eines Belästigers, der auch der Geschäftsführung angehört. Hier sollte die Gesellschaft stärker in Haftung genommen werden. Sie muss Verantwortung tragen, wenn Führungspersonal ein massiver Verhaltensverstoß wie im Falle einer sexuellen Belästigung angelastet werden kann.

20 Krieger/Deckers: #metoo – Was tun beim Vorwurf sexueller Belästigung am Arbeitsplatz?, in: NZA 2018, S. 1161 (1164).

21 Siehe Fn. 10.

22 ArbG Frankfurt, Urteil vom 29.10.2021, Az. 7 Ca 194/21, BesckRS 2021, 43901, Rn. 34.