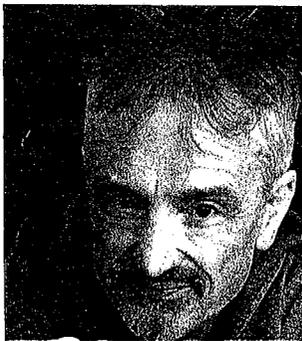


Fünf Thesen – fünf Gegenthesen – Wer überzeugt Sie?

Bietet das AGG effektiven Rechtsschutz?

Die CCOO Entscheidung des EuGH vom 14.5.2019 hat nicht nur das Arbeitszeitrecht maßgeblich beeinflusst. Vielmehr wird seitdem auch vermehrt auf rechtsdogmatischer Ebene darüber diskutiert, in welchem Umfang die europäische Grundrechtscharta trotz Richtlinienkonkretisierung gerichtliche Gestaltungsspielräume eröffnet. Auch im Kontext des AGG nehmen entsprechende Diskussionen daher wieder an Fahrt auf. Diese Debatte haben die Kollegen RA FA ArbR *Michael Tsalaganides* aus Hamburg und RA FA Arb *Dr. Steffen Krieger* aus Düsseldorf zum Anlass genommen, vorliegend die folgenden fünf Thesen und Gegenthesen zu verfassen, die sie jeweils mit einem Eingangsstatement einleiten.



Michael Tsalaganides ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Fachanwalt für Sozialrecht. Er ist Partner der „Hamburger Kanzlei“ RAe Paul, Boubaris, Tsalaganides in Hamburg. Regelmäßig vertritt er Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Diskriminierungsklagen. Bundesweite Presseresonanz erfuhr beispielsweise ein von ihm begleitetes Verfahren, in dem einem deutschen Mitarbeiter nach der Heirat einer Chinesin wegen Sicherheitsbedenken von seinem deutschen Arbeitgeber gekündigt worden war.

„Anhand der Beispiele aus meiner Praxis stelle ich vor allem fest, dass insbesondere in Fällen der Rückkehr aus der Elternzeit mittelbare Diskriminierungen an der Tagesordnung sind. Denn die Arbeitszeitsouveränität von Frauen gegenüber Männern ist häufig noch immer eingeschränkt, weil sie vielfach weiterhin überwiegend den Hauptteil der familiären Sorgearbeit leisten. In der gerichtlichen Entscheidungsfindung findet dies jedoch kaum Berücksichtigung.“



Dr. Steffen Krieger ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Partner bei Gleiss Lutz in Düsseldorf. Er ist Mitautor eines Kommentars zum AGG und vertritt Arbeitgeber in Rechtsstreitigkeiten wegen angeblicher Diskriminierung. Meist betrifft dies nach seiner Schilderung Führungskräfte, die bei Schwierigkeiten im Arbeitsverhältnis lange Ketten von Vorfällen aus der Historie des Arbeitsverhältnisses bauen, die belegen sollen, dass ein Fehlverhalten des Arbeitgebers wegen eines Merkmals in § 1 AGG vorliegt.

„Nach meiner beruflichen Erfahrung gibt es leider immer noch viele Fälle, in denen das AGG missbräuchlich benutzt wird, um andere Ziele durchzusetzen. Einige meiner schwierigsten und langwierigsten Fälle „verdanke“ ich dem AGG. Das verdeckt den Blick darauf, dass die (wenigen) echten Unrechtsfälle von Diskriminierungen ein ernstes gesellschaftliches und arbeitsrechtliches Problem sind. Hierauf sollte der Fokus liegen.“

5 Thesen, warum effektiver Rechtsschutz derzeit nach dem AGG nicht gegeben ist

1. Die Beweislastumkehr des § 22 AGG sollte bereits dann ausgelöst werden, wenn Gründe für und gegen die Kausalität einer Benachteiligung als gleichwertig anzusehen sind.

Die Rechtsprechung legt die beschränkte Beweislastumkehr entgegen Wortlaut und Schutzzweck zu restriktiv aus. Es reicht bislang nicht aus, wenn Indizien eine Diskriminierung möglich erscheinen lassen. Vielmehr muss eine überwiegende Wahrscheinlichkeit vorliegen, dass einer der verbotenen Diskriminierungsgründe ursächlich für die Benachteiligung war. Da die Diskriminierung in den Köpfen der Menschen erfolgt, in die man nicht hineinschauen kann, dürfen die Anforderungen nicht überspannt werden.

Sicherlich kann man über einzelne Entscheidungen streiten, z.B. die jüngste des BAG zum Entgelttransparenzgesetz. Entgegen der herrschenden Auffassung hat das BAG (politisch und wertungsmäßig korrekt) wohl verhindern wollen, dass dieses Gesetz lediglich zu mehr Transparenz und nicht zur Gleichbehandlung führt.

2. Entschädigungen nach § 15 Abs. 2 AGG sind tendenziell zu moderat, die wirtschaftlichen Verhältnisse der Diskriminierenden sollten angemessener berücksichtigt werden.

Anders als das BAG stellt der BGH bereits auf den Jahresumsatz und den Jahresüberschuss eines Unternehmens ab. Auch vor dem Hintergrund der Ansätze in der DSGVO scheint dies geboten.

3. Entgegen der Regelung des § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG sollten die außergerichtlichen Kosten entsprechend § 91 Abs. 1 ZPO erstattungsfähig sein.

Jedenfalls sollten Anwaltskosten als Schaden nach § 15 Abs. 1 AGG anerkannt werden, wenn der Arbeitgeber schuldhaft diskriminiert. Wiederholtes Beispiel aus unserer Praxis: Kündigung einer bekanntermaßen Schwangeren.

Sofern keine Rechtsschutzversicherung greift oder PKH nicht funktioniert, müssen die Anwaltsgebühren im Arbeitsrecht noch von den erstrittenen Entschädigungen

5 Gegenthesen, warum das AGG ausreichenden Rechtsschutz gegen Diskriminierung gewährleistet

1. Das BAG legt die Beweiserleichterung in § 22 AGG (zu) großzügig aus und lässt selbst Umstände für die Beweislastumkehr ausreichen, die nach der Lebenserfahrung keine überwiegende Wahrscheinlichkeit für eine Diskriminierung begründen.

Ein Mitarbeiter in der Personalabteilung übersieht den Hinweis auf die Schwerbehinderung des Bewerbers und leitet die Bewerbung deshalb nicht an die Schwerbehindertenvertretung weiter. Auf einen entsprechenden Auskunftsanspruch der Arbeitnehmerin nach dem Entg-TranspG teilt der Betriebsrat (zutreffend) mit, der Median der Vergleichsgruppe liege EUR 300 über dem Entgelt der Arbeitnehmerin. In beiden Fällen besteht nach der Lebenserfahrung keine überwiegende Wahrscheinlichkeit für diskriminierendes Handeln des Arbeitgebers. Und trotzdem wendet das BAG in beiden Fällen § 22 AGG an und sieht die Vermutung für eine Diskriminierung als erfüllt an.

2. Die abschreckende Wirkung von Entschädigungen nach § 15 Abs. 2 AGG hängt nicht von der Höhe des zu zahlenden Betrags ab.

Große Unternehmen fürchten vor allem die Reputationschäden, die mit dem Vorwurf einer Diskriminierung verbunden sind. Von den Gerichten zugesprochene Entschädigungen haben deshalb unabhängig von den Vermögensverhältnissen des Arbeitgebers abschreckende Wirkung. Höhere Entschädigungsbeträge würden nur falsche Anreize für Missbrauch durch AGG-Hopper setzen.

3. Der Grundsatz des § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG, nach dem außergerichtliche Kosten nicht erstattungsfähig sind, erleichtert Klagen wegen Diskriminierung.

Prozesskostenrecht ist keine Einbahnstraße. Mit Erstattungschancen sind immer auch Erstattungsrisiken verbunden. Würde § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG im Anwendungsbereich des AGG nicht gelten, müssten Arbeitnehmer, die glauben, diskriminiert worden zu sein, befürchten, bei nicht erfolgreicher Geltendmachung von Ansprüchen für die außergerichtlichen Kosten des Arbeitgebers aufkommen zu müssen. Das würde deutlich mehr abschrecken als die Aussicht, im Erfolgsfall einen

gezahlt werden. Dies führt im Zusammenwirken mit den unter Ziffer 1) und 2) genannten Gründen dazu, dass ich Mandanten grundsätzlich abräte, sich gegen eine Diskriminierung zu wehren.

4. Die in § 15 Abs. 4 AGG bestimmte Ausschlussfrist von zwei Monaten ist zu kurz und sollte auf 3 Monate entsprechend den Grundsätzen zu vertraglichen Ausschlussfristen angepasst werden.

Diskriminierungsopfer sind oft traumatisiert und benötigen Zeit, die Persönlichkeitsverletzung zu verarbeiten. Dies gilt insbesondere für Opfer sexueller Diskriminierung. Zudem müssen die Diskriminierten sich noch über ihre Rechte beraten lassen. Anschließend haben sie abzuwägen, ob ein ggf. kosten- und zeitintensiver Rechtsstreit gegen den Arbeitgeber geführt werden soll, der erheblich belasten und das existenzsichernde Arbeitsverhältnis gefährden kann.

5. Eine Änderung der gesetzlichen Bestimmungen sollte zur Schließung von Schutzlücken verschuldensunabhängige Entschädigungszahlungen des Arbeitgebers vorsehen, wenn faktisch weisungsbehaftete Dritte Beschäftigte diskriminieren.

Eine Haftung für Dritte (z.B. Geschäftspartner) ist derzeit nur bei einer Organisationspflichtverletzung möglich. Dies passt nicht zu § 15 Abs. 2 AGG, der kein Verschulden voraussetzt. Gerade wenn im Graubereich der Vermittlung selbstständiger Tätigkeiten / Arbeitnehmerüberlassung das fachliche Weisungsrecht von Dritten ausgeübt wird, entstehen für die Betroffenen Wertungswidersprüche, die inhaltlich nicht zu begründen sind.

Teil der erstrittenen Entschädigung an den eigenen Anwalt abführen zu müssen.

4. Zwei Monate sind mehr als genug Zeit, um zu entscheiden, ob ein Anspruch wegen Diskriminierung geltend gemacht werden soll.

Auch eine Kündigung kann persönlich schwer belastend sein. Trotzdem muss hier sogar innerhalb von drei Wochen Klage erhoben werden. Vorschriften, die wie § 15 Abs. 4 AGG dafür sorgen, dass innerhalb überschaubarer Fristen Rechtsklarheit herrscht, haben einen hohen Wert für die arbeitsrechtliche Praxis. Längere Fristen würden diesen Wert mindern und dazu führen, dass Unterlagen mit personenbezogenen Daten, die ggf. für die Verteidigung gegen eine Diskriminierungsklage benötigt werden, länger aufbewahrt werden müssen.

5. Arbeitgeber sind nicht für alles haftbar zu machen, Schadensersatz und Entschädigung nach § 15 Abs. 1 und 2 AGG haben den Zweck, Personen zu kompensieren, denen Unrecht zugefügt wurde.

Soweit der Arbeitgeber dafür eine (Mit)Verantwortung trägt, weil er keine ausreichenden Maßnahmen ergreift, um gegen Diskriminierungen im Betrieb vorzugehen (§ 12 Abs. 3 und 4 AGG), haftet er zu Recht. Soweit ihm kein eigener Handlungsbeitrag vorzuwerfen ist, wäre eine Haftung sachlich nicht gerechtfertigt. Ein Betrieb ist keine rechtlich unerwünschte Risikoquelle, die eine von eigenem Handeln unabhängige Gefährdungshaftung begründen könnte.

Wem von beiden ist aus Ihrer Sicht eher zuzustimmen?

Welche Aspekte überzeugen Sie vor allem?

Welche Erfahrungen haben Sie in Ihrer eigenen anwaltlichen Praxis insoweit gemacht?

Wenn Sie Mitglied der AG sind, werden Sie demnächst Gelegenheit haben, zu den obigen Thesen und Gegenthesen im Mitgliederbereich der AG kurz Position beziehen zu können. Dazu in Kürze mehr.