

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 48/10
6 Sa 158/09
Landesarbeitsgericht
Schleswig-Holstein

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
22. Juni 2011

URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22. Juni 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Volz und Burr für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 23. Dezember 2009 - 6 Sa 158/09 - wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten um einen Entschädigungsanspruch der Klägerin 1
wegen Diskriminierung aufgrund ihrer Rasse und ihrer ethnischen Herkunft.

Die im ehemaligen Jugoslawien geborene und muttersprachlich kroatisch 2
sprechende Klägerin war von Juni 1985 bis Dezember 1990 und ist seit dem 1. Januar 1992 ununterbrochen bei der Beklagten und deren Rechtsvorgängerin beschäftigt. Sie ist als Reinigungskraft und als Vertretung der Kassenkkräfte im Schwimmbad der Beklagten eingesetzt. Über die erforderliche Kassensbefugnis verfügt die Klägerin seit mehr als 14 Jahren.

Im ersten Quartal 2006 forderte der Betriebsleiter des Schwimmbades 3
(*teilweise auch als Abteilungsleiter Bäder bezeichnet*) N die Klägerin auf, einen Deutschkurs in der Volkshochschule auf eigene Kosten und außerhalb der Arbeitszeit zu besuchen. Dies lehnte die Klägerin ab, erklärte sich aber bereit, einen Sprachkurs zu absolvieren, wenn die Beklagte die Kosten hierfür übernimmt. Hierzu war die Beklagte nicht bereit.

Mit Schreiben vom 18. Mai 2006, welches der Klägerin am 22. Juni 4
2006 übergeben worden ist, verpflichtete der Geschäftsführer der Beklagten die Klägerin, die Anmeldung zu einem Deutschkurs nachzuweisen. Auszugsweise lautet das Schreiben:

„aufgrund Ihrer unzureichenden Deutschkenntnisse kommt es immer wieder zu Problemen in der Verständigung mit Kollegen, Vorgesetzten und Kunden. Es ist nicht möglich, Sie aufgabengerecht einzusetzen, wenn Sie

Sachverhalte nicht verstehen, geschweige denn deuten können.

Sie werden hiermit verbindlich verpflichtet, uns unverzüglich die Anmeldung für einen Deutschkurs nachzuweisen, wobei wir gerne bei der Auswahl behilflich sein werden.

Diese Kurse werden immer wieder bei allen Volkshochschulen, auch der an Ihrem Wohnort, angeboten. Die Organisation und Anmeldung führen Sie bitte selbst durch; die Bescheinigung legen Sie bitte der Personalabteilung vor.“

Nach Rückkehr der Klägerin aus dem Urlaub am 17. Juli 2006 fanden am 2. August, am 10. August und am 15. August 2006 weitere Gespräche hinsichtlich des geforderten Deutschkurses statt. Während des Gesprächs vom 15. August 2006 wurde der Klägerin der Entwurf einer Abmahnung wegen der bislang unterlassenen Anmeldung zu einem Deutschkurs zum Durchlesen vorgelegt. 5

Vom 18. August 2006 bis zum 14. September 2006 war die Klägerin arbeitsunfähig erkrankt. Sowohl am 15. September 2006 als auch am 18. September 2006 fanden weitere Gespräche hinsichtlich des geforderten Deutschkurses statt. In der zeitlichen Folge war die Klägerin vom 19. September 2006 bis zum 12. Oktober 2007 arbeitsunfähig erkrankt. 6

Am 20. Oktober 2007 erhielt die Klägerin eine Abmahnung wegen der unterlassenen Anmeldung zu einem Deutschkurs, welche ihr bereits im Entwurf am 15. August 2006 vorgelegt worden war, mit folgender Ergänzung vom 19. Oktober 2007: 7

„Die vorstehende Abmahnung, ursprünglich datiert auf den 17.08.2006, konnte Ihnen aufgrund Ihrer Langzeiterkrankung nicht zeitnah ausgesprochen werden.

Leider müssen wir feststellen, dass sich an den abzumahnenden Tatsachen auch nach über einem Jahr nichts grundlegendes geändert hat. Weder haben sich Ihre Deutschkenntnisse verbessert, noch haben Sie uns einen Nachweis vorgelegt, der Ihre derzeitige oder erfolgreich abgeschlossene Teilnahme an einem geeigneten Deutschkurs belegt. Da wir bei Ihnen keine Verhaltensänderung feststellen können, halten wir auch aus heutiger

Sicht die Abmahnung für zwingend geboten.“

Mit Schreiben ihres damaligen Rechtsanwalts Dr. S vom 27. November 2007 ließ die Klägerin die Beklagte auffordern, die Abmahnung aus der Personalakte zu entfernen und die in der Abmahnung enthaltenen Äußerungen zu widerrufen. Auch ließ die Klägerin darauf hinweisen, dass sie durch die Aufforderung, einen Deutschkurs zu belegen, aufgrund ihrer Nationalität diskriminiert sei.

8

Auf dieses Schreiben erwiderte die Beklagte am 31. Januar 2008 wie folgt:

9

„Sehr geehrter Herr Dr. S,

hiermit teile ich Ihnen mit, dass zur Vermeidung einer gerichtlichen Auseinandersetzung die gegen Ihre Mandantin, Frau K, gerichtete Abmahnung mit dem heutigen Tage aus der Personalakte entfernt worden ist. Dies geschieht nicht zuletzt auf Grund der formalrechtlichen Problematik, die in einer Aufrechterhaltung der Abmahnung liegen würde.

Gestatten Sie mir gleichwohl folgende Hinweise:

Ihre Mandantin ist nicht nur Reinigungskraft im Hallenbad, sondern gleichermaßen Kassen- und Servicekraft am Empfang des Hallenbades der Ko GmbH. Dass sie deshalb in der Lage sein muss, sich auf Deutsch zu verständigen, liegt auf der Hand. Das Problem liegt darin, dass Frau K - im Unterschied zu früher - ihre Sprachkompetenz in einem Umfang verloren hat, dass die erforderliche Verständigung mit Badegästen nicht mehr ausreichend gesichert ist. Auch die Zusammenarbeit mit Kolleginnen und Kollegen ist durch die Sprachproblematik der Frau K gefährdet.

Ich bitte Sie zu akzeptieren, dass dann - auch in einer Situation, in der Ihre Mandantin tarifrechtlich ordentlich unkündbar ist - Maßnahmen seitens des Unternehmens ergriffen werden. Diese bestanden in der Aufforderung, einen Deutschkursus zu belegen. Die - auch vom Betriebsrat befürwortete - Abmahnung war dabei nicht der erste Schritt, sondern der letzte Schritt nach verschiedensten ‚Diskussionen‘ mit Frau K. Unsäglich finde ich Ihre Schlussfolgerung, dass durch diese Aufforderung die Ko GmbH Ihre Mandantin aufgrund ihrer Nationalität diskriminiert habe. Schließlich wäre auch in dem denk-

baren Fall, dass ein Mitarbeiter deutscher Nationalität sich nicht auf Deutsch verständigen könnte, dieser für die Tätigkeit am Empfang des Hallenbades nicht geeignet. Auch dass es in den vergangenen 20 Jahren keine Beschwerden über Ihre Mandantin gegeben habe, entspricht nicht den Tatsachen. Tatsächlich gab es zunehmend Probleme mit Badegästen und Mitarbeitern wegen der Tatsache, dass die sprachliche Verständigung unter der Inkompetenz der Frau K gelitten hat.

Wir sind weiterhin der Meinung, dass diese sprachliche Verständigungsfähigkeit Grundvoraussetzung des Arbeitsplatzes Ihrer Mandantin ist. Dies bedeutet aus unserer Sicht, dass sie sich auch um die erforderlichen Deutschkenntnisse zu bemühen hat.

Richtig schreiben Sie, dass die Abmahnung nicht sofort erteilt wurde. Dies lag daran, dass sich die Problematik im Ganzen ‚aufgeschaukelt‘ hat und außerdem aus fürsorglichen Gründen davon abgesehen wurde, eine Abmahnung in Abwesenheit der vielfach erkrankten Frau K auszusprechen. Dies war Frau K auch entsprechend mitgeteilt worden.

Vielleicht können Sie, sehr geehrter Herr Rechtsanwalt, auch unabhängig von juristischen Kategorien Ihrer Mandantin klar machen, dass Ihr Arbeitgeber an einer gütlichen und gleichzeitig den Unternehmenszielen dienenden Problemlösung interessiert ist. Dies würde bedeuten, dass Frau K schlicht Ihre Resistenz gegenüber der Sprache des Landes aufgibt, in dem sie sich seit mehr als 25 Jahren aufhält. Wie wir dies hinbekommen, wissen wir bisher nicht. Wir hoffen aber auf eine entsprechende Kooperativität Ihrer Mandantin.

Mit freundlichem Gruß

Ko GmbH

F

Geschäftsführer“

Mit Anwaltsschreiben vom 31. März 2008 ließ die Klägerin unter Hinweis auf die Abmahnung, die Forderung nach einem Deutschkurs und das Schreiben der Beklagten vom 31. Januar 2008 auf das Bestehen einer Diskriminierung wegen ihrer Rasse und ihrer Nationalität hinweisen und forderte die Beklagte zur Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG in Höhe

10

von 15.000,00 Euro auf. Mit der am 30. April 2008 beim Arbeitsgericht eingegangenen vorliegenden Klage verfolgt die Klägerin diesen Anspruch weiter.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Beklagte diskriminiere sie bewusst wegen ihrer Rasse und ihrer ethnischen Zugehörigkeit. Es lägen sowohl benachteiligende Einzelmaßnahmen als auch eine Benachteiligung in Form einer Belästigung im Sinne von § 3 Abs. 3 AGG vor. Die Klägerin hat behauptet, sie sei erstmals am 20. Januar 2004 von dem Betriebsleiter N und von dem Betriebsratsmitglied P aufgefordert worden, einen Deutschkurs zu absolvieren, da sich - angeblich - das von ihr gesprochene Deutsch verschlechtert habe. Diese Aufforderung habe N bis zum Zugang des Auforderungsschreibens vom 18. Mai 2006 am 22. Juni 2006 mindestens dreimal wiederholt. Weder diese erstmalige Aufforderung noch die zeitlich nachfolgenden Aufforderungen seien gerechtfertigt gewesen. Alle ihr übertragenen Aufgaben habe sie stets ausführen können. Beschwerden von Kunden oder Kollegen über fehlende sprachliche Fähigkeiten habe es - zumindest ihr gegenüber - nicht gegeben. Die Klägerin hat bestritten, dass sie Sprachkompetenz verloren habe. Sie hat weiter behauptet, der vierwöchigen Arbeitsunfähigkeit im August 2006 habe eine leichte Depression zugrunde gelegen. Diese Depression sei darauf zurückzuführen, dass sie ständig das Gefühl gehabt habe, jede ihrer Äußerungen werde auf sprachliche Korrektheit hin überprüft. Weiterhin hat die Klägerin vorgetragen, der Betriebsleiter N habe ihr nach Rückkehr aus dieser Arbeitsunfähigkeit im September 2006 die Kassenzuständigkeit entzogen und ihr mitgeteilt, dass sie zukünftig nur noch Kolleginnen während deren Pausen an der Kasse vertreten werde. Diese Demütigung habe stärkere Depressionen ausgelöst, die der Grund für die Erkrankung von September 2006 bis Oktober 2007 gewesen seien. Darüber hinaus hat die Klägerin behauptet, ab Oktober 2007 sei sie als einzige Reinigungskraft in der Spätschicht an zahlreichen Tagen nur noch bis 21:00 Uhr eingesetzt worden. Die zuschlagsberechtigte Arbeit zwischen 21:00 und 22:15 Uhr sei ihr ohne sachlichen Grund teilweise entzogen worden. Die Klägerin hat gemeint, da alle anderen Arbeitnehmer der Beklagten nicht aufgefordert worden seien, einen Deutschkurs zu besuchen, sei nach § 22 AGG von einer

11

Indizwirkung für ihre diskriminierende Benachteiligung durch die Beklagte auszugehen. Bereits aus der mehr als 20 Jahre dauernden beanstandungsfreien Tätigkeit für die Beklagte folge, dass mangelnde sprachliche Fähigkeiten nicht der Grund für die getroffenen Anordnungen und Schikanen sein könnten. Auch die in dem - nach Auffassung der Klägerin beleidigenden - Schreiben der Beklagten vom 31. Januar 2008 verwendeten Formulierungen, wie die der „sprachlichen Resistenz“, belegten, dass es der Beklagten ausschließlich um Angriffe gegen die ethnische Herkunft und Rasse der Klägerin gegangen sei.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

12

die Beklagte zu verurteilen, an sie eine angemessene, in das Ermessen des Gerichts gestellte Entschädigung nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und die Auffassung vertreten, die Klägerin nicht diskriminiert zu haben. Das Schreiben vom 31. Januar 2008 enthalte keine diskriminierenden Äußerungen, sondern beschreibe lediglich, dass auf dem Arbeitsplatz der Klägerin unabdingbar ausreichende Deutschkenntnisse erforderlich seien, über die die Klägerin nicht - mehr - verfüge. Seit Ende 2004 habe sich bei der Klägerin eine Entwicklung eingestellt, für die der Begriff der „ausreichenden Sprachkompetenz“ verwendet worden sei. So sei die Klägerin beispielsweise nicht in der Lage, hinreichende Erklärungen zu Kassendifferenzen selbst schriftlich zu verfassen. Teilweise habe die Klägerin diese Erklärungen von anderen Mitarbeitern ausfüllen lassen, teilweise seien die von ihr selbst geschriebenen Erklärungen nicht verständlich gewesen. Auch habe sie anderen Mitarbeitern selbst einfach gelagerte Probleme nicht nachvollziehbar erklären können. Die Beklagte hat weiter behauptet, Mitarbeiter und Kunden hätten sich über die Klägerin wegen deren Sprachproblemen beschwert. Die Beklagte hat bestritten, dass sie der Klägerin die Kassenbefugnis entzogen habe. Vielmehr habe sie ihr mitgeteilt, dass sie zukünftig so wenig wie möglich an der Kasse eingesetzt werden solle. Ausdrücklich sei der Klägerin erklärt worden, dass sie zukünftig hauptsächlich als Urlaubs- und Krankheitsvertretung an der Kasse arbeiten solle. Die Beklagte

13

hat bestritten, dass die Diskussionen um die Deutschkenntnisse der Klägerin eine Ursache für die Erkrankungen darstellten und dass bei der Klägerin Depressionen diagnostiziert worden seien. Schließlich hat die Beklagte die Auffassung vertreten, der Entschädigungsanspruch sei bereits deshalb ausgeschlossen, da die Klägerin die Klage nicht innerhalb der 3-Monats-Frist des § 61b Abs. 1 ArbGG erhoben habe. Im Schreiben vom 27. November 2007 habe die Klägerin eine Diskriminierung aufgrund ihrer Nationalität beanstandet. Folglich hätte die Klage bis Ende Februar 2008 und nicht erst, wie tatsächlich geschehen, im April 2008 erhoben sein müssen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der von dem Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageanspruch weiter. 14

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision der Klägerin ist unbegründet. Ihr steht die geltend gemachte Entschädigung nicht zu. Eine Benachteiligung wegen der Rasse oder der ethnischen Herkunft liegt nicht vor. 15

A. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und das Bestehen eines Entschädigungsanspruchs nach § 15 Abs. 2 AGG abgelehnt, da die Beklagte nicht gegen das Benachteiligungsverbot nach § 7 AGG iVm. § 1 AGG verstoßen habe. 16

Die Klägerin habe den Tatbestand einer Benachteiligung in der Form einer Belästigung nach § 3 Abs. 3 AGG nicht hinreichend dargelegt. Das von der Klägerin als unerwünscht bezeichnete Verhalten der Beklagten - die wiederholten und nachdrücklichen Aufforderungen zum Besuch eines Deutschkurses - stehe nicht im Zusammenhang mit einem Merkmal nach § 1 AGG. Das Verhalten sei nicht aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft erfolgt. Die Herkunft der Klägerin aus dem ehemaligen Jugoslawien habe ebenso wenig für die Aufforderungen eine Rolle gespielt wie ihre kroatische 17

Muttersprache. Die Aufforderungen seien durch die Beklagte vielmehr erfolgt, weil sie die Deutschkenntnisse der Klägerin nicht für ausreichend erachtete. Die Anknüpfung sei mithin an die Sprachkompetenz und nicht an die Ethnie der Klägerin erfolgt. Zwar könne in der Einstellungsvoraussetzung, dass die ausreichende Beherrschung der deutschen Sprache Bedingung für eine Tätigkeit sei, eine mittelbare Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft liegen, da die Mehrzahl der Betroffenen nicht deutscher Herkunft sei. Vorliegend gehe es aber nicht um eine Einstellung, sondern darum, ob die bereits beschäftigte Klägerin noch die erforderliche sprachliche Qualifikation besitze. Die Beklagte habe die Klägerin nicht schlechter als muttersprachlich deutsch sprechende Mitarbeiter behandeln wollen.

Aber selbst wenn ein Zusammenhang zwischen dem Verhalten der Be- 18
klagten und den geschützten Merkmalen der Rasse oder der ethnischen Her-
kunft anzunehmen sei, wäre der Belästigungstatbestand des § 3 Abs. 3 AGG
nicht verwirklicht, da die der Norm immanente Erheblichkeitsschwelle nicht
überschritten sei. Zwar habe die Beklagte mit erheblicher Hartnäckigkeit ver-
sucht, die Klägerin zum Besuch eines Deutschkurses zu bewegen, allerdings
sei nicht zu erkennen, dass hierdurch die Würde der Klägerin angegriffen
worden sei. Das Verhalten der Beklagten habe, so unangenehm es die Klägerin
auch empfunden haben möge, nicht oberhalb der bloßen Lästigkeitsschwelle
gelegen.

B. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts hält einer revisionsrecht- 19
lichen Überprüfung stand. Die Revision der Klägerin war daher zurückzuweisen.

I. Die Revision ist zulässig. Sie ist gemäß § 72 Abs. 1 ArbGG statthaft, da 20
sie durch das Landesarbeitsgericht im Tenor des angegriffenen Urteils zu-
gelassen worden ist. Die Revision ist gemäß § 74 Abs. 1 ArbGG frist- und
formgerecht eingelegt und begründet worden.

II. Die Revision ist nicht begründet. Die zulässige Klage hat keinen Erfolg. 21
Die Klägerin hat keinen Anspruch auf eine Entschädigung infolge einer Dis-

kriminierung oder Belästigung aus Gründen der Rasse oder ethnischen Herkunft.

1. Der auf Zahlung einer angemessenen Entschädigung gerichtete Klageantrag ist zulässig, insbesondere ist er hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Dem steht nicht entgegen, dass die Klägerin die Höhe der von ihr beehrten Entschädigung in das Ermessen des Gerichts gestellt hat. Diese Möglichkeit eröffnet bereits der Wortlaut von § 15 Abs. 2 AGG. Den Gerichten wird hinsichtlich der Höhe der Entschädigung ein Beurteilungsspielraum eingeräumt. Hängt die Bestimmung eines Betrages vom billigen Ermessen des Gerichts ab, ist ein unbezifferter Zahlungsantrag zulässig, wenn die Klagepartei einerseits Tatsachen benennt, die das Gericht bei der Bestimmung des Betrages heranziehen soll, und andererseits die Größenordnung der geltend gemachten Forderung angibt (vgl. BAG 19. August 2010 - 8 AZR 466/09 - Rn. 20, EzA AGG § 15 Nr. 12; 28. Mai 2009 - 8 AZR 536/08 - Rn. 17 f., BAGE 131, 86 = AP AGG § 8 Nr. 1 = EzA AGG § 8 Nr. 1; 16. September 2008 - 9 AZR 791/07 - Rn. 18, BAGE 127, 367 = AP SGB IX § 81 Nr. 15 = EzA SGB IX § 81 Nr. 17; 24. April 2008 - 8 AZR 257/07 - Rn. 17, AP AGG § 33 Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 611a Nr. 6).

Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Die Klägerin hat einen Sachverhalt dargelegt, welchen das Gericht im Rahmen der Ermessensausübung heranziehen soll und der grundsätzlich die Festsetzung einer Entschädigung, welche die Klägerin mit 15.000,00 Euro beziffert, ermöglicht.

2. Die Klage ist jedoch nicht begründet.

a) Das AGG, das am 18. August 2006 in Kraft getreten ist, findet auf den Streitfall Anwendung. Maßgeblich kommt es für die Anwendbarkeit des AGG auf den Zeitpunkt der Benachteiligungshandlung an (BAG 19. August 2010 - 8 AZR 530/09 - Rn. 28, EzA AGG § 15 Nr. 10; 21. Juli 2009 - 9 AZR 431/08 - Rn. 15 mwN, BAGE 131, 232 = AP SGB IX § 82 Nr. 1 = EzA SGB IX § 82 Nr. 1). In Fällen wiederholter, miteinander in einem untrennbaren Zusammenhang stehender Benachteiligungen, die einen einheitlichen Lebenssachverhalt

bilden, wie etwa bei sich über einen längeren Zeitraum erstreckenden andauernden Belästigungen oder einer Kette von Benachteiligungshandlungen ist die Anwendbarkeit des AGG nur ausgeschlossen, wenn alle Benachteiligungshandlungen und Belästigungen in den Zeitraum vor Inkrafttreten des AGG fallen und abgeschlossen sind. Fällt auch nur ein Benachteiligungs- oder Belästigungsakt in die Zeit nach Inkrafttreten des AGG, findet das Gesetz insgesamt Anwendung (vgl. BAG 25. Februar 2010 - 6 AZR 911/08 - Rn. 18, AP AGG § 3 Nr. 3 = EzA AGG § 10 Nr. 3; Schleusener/Suckow/Voigt AGG/Suckow 3. Aufl. § 33 Rn. 4; Bauer/Göpfert/Krieger AGG 3. Aufl. § 33 Rn. 9; Wendeling-Schröder in Wendeling-Schröder/Stein AGG § 33 Rn. 6).

Die unstreitigen vier mündlichen Aufforderungen durch den Betriebsleiter des Schwimmbades der Beklagten N im Zeitraum zwischen dem ersten Quartal 2006 und dem 15. August 2006, die Klägerin möge einen Deutschkurs besuchen, sowie die der Klägerin im Juni 2006 zugegangene entsprechende schriftliche Verpflichtung vom 18. Mai 2006 erfolgten zwar vor dem Inkrafttreten des AGG. Alle diese Handlungen der Beklagten hatten jeweils die Aufforderung zur Durchführung eines Deutschkurses zum Inhalt. Dies hat die Beklagte ihrer Abmahnung vom 17. August 2006, die unter dem 19. Oktober 2007 erstellt und der Klägerin im Oktober 2007 erteilt worden ist, zugrunde gelegt. Die vorausgehenden Aufforderungen stehen daher mit der Abmahnung und dem Schreiben vom 31. Januar 2008, mit welchem die Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte mitgeteilt wurde (beide zeitlich nach dem Inkrafttreten des AGG), in einem untrennbaren Zusammenhang und bilden mit diesen einen einheitlichen Lebenssachverhalt. Auf diesen findet das AGG insgesamt Anwendung.

26

b) Die Klägerin unterfällt dem persönlichen Anwendungsbereich des AGG, da sie als Arbeitnehmerin der Beklagten eine Beschäftigte iSv. § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG ist. Die Beklagte ist Arbeitgeberin iSv. § 6 Abs. 2 Satz 1 AGG, da sie Arbeitnehmer beschäftigt.

27

c) Voraussetzung für die von der Klägerin nach § 15 Abs. 2 AGG begehrte Entschädigung in Geld wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden

28

ist, ist ein Verstoß der Beklagten gegen das Benachteiligungsverbot nach § 7 Abs. 1 AGG. Hiernach dürfen Beschäftigte (§ 6 Abs. 1 AGG) nicht wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt werden. Die Klägerin beruft sich auf eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft.

Die Begriffe der Rasse und der ethnischen Herkunft definiert weder das AGG noch die diesem hinsichtlich der Merkmale der Rasse und der ethnischen Herkunft zugrunde liegende Richtlinie RL 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft. Ausweislich der Begründung des AGG-Gesetzentwurfs sind die Merkmale Rasse bzw. ethnische Herkunft in einem umfassenden Sinn zu verstehen, denn sie sollen einen möglichst lückenlosen Schutz vor ethnisch motivierten Benachteiligungen gewährleisten (*BT-Drucks. 16/1780 S. 30*). 29

d) Als Formen der Benachteiligung kommen die unmittelbare Benachteiligung nach § 3 Abs. 1 AGG, die mittelbare Benachteiligung nach § 3 Abs. 2 AGG, die Belästigung nach § 3 Abs. 3 AGG sowie die sexuelle Belästigung nach § 3 Abs. 4 AGG und die Anweisung zur Benachteiligung nach § 3 Abs. 5 AGG in Betracht. 30

Als Benachteiligungshandlungen benennt die Klägerin die ihr - als einziger Mitarbeiterin - mehrfach erteilten Anweisungen, einen Deutschkurs außerhalb der Arbeitszeit auf eigene Kosten zu besuchen und, hieraus resultierend, das im Oktober 2007 übergebene Abmahnungsschreiben vom 17. August 2006, den (*behaupteten*) Entzug der Kassenkompetenz, die (*streitige*) Einschränkung ihres Einsatzes im zuschlagspflichtigen Spätdienst ab 21:00 Uhr sowie den Inhalt des Schreibens vom 31. Januar 2008. 31

aa) Eine unmittelbare Benachteiligung der Klägerin nach § 3 Abs. 1 AGG ist nicht gegeben. 32

Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer ver- 33

gleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde, wobei die sich nachteilig auswirkende Maßnahme direkt an das verbotene Merkmal anknüpfen muss (*BAG 22. Juli 2010 - 8 AZR 1012/08 - Rn. 50, EzA AGG § 22 Nr. 2; 18. März 2010 - 8 AZR 77/09 - Rn. 19, AP AGG § 8 Nr. 2 = EzA AGG § 8 Nr. 2*). Die benachteiligende Regelung oder Maßnahme wird hierbei unmittelbar mit einem in § 1 AGG genannten Merkmal begründet (*Adomeit/Mohr KommAGG § 3 Rn. 25 f.; Schleusener/Suckow/Voigt AGG/Schleusener 3. Aufl. § 3 Rn. 1*).

Die Aufforderungen an die Klägerin, ihre Deutschkenntnisse durch Teilnahme an einem Deutschkurs zu verbessern, die Abmahnung, welche die fortdauernde Ablehnung durch die Klägerin zum Gegenstand hatte, der (*behauptete*) Entzug der Kassenkompetenz, die (*streitige*) Einschränkung ihres Einsatzes im zuschlagspflichtigen Spätdienst ab 21:00 Uhr und das Schreiben der Beklagten vom 31. Januar 2008 knüpfen weder ausdrücklich noch verdeckt zwingend an eines der verpönten Merkmale des § 1 AGG an. Insbesondere erfolgten weder die Aufforderungen noch die Abmahnung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft der Klägerin. Die Beherrschung der deutschen Sprache in Wort und Schrift ist von einer Rasse oder Ethnie unabhängig (*BAG 28. Januar 2010 - 2 AZR 764/08 - Rn. 16, AP AGG § 3 Nr. 4 = EzA KSchG § 1 Personenbedingte Kündigung Nr. 24*). Auch Mitglieder fremder Ethnien können die deutsche Sprache fehlerfrei in Wort und Schrift beherrschen, so dass sie, wären sie anstelle der Klägerin gewesen, von den Handlungen der Beklagten nicht betroffen gewesen wären.

34

bb) Auch eine mittelbare Diskriminierung der Klägerin liegt nicht vor.

35

Nach § 3 Abs. 2 AGG liegt eine mittelbare Diskriminierung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.

36

Der Tatbestand einer mittelbaren Diskriminierung setzt das Vorliegen dem Anschein nach neutraler Vorschriften, Kriterien oder Verfahren voraus. Neutral iSv. § 3 Abs. 2 AGG sind die bezeichneten Regelungen stets dann, wenn sie nicht an ein verpöntes Merkmal nach § 1 AGG unmittelbar oder verdeckt zwingend anknüpfen. Als neutrale Regelungen kommen neben allen individual- und kollektivvertraglichen Vereinbarungen auch solche Einzelmaßnahmen - etwa in Gestalt von Weisungen - in Betracht, die auf die Aufstellung oder die Anwendung einer allgemeinen Regel bzw. eines verallgemeinernden Kriteriums zurückgehen (*HWK/Annuß/Rupp 4. Aufl. § 3 AGG Rn. 6; Schleusener/Suckow/Voigt AGG/Schleusener 3. Aufl. § 3 Rn. 74; vgl. auch Bauer/Göpfert/Krieger AGG 3. Aufl. § 3 Rn. 22 f., die von einseitiger Aufstellung von Maßstäben oder Voraussetzungen durch den Arbeitgeber sprechen*). 37

Trotz des etwaigen Vorliegens einer Benachteiligung wegen eines verpönten Merkmals, ist der Tatbestand einer mittelbaren Diskriminierung dennoch nicht verwirklicht, wenn die Maßnahme gerechtfertigt ist. Für eine Rechtfertigung bedarf es eines sachlichen Grundes für die neutrale und sich benachteiligend auswirkende Regelung. Es muss mit der Regelung ein legitimes Ziel verfolgt werden. Das Ziel muss mithin vom berechtigten Interesse des Arbeitgebers getragen sein und die Differenzierung muss zur Erreichung des Ziels geeignet, erforderlich und angemessen sein. Geeignet ist die Differenzierung bereits dann, wenn durch sie das angestrebte Ziel erreicht werden kann. Erforderlich ist sie, wenn es bei gleicher Erfolgsgünstigkeit kein milderes Mittel gibt und angemessen ist die Differenzierung, wenn aufgrund einer Zweck-Mittel-Relation die Schwere des Eingriffs im Verhältnis zur Bedeutung des Ziels zurücktritt (*HWK/Annuß/Rupp 4. Aufl. § 3 AGG Rn. 10; ErfK/Schlachter 11. Aufl. § 3 AGG Rn. 9*). 38

Die mündlichen und schriftlichen Aufforderungen der Klägerin durch die Beklagte, auf ihre eigenen Kosten außerhalb der Arbeitszeit einen Deutschkurs zu belegen, lagen der Abmahnung vom 19. Oktober 2007 zugrunde. Hintergrund der Aufforderungen und mithin auch der Abmahnung ist die Vorgabe der Beklagten, Mitarbeiter an der Kasse müssen der deutschen Sprache in einem Umfang mächtig sein, der es gestattet, die erforderliche Kommunikation mit 39

Gästen, Kollegen und Vorgesetzten zu führen und die betrieblich verwendeten schriftlichen „Erklärungen zur Kassendifferenz“ eigenständig und verständlich auszufüllen. In dieser allgemeinen Anforderung an das Kassenspersonal liegt eine merkmalsneutrale Vorgabe im Sinne einer Vorschrift nach § 3 Abs. 2 AGG.

Diese Anforderung, die deutsche Sprache in Wort und Schrift in einem bestimmten Umfang zu beherrschen, kann ausländische Arbeitnehmer in besonderer Weise gegenüber deutschen Arbeitnehmern benachteiligen. Zwar verfügen viele ausländische Arbeitnehmer - etwa weil sie im Inland bzw. im deutschsprachigen Ausland aufgewachsen sind, sich entsprechend schulen konnten oder in sonstiger Weise die entsprechenden Sprachkenntnisse erworben haben - über umfassende Deutschkenntnisse in Wort und Schrift, so dass nicht alle Ausländer von einer solchen Vorgabe gleichermaßen betroffen sind. Dies gilt aber zwangsläufig nicht für die Arbeitnehmer mit einer anderen Muttersprache, denen solche Möglichkeiten zum Erwerb der deutschen Sprachkenntnisse nicht zur Verfügung gestanden haben. Daher kann die Forderung nach dem Besuch von Deutschsprachkursen während des bestehenden Beschäftigungsverhältnisses eine mittelbare Diskriminierung von Ausländern darstellen, wenn die Forderung nach genügenden Deutschkenntnissen nicht aufgrund der (*vorgesehenen*) Tätigkeit sachlich gerechtfertigt ist (*vgl. LAG Hamm 17. Juli 2008 - 16 Sa 544/08 - Rn. 33 ff., LAGE KSchG § 1 Nr. 14; ArbG Berlin 26. Januar 2010 - 25 Ca 282/09 - Rn. 41 ff.; ErfK/Schlachter 11. Aufl. § 1 AGG Rn. 4; Meinel/Heyn/Herms AGG 2. Aufl. § 1 Rn. 14; v. Roetten AGG Stand August 2011 § 1 Rn. 126 und 128; HWK/Annuß/Rupp 4. Aufl. § 3 AGG Rn. 11; Greßlin BB 2008, 115, 116; Herbert/Oberrath DB 2009, 2434; Bauer/Göpfert/Krieger AGG 3. Aufl. § 3 Rn. 38; Wisskirchen DB 2006, 1491; KR-Pfeiffer 8. Aufl. AGG Rn. 40; Schleusener/Suckow/Voigt AGG/Schleusener 3. Aufl. § 3 Rn. 115 anders aber Schleusener/Suckow/Voigt AGG/Schleusener 3. Aufl. § 1 Rn. 45).*

40

Die Forderung der Beklagten, die Klägerin möge einen Sprachkurs in deutscher Sprache besuchen, ist im Sinne von § 3 Abs. 2 AGG sachlich gerechtfertigt. Sowohl die Verfolgung eines legitimen Zwecks als auch die Geeignetheit der Maßnahme sind gegeben. Die Anweisung ist erforderlich und

41

angemessen. Dabei ist davon auszugehen, dass die Verständigungsmöglichkeit mit den Badegästen und Kolleginnen und Kollegen für die Tätigkeit der Klägerin erforderlich ist und die von der Klägerin geleisteten Tätigkeiten den vertraglichen Vereinbarungen entsprechen und zulässigerweise angeordnet sind. Durch die Absolvierung eines Sprachkurses können - ebenso wie bei deutschsprachigen Arbeitnehmern, die zur Erfüllung der von ihnen geschuldeten Tätigkeiten eine Fremdsprache beherrschen müssen - die arbeitsnotwendigen Sprachkenntnisse vermittelt werden. Die Anweisung, einen Sprachkurs zu besuchen, war erforderlich, weil die arbeitsnotwendige Sprachkompetenz hergestellt werden kann.

cc) Die Anweisung, einen Deutschkurs zu absolvieren, stellt auch keine Belästigung iSd. § 3 Abs. 3 AGG dar. 42

Nach § 3 Abs. 3 AGG ist eine Belästigung eine Benachteiligung, wenn unerwünschte Verhaltensweisen, die mit einem in § 1 AGG genannten Grund in Zusammenhang stehen, bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird. Nach dem Gesetzeswortlaut bedarf es mithin sowohl einer bezweckten oder tatsächlich bewirkten Würdeverletzung als auch der Schaffung eines sog. „feindlichen Umfeldes“ als Synonym für „ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld“. Beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen (*BAG 24. September 2009 - 8 AZR 705/08 - Rn. 29, AP AGG § 3 Nr. 2 = EzA AGG § 3 Nr. 1*). 43

Der Begriff der unerwünschten Verhaltensweise ist umfassend zu verstehen. Er beinhaltet verbale und nonverbale Kommunikation gleichermaßen und kann etwa in Form von Beleidigungen, Verleumdungen, abwertenden Äußerungen, Schmierereien, körperlichen Berührungen oder Gesten zum Ausdruck kommen. Ob die Verhaltensweise unerwünscht ist, bestimmt sich nach objektiven Maßstäben, soweit nicht der Betroffene darauf hingewiesen hat, dass er das Verhalten als unerwünscht empfindet. Darüber hinaus muss 44

das unerwünschte Verhalten mit einem verpönten Merkmal des § 1 AGG in einem unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang stehen (*HWK/Annuß/Rupp 4. Aufl. § 3 AGG Rn. 12 ff.*).

Schließlich muss durch die unerwünschte Verhaltensweise ein feindliches Umfeld geschaffen werden. Eine Verhaltensweise unterhalb einer bloßen Lästigkeitsschwelle, die sich in einem einzelnen Zwischenfall erschöpft, führt regelmäßig nicht zur Schaffung eines feindlichen Umfeldes. 45

Die Aufforderung durch den Arbeitgeber, einen Sprachkurs zu absolvieren, weil dieser die Sprachkenntnisse des Arbeitnehmers zur Durchführung der arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit für unzureichend hält, ist keine Belästigung in diesem Sinne, wenn der Sprachkurs dazu dient, arbeitsnotwendige Sprachkenntnisse zu vermitteln. 46

e) Ist der Arbeitgeber vertraglich oder tarifvertraglich verpflichtet, den Deutschkurs während der Arbeitszeit und auf seine Kosten durchführen zu lassen, ist die Weisung, einen Deutschkurs auf eigene Kosten und außerhalb der Arbeitszeit zu besuchen, zwar tarif- und/oder vertragswidrig. So sieht der TVöD zum Beispiel die Übernahme der Qualifizierungskosten durch den Arbeitgeber vor. Das berechtigt aber nicht zur Annahme einer Diskriminierung der Klägerin wegen der Rasse oder der ethnischen Herkunft. 47

Allein die Verletzung allgemeiner arbeitsvertraglicher Verpflichtungen durch den Arbeitgeber im Zusammenhang mit einer an sich nicht gegen § 7 AGG verstoßenden Maßnahme führt nicht dazu, dass diese nunmehr zu einer unzulässigen Benachteiligung iSd. § 1 AGG wird. Die Arbeitnehmerin muss in diesem Fall ihre vertraglichen oder tarifvertraglichen Rechte - notfalls auch gerichtlich - geltend machen. 48

f) Ob die Klägerin den Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG auch form- und fristgerecht geltend gemacht hat, kann dahinstehen. 49

C. Die Klägerin hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten ihrer erfolglosen Revision zu tragen.

50

Hauck

Böck

Breinlinger

Volz

Burr