

# **Bundesarbeitsgericht**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

§§ 1, 3, 6, 7, 15 AGG

- 1. Eine Belästigung iSd. § 3 Abs 3 AGG liegt nur dann vor, wenn zusätzlich zu einer unerwünschten Verhaltensweise, die mit einem in § 1 AGG genannten Grund in Zusammenhang steht und bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, ein durch Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes feindliches Umfeld geschaffen wird.**
- 2. Bei der Beurteilung, ob ein feindliches Umfeld geschaffen wurde, ist immer eine wertende Gesamtschau aller Faktoren vorzunehmen. Diese Gesamtschau unterliegt der revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbaren tatrichterlichen Würdigung. Diese darf dem Berufungsgericht nicht entzogen werden.**
- 3. Das Revisionsgericht kann nur überprüfen, ob das Landesarbeitsgericht Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt, alle wesentlichen Umstände des Einzelfalles beachtet und hinreichend gewürdigt hat und ob es in die vorzunehmende Gesamtschau die wesentlichen Umstände des Einzelfalles in nachvollziehbarer Weise mit einbezogen hat sowie ob das Urteil in sich widerspruchsfrei ist.**
- 4. Die Zwei-Monats-Frist des § 15 Abs 4 S 2 AGG zur schriftlichen Geltendmachung eines Entschädigungsanspruches wegen einer Belästigung iSd. § 3 Abs 3 AGG in einem bestehenden Arbeitsverhältnis verstößt nicht gegen europäisches Gemeinschaftsrecht.**

BAG, Urteil vom 24.09.2009, Az.: 8 AZR 705/08

### **Tenor:**

Die Revision der Kläger zu 1) - 4) gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 18. Juni 2008 - 7 Sa 383/08 - wird zurückgewiesen.

Die Kläger zu 1) - 4) haben die Kosten der Revision zu tragen.

### **Tatbestand:**

1

Die Kläger verlangen von der Beklagten die Zahlung einer Entschädigung wegen Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot.

2

Die Kläger, alle türkische Staatsangehörige, waren bei der Beklagten als Kommissionierer in deren Lager in E tätig. Zusätzlich zur türkischen besitzt der Kläger zu 4) die deutsche Staatsangehörigkeit.

3

Im E Lagerbetrieb sind etwa 50 Arbeitnehmer, darunter ca. 50 % ausländischer Herkunft beschäftigt. Bei Grillfesten stellte die Beklagte in den letzten Jahren einen besonderen Grill zur Verfügung, auf welchem ausschließlich bei einem muslimischen Metzger erworbenes Fleisch gegrillt wurde. Für die muslimischen Mitarbeiter hat die Beklagte einen Gebetsraum eingerichtet.

4

Im Betrieb befand sich eine Herrentoilette mit fünf Einzelkabinen. An mindestens zwei der Toiletteninnentüren befanden sich ein Hakenkreuz und folgende handschriftlich angebrachte Beschriftungen: „Scheiß Ausländer, ihr Hurensöhne, Ausländer raus, ihr Kanaken, Ausländer sind Inländer geworden“. Diese Toiletten wurden vom Niederlassungsleiter der Beklagten nicht benutzt, weil sich im Betrieb der Beklagten eine weitere Toilette für die kaufmännischen Mitarbeiter befand. Seit wann die Toilettentüren diese Beschriftungen aufwiesen und wann die Beklagte davon erfahren hat, ist zwischen den Parteien streitig. Auf jeden Fall waren diese im April 2007 durch die Beklagte entfernt worden, nachdem die Beklagte von den Schmierereien durch den Schriftsatz des Prozessbevollmächtigten des ebenfalls im Betrieb E beschäftigten Mitarbeiters T vom 20. März 2007 in einem Kündigungsrechtsstreit erfahren hatte.

5

Mit vier anwaltlichen Schreiben vom 11. April 2007 verlangten die Kläger von der Beklagten die Zahlung einer Entschädigung wegen einer Belästigung iSv. § 3 Abs. 3 AGG aufgrund ihrer ethnischen Herkunft. Mit am 11. Juni 2007 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klagen haben sie diese Forderungen gerichtlich geltend gemacht.

6

Die Kläger behaupten, dass sich das Hakenkreuz und die Beschriftungen mindestens seit Anfang 2006 auf den Toiletteninnentüren befunden hätten. Im September 2006 habe der Mitarbeiter T den Niederlassungsleiter S auf diesen Umstand hingewiesen. Dieser habe geäußert, so würden die Leute eben denken. Auch der Kläger zu 2) habe im Januar/Februar 2007 gegenüber dem Niederlassungsleiter im Rahmen eines Gespräches über andere Dinge erwähnt, dass „ausländerfeindliche Beschriftungen“ in der Toilette seien, die er „nicht korrekt“ finde. Offensichtlich sei der Niederlassungsleiter darüber informiert gewesen, weil er sich auf die Äußerung beschränkt habe, er wisse auch nicht, wer das mache. Die Beklagte habe den Gesetzestext des AGG erst im März/April 2007, nach ersten Beschwerden von Mitarbeitern wegen der Beschriftungen, für wenige Tage ausgehängt.

7

Die Kläger meinen, die Beklagte hätte nach Inkrafttreten des AGG die Räumlichkeiten in ihrem Organisationsbereich auf diskriminierende Tatbestände, Beschriftungen, Bilder usw. überprüfen müssen. Es sei ihr vorzuwerfen, dass sie trotz Beanstandungen eines Mitarbeiters die Beschriftungen nicht entfernt habe. Im Übrigen habe die Beklagte die nach § 12 Abs. 2 AGG erforderlichen Schulungen unterlassen und keine Beschwerdestelle unter Beteiligung des Betriebsrats eingerichtet. Auch hätten die Beschriftungen jedenfalls dann zu einem „von Anfeindungen gekennzeichneten Umfeld“ iSv. § 3 Abs. 3 AGG geführt, als der Niederlassungsleiter trotz der Hinweise zweier Mitarbeiter nicht reagiert habe. Es sei unerheblich, dass die Beklagte einen Gebetsraum zur Verfügung stelle und auf die religiösen Nahrungsgebote ihrer Mitarbeiter Rücksicht nehme. Dies sei zwar positiv

zu beurteilen, richte sich aber an der Religionszugehörigkeit aus und stehe in keinem Bezug zur Nationalität und Volkszugehörigkeit.

8

Die Kläger haben beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie eine angemessene Entschädigung gem. § 15 Abs. 2 AGG zu zahlen, mindestens je 10.000,00 Euro netto, nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem EZB-Basiszinssatz.

9

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

10

Sie behauptet, erstmals durch den Schriftsatz im Kündigungsschutzverfahren des Mitarbeiters T im März 2007 von den Schmierereien Kenntnis erhalten zu haben, worauf diese unverzüglich entfernt worden seien. Davor habe es auch beim Betriebsrat keine Beschwerden gegeben. Sie habe im Dezember 2006 den Gesetzestext des AGG und des § 61b ArbGG sowie weitere Informationen zum AGG den Mitarbeitern über das R-Infonet und über das „Schwarze Brett“ bekannt gemacht. Dabei sei als Ansprechpartner für den Betrieb in E der Niederlassungsleiter S benannt worden. Am 11. Januar 2007 habe eine AGG-Schulung für die Betriebsräte der Region West stattgefunden sowie am 16. und 23. Januar 2007 für den Betriebsleiter. Sie ist der Auffassung, dass im E Betrieb kein ausländerfeindliches Klima herrsche.

11

Das Arbeitsgericht hat die ursprünglich einzeln erhobenen Klagen verbunden und dann abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufungen der Kläger zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihre Klagebegehren weiter, während die Beklagte die Zurückweisung der Revision beantragt.

### **Entscheidungsgründe:**

12

Die zulässigen Revisionen der Kläger sind unbegründet. Ihnen stehen die geltend gemachten Entschädigungsansprüche nicht zu.

13

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine klageabweisende Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Es könne dahinstehen, ob eine unerwünschte Verhaltensweise vorliege, die mit einem in § 1 AGG genannten Grund im Zusammenhang stehe und bezwecke oder bewirke, dass die Würde der betreffenden Person verletzt werde. Nach dem Vortrag der Kläger lasse sich nämlich nicht feststellen, dass durch die „Toilettenschmierereien“ ein durch Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld iSd. § 3 Abs. 3 AGG geschaffen worden sei. Dafür wäre es erforderlich gewesen, dass die Belästigungen das Umfeld „gekennzeichnet, dh. für das Arbeitsverhältnis prägende Bedeutung“ entfaltet hätten. Dies könne nur dann angenommen werden, wenn einzelne Tathandlungen systematisch dazu dienten, die Würde des Betroffenen zu verletzen. Dies erfordere ein fortdauerndes Verhalten. Nach dem Vorbringen der Kläger liege dieses jedoch nicht vor. Die Kläger behaupteten nämlich, die Schmierereien hätten sich seit mindestens Anfang 2006 auf mindestens zwei der Herrentoiletten befunden, ohne dass neue Tathandlungen in Form von neuen Beschriftungen hinzugekommen seien. Auch wenn zu Gunsten

der Kläger unterstellt werde, dass der Niederlassungsleiter S im September 2006 von den Beschriftungen erfahren habe, begründe dies noch keine prägende Bedeutung, weil sich dieser mit den Beschriftungen unstreitig nicht identifiziert habe. Allein die unterlassene Beseitigung der Beschriftungen, die zuvor seit Monaten - von den Klägern unbeanstandet - in der Herrentoilette vorhanden gewesen seien, bewirke kein feindliches Umfeld.

14

Darüber hinaus hätten die Kläger die Geltendmachungsfrist des § 15 Abs. 4 AGG nicht eingehalten. Sie hätten zwei Monate nach Inkrafttreten des AGG ihren Entschädigungsanspruch geltend machen müssen, spätestens jedoch binnen zwei Monaten nach dem ersten von den Klägern behaupteten Hinweis an den Arbeitgeber im September 2006. Es könne nicht von einem Dauertatbestand ausgegangen werden, bei dem die Ausschlussfrist nicht mit dem Zeitpunkt des Bekanntwerdens, sondern mit seiner Beendigung beginne. Ein Dauertatbestand liege deshalb nicht vor, weil weder fortlaufend neue Tatsachen eingetreten seien noch ein nicht abgeschlossener Zustand vorliege. Die tatsächlichen Vorgänge, die für die Belästigung maßgeblich seien, nämlich das Anbringen der Beschriftungen, seien bereits abgeschlossen gewesen.

15

B. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

16

I. Die auf Zahlung einer Entschädigung gerichteten Klagen sind zulässig, insbesondere sind die Klageanträge hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO).

17

Dem steht nicht entgegen, dass die Kläger die Höhe der von ihnen begehrten Entschädigungen in das Ermessen des Gerichts gestellt haben. Ein solcher Klageantrag ist hier zulässig, weil nach § 15 Abs. 2 AGG eine angemessene Entschädigung in Geld verlangt werden kann und dem Gericht damit hinsichtlich der Höhe der Entschädigung ein Beurteilungsspielraum eingeräumt wird. Ist die Höhe des Betrages nach billigem Ermessen des Gerichts zu bestimmen, ist ein unbezifferter Zahlungsantrag zulässig, wenn der Kläger Tatsachen benennt, die das Gericht bei seiner Ermessensausübung heranziehen soll, und die Größenordnung der Forderung angibt (BAG 16. September 2008 - 9 AZR 791/07 - Rn. 18, AP SGB IX § 81 Nr. 15 = EzA SGB IX § 81 Nr. 17; 12. September 2006 - 9 AZR 807/05 - BAGE 119, 262 = AP SGB IX § 81 Nr. 13 = EzA SGB IX § 81 Nr. 14). Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Die Kläger haben einen Sachverhalt dargelegt, welchen das Gericht bei seiner Ermessensausübung heranziehen soll und der es grundsätzlich ermöglicht, eine Entschädigung zu bestimmen. Ferner haben die Kläger Angaben zur Größenordnung der Entschädigung, nämlich mindestens 10.000,00 Euro, gemacht.

18

II. Die Klagen sind unbegründet, weil die Kläger etwaige Ansprüche auf Zahlung einer Entschädigung gegen die Beklagte verspätet geltend gemacht haben.

19

1. Ob den Klägern solche Ansprüche dem Grunde nach gemäß § 15 Abs. 2 AGG zustünden, kann der Senat aufgrund der vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen nicht abschließend entscheiden.

20

a) Die Vorschriften des AGG sind auf den Streitfall anwendbar.

21

Mit dem Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung (Umsetzungsgesetz) vom 14. August 2006 ist am 18. August 2006 das AGG in Kraft getreten. Für Benachteiligungen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, die zeitlich nach Inkrafttreten des AGG begangen wurden, gelten die §§ 1 - 18 AGG ohne Einschränkung, § 33 AGG (vgl. BAG 14. August 2007 - 9 AZR 943/06 - Rn. 28, BAGE 123, 358 = AP AGG § 33 Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 611a Nr. 5; 16. Dezember 2008 - 9 AZR 985/07 - Rn. 33, AP TVG § 1 Vorruhestand Nr. 33 = EzA SGB IX § 81 Nr. 18). Dagegen ist nach der Übergangsvorschrift in § 33 AGG, die sich entgegen ihrem Wortlaut nicht nur auf Benachteiligungen wegen des Geschlechts und sexuelle Belästigungen bezieht (vgl. BT-Drucks. 16/1780 S. 53; BAG 14. Januar 2009 - 3 AZR 20/07 - Rn. 55, AP GG Art. 3 Nr. 315 = EzA AGG § 2 Nr. 3; 16. Dezember 2008 - 9 AZR 985/07 - aaO), das AGG nicht auf Sachverhalte anwendbar, die vor Inkrafttreten des Gesetzes bereits abgeschlossen waren. Vielmehr ist nach der Begründung des Regierungsentwurfes auf am 18. August 2006 bereits abgeschlossene Benachteiligungen die alte Rechtslage anwendbar einschließlich des § 81 Abs. 2 SGB IX aF (vgl. BT-Drucks. 16/1780 S. 53; BAG 16. Dezember 2008 - 9 AZR 985/07 - aaO). Demnach kommt es auf den Zeitpunkt der Vornahme der Benachteiligungshandlung an. In der Regel ist die zugrunde liegende Entscheidung des Arbeitgebers maßgeblich, etwa einen Bewerber nicht einzustellen (BAG 14. Januar 2009 - 3 AZR 20/07 - aaO; 16. Dezember 2008 - 9 AZR 985/07 - aaO). Der Zeitpunkt der Kenntniserlangung von der Benachteiligung ist zwar entscheidend für den Beginn der Geltendmachungsfrist nach § 15 Abs. 4 Satz 2 AGG, für den zeitlichen Anwendungsbereich des AGG ist jedoch nur der Zeitpunkt der Verwirklichung des Tatbestandes des § 7 Abs. 1 AGG von Bedeutung (Bauer/Göpfert/Krieger AGG 2. Aufl. § 33 Rn. 8; Adomeit/Mohr § 33 Rn. 9/10).

22

Die Kläger berufen sich auf eine Belästigung iSv. § 3 Abs. 3 AGG zur Begründung der Entschädigungspflicht der Beklagten, wobei die Belästigung dadurch entstanden sein soll, dass die Beklagte es nach Inkrafttreten des AGG trotz einer Aufforderung im September 2006 unterlassen habe, die Beschriftungen an den Toilettentüren zu entfernen. Damit lag der Zeitpunkt der Vornahme der behaupteten Benachteiligungshandlung, nämlich die Nichtentfernung der Beschriftungen, nach Inkrafttreten des AGG, so dass dieses nach dem Sachvortrag der Kläger anwendbar ist.

23

b) Die Parteien unterliegen dem persönlichen Anwendungsbereich des AGG nach § 6 AGG. Die Kläger sind Beschäftigte im Sinn des Gesetzes, weil sie Arbeitnehmer sind (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 AGG), und die Beklagte ist Arbeitgeberin, weil sie die Kläger als Arbeitnehmer beschäftigt (§ 6 Abs. 2 Satz 1 AGG).

24

c) Nach § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG kann der oder die Beschäftigte wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine Entschädigung in Geld verlangen. Tatbestandsvoraussetzung für einen solchen Entschädigungsanspruch ist ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot gem. § 7 Abs. 1 iVm. § 1 AGG. Dies wird zwar in § 15 Abs. 2 AGG nicht ausdrücklich klargestellt, ergibt sich jedoch aus dem Gesamtzusammenhang der Bestimmungen in § 15 AGG (Senat 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - Rn. 28, EzA AGG § 15 Nr. 1).

25

d) Es kann dahinstehen, ob das teilweise bestrittene Vorbringen der Kläger, welches zur Annahme eines Verstoßes der Beklagten gegen das Benachteiligungsverbot gem. § 7 Abs. 1 AGG führen könnte, zutrifft.

26

aa) Ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot nach § 7 Abs. 1 AGG ist ua. dann gegeben, wenn eine Belästigung iSd. § 3 Abs. 3 AGG vorliegt. Die Kläger sehen eine solche Belästigung darin, dass die Beklagte es trotz einer entsprechenden Beanstandung unterlassen habe, die Beschriftungen an den Toiletteninnentüren zu beseitigen.

27

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. Die Beschriftungen „Scheiß Ausländer, Ausländer raus und Kanaken“ stehen mit dem Merkmal der ethnischen Herkunft nach § 1 AGG im Zusammenhang. Dadurch, dass der Begriff „Ausländer“ in den Kontext mit zweifelsfrei beleidigenden Wörtern („Scheiß“, „Kanaken“, „Hurensöhne“) gestellt wird, verbunden mit dem Hakenkreuz als dem Symbol für das rassistische nationalsozialistische Unrechtsregime, bewirken diese Toilettenschmierereien eine Verletzung der Würde der Kläger, die von den Urhebern dieser Beschriftungen auch bezweckt war. Dass die Verfasser dieser „Inschriften“ aus Sicht eines objektiven Betrachters davon ausgehen mussten, es handele sich bei ihren Schmierereien um „unerwünschte Verhaltensweisen“ iSd. § 3 Abs. 3 AGG, dh. um von den Betroffenen nicht akzeptiertes und gewünschtes Verhalten (vgl. BT-Drucks. 16/1780 S. 33), kann unterstellt werden.

28

bb) Nach § 3 Abs. 3 letzter Teilsatz AGG ist für die Annahme einer Belästigung Voraussetzung, dass zusätzlich zu einer unerwünschten Verhaltensweise, die mit einem in § 1 AGG genannten Grund in Zusammenhang steht und bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, ein durch Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.

29

Die Würdeverletzung und ein „feindliches Umfeld“ - als Synonym für „ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld“ - müssen für die Verwirklichung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 3 Abs. 3 AGG kumulativ vorliegen. Soweit vertreten wird, dass „das feindliche Umfeld“ vorrangig eine Konkretisierung des Maßstabes für den bei einer Belästigung gem. § 3 Abs. 3 AGG vorauszusetzenden Schweregrad der unerwünschten Belästigung darstelle (in diesem Sinne: ErfK/Schlachter 9. Aufl. § 3 AGG Rn. 15; Meinel/Heyn/Herms AGG § 3 Rn. 36), ist dem nicht zu folgen. Zwar deutet die Begründung des Gesetzentwurfes vom 8. Juni 2006 darauf hin, dass mit dem Begriff „feindliches Umfeld“ kein zusätzliches Tatbestandsmerkmal aufgestellt werden sollte. In der BT-Drucks. heißt es: „insbesondere durch das Schaffen eines von Einschüchterungen ... gekennzeichneten Umfeldes“ (BT-Drucks. 16/1780 S. 33). Dafür, dass „die Schaffung eines feindlichen Umfeldes“ eine weitere Tatbestandsvoraussetzung des § 3 Abs. 3 AGG ist, welche kumulativ vorliegen muss, spricht jedoch, dass der Gesetzgeber in § 3 Abs. 3 AGG von dem „Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien“ vom 16. Dezember 2004 abgewichen ist. In diesem, letztlich nicht Gesetz gewordenen Entwurf waren die

Würdeverletzung und das feindliche Umfeld noch mit „insbesondere“ (vgl. BT-Drucks. 15/4538 S. 5) und nicht mit „und“ wie im späteren Gesetzestext, dem geltenden § 3 Abs. 3 AGG, verbunden. Im Hinblick auf diesen eindeutigen Wortlaut des § 3 Abs. 3 AGG ergibt sich die Klarstellung des Gesetzgebers, dass beide Voraussetzungen kumulativ vorliegen müssen (so auch Adomeit/Mohr § 3 Rn. 134; MünchKommBGB/Thüsing § 3 AGG Rn. 58; v. Roetteken AGG § 3 Rn. 367; Däubler/Bertzbach-Schrader/Schubert AGG 2. Aufl. § 3 Rn. 66/67; Schiek AGG § 3 Rn. 73; Gaier/Wendtland AGG § 2 Rn. 92; Bauer/Göpfert/Krieger § 3 Rn. 45; Schaub/Linck ArbR-Hdb. 13. Aufl. § 33 Rn. 36). Durch die gegenüber dem Entwurf geänderte Wortwahl hat der Gesetzgeber auch der Kritik Rechnung getragen, dass der Entwurf den Begriff der Belästigung uferlos ausdehne und unnötigerweise über die Richtlinienvorgabe hinausgehe. Mit den vom Gesetzgeber vorgenommenen Änderungen entspricht § 3 Abs. 3 AGG auch dem Wortlaut des Art. 2 Abs. 3 der RL 2000/78/EG des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf vom 27. November 2000.

30

cc) Umstritten ist, welche Voraussetzungen gegeben sein müssen, damit ein durch Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird. Insoweit führt das Landesarbeitsgericht aus, dass die Belästigungen ein Umfeld nur dann „kennzeichnen“ können, wenn sie für das Arbeitsverhältnis prägende Bedeutung entfalten, wohingegen die Revision meint, dass das Merkmal „kennzeichnen“ einen anderen Inhalt habe, insbesondere, dass es sich nicht um das wesentliche Kennzeichen, sondern nur um eines von mehreren auffälligen handeln müsse.

31

In der Literatur finden sich verschiedene Ansätze dazu, wann ein feindliches Umfeld iSd. § 3 Abs. 3 letzter Teilsatz AGG vorliegt. So wird vertreten, dass eine Schwere oder Intensität erforderlich sei, aufgrund derer das Arbeitsumfeld der verletzten Person durch die Belästigung gekennzeichnet, also mit geprägt werde (KR/Treber 9. Aufl. § 3 AGG Rn. 82) bzw. dass eine Verhaltensweise deutlich oberhalb der Lästigkeitsschwelle (in diesem Sinne auch: v. Roetteken § 3 Rn. 367 und Adomeit/Mohr § 3 Rn. 134; Meinel/Heyn/Herms § 3 Rn. 36, die insoweit den Begriff „nicht unerhebliches Gewicht“ verwenden) vorliegen müsse, wobei die Verhaltensweise das Umfeld nur kennzeichnen könne, wenn sie für das fragliche Arbeitsverhältnis prägende Bedeutung entfalte (ErfK/Schlachter aaO; wohl auch: MünchKommBGB/Thüsing § 3 AGG Rn. 59, der von „feindlicher Umfeldprägung“ spricht). Darüber hinaus wird angenommen, dass die Schaffung eines negativen Umfeldes in der Regel nicht durch einmalige Handlungen verwirklicht werden könne, sondern dass die Schaffung eines solchen regelmäßig nur durch ein Verhalten von gewisser Dauer möglich sei (Bauer/Göpfert/Krieger § 3 Rn. 45; Thüsing Sonderbeilage zu NZA-Heft 22/2004, 3; Däubler/Bertzbach-Schrader/Schubert § 3 Rn. 74; v. Roetteken § 3 Rn. 368; Schaub/Linck aaO; ähnlich bereits zum „Mobbing“ Senat 25. Oktober 2007 - 8 AZR 593/06 - Rn. 59, BAGE 124, 295 = AP BGB § 611 Mobbing Nr. 6 = EzA BGB 2002 § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 7; 24. April 2008 - 8 AZR 347/07 - Rn. 29, AP BGB § 611 Haftung des Arbeitgebers Nr. 42 = EzA BGB 2002 § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 8). Teilweise wird angenommen, dass dies im Regelfalle eine Systematik des Handelns des Belästigers voraussetze (Adomeit/Mohr § 3 Rn. 134; Bauer/Göpfert/Krieger § 3 Rn. 45).

32

Die dargestellten Definitionsansätze greifen letztlich ineinander, ergänzen sich und schließen sich nicht gegenseitig aus. So führt eine Verhaltensweise unterhalb der „Lästigkeitsschwelle“, welche sich in einem einzelnen Zwischenfall erschöpft, nach

allen Meinungen nicht zur Schaffung eines feindlichen Umfeldes. „Gekennzeichnet“ ist ein Umfeld dann von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen, wenn diese für das Umfeld „charakteristisch oder typisch“ sind (Wahrig Deutsches Wörterbuch; Duden Das große Wörterbuch der deutschen Sprache). Maßgeblich ist, ob eine bestimmte Verhaltensweise oder ein bestimmter Vorfall das Umfeld kennzeichnet, also für dieses charakteristisch oder typisch ist. Deshalb führt einmaliges Verhalten grundsätzlich nicht zur Schaffung eines feindlichen Umfeldes. Vielmehr ist dafür regelmäßig ein Verhalten von gewisser Dauer erforderlich. Dies schließt umgekehrt nicht aus, dass im Einzelfalle das Umfeld auch durch ein (besonders schwerwiegendes) einmaliges Verhalten gekennzeichnet sein kann.

33

dd) Im Ergebnis ist immer eine wertende Gesamtschau aller Faktoren bei der Beurteilung, ob ein feindliches Umfeld geschaffen wurde, vorzunehmen. Diese Gesamtschau unterliegt der revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbaren tatrichterlichen Würdigung. Diese darf dem Berufungsgericht nicht entzogen werden (so zum Mobbing: Senat 25. Oktober 2007 - 8 AZR 593/06 - Rn. 61, BAGE 124, 295 = AP BGB § 611 Mobbing Nr. 6 = EzA BGB 2002 § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 7). Daher kann das Revisionsgericht nur überprüfen, ob das Landesarbeitsgericht Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt, alle wesentlichen Umstände des Einzelfalles beachtet und hinreichend gewürdigt hat und ob es in die vorzunehmende Gesamtschau die wesentlichen Umstände des Einzelfalles in nachvollziehbarer Weise mit einbezogen hat sowie ob das Urteil in sich widerspruchsfrei ist.

34

ee) Nach dem Vorbringen der Kläger ist nicht davon auszugehen, dass allein durch das Nichtentfernen der Schmierereien an den Toiletteninnentüren ein durch Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen worden war. Grundsätzlich gehören auch Toiletten zum Umfeld in einem Arbeitsverhältnis, weil sie üblicherweise während der Arbeitszeit aufgesucht werden. Dass allein die Beschriftungen charakteristisch oder typisch für das Arbeitsverhältnis sind, ist vorliegend ohne Hinzutreten weiterer Anhaltspunkte nicht anzunehmen. Die Beschriftungen betreffen nur einen sehr begrenzten Ausschnitt des Umfeldes der Kläger und kennzeichnen dieses nicht. Sie waren - nach klägerischem Vorbringen - auf mindestens zwei von fünf Herrentoiletten seit 2006 angebracht. Entsprechend liegt - wie das Berufungsgericht zutreffend festgestellt hat - mit dem Anbringen der Beschriftungen eine weit zurückliegende Tathandlung vor, ohne dass weitere Tathandlungen in Form neuer Beschriftungen hinzugekommen wären. Es ist weder ersichtlich, ob die Mitarbeiter, welche die Beschriftungen angebracht haben, weiterhin bei der Beklagten beschäftigt sind noch von wie vielen Mitarbeitern die Beschriftungen stammen oder ob es sich dabei um Vorgesetzte oder sonstige Beschäftigte (zB Aushilfskräfte) gehandelt hat. Ebenso wenig ist vorgetragen, dass die Kollegen der Kläger oder deren Vorgesetzte den Inhalt der Schmierereien gebilligt haben.

35

Dass daneben weitere Würdeverletzungen der Kläger iSd. § 3 Abs. 3 AGG durch die Beklagte oder ihr zurechenbares Verhalten anderer Mitarbeiter vorlagen, haben die Kläger nicht behauptet. Dagegen ist zwischen den Parteien unstrittig, dass die Beklagte religiöse Belange der muslimischen Mitarbeiter berücksichtigt, indem zB am Lagerstandort ein Gebetsraum für muslimische Mitarbeiter errichtet ist und beim jährlichen Sommerfest ein besonderer Grill zur Verfügung gestellt wird, auf dem ausschließlich bei einem muslimischen Metzger erworbenes Fleisch gegrillt wird.



36

ff) Etwas anderes könnte jedoch gelten, wenn die Behauptung der Kläger zuträfe, dass ihr Kollege T im September 2006 den Niederlassungsleiter S auf die Beschriftungen hingewiesen und dieser sich auf die Äußerung beschränkt habe: „So denken die Leute eben“. Dies könnte zur Bejahung des Vorliegens eines feindlichen Umfeldes iSd. § 3 Abs. 3 AGG führen. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass sich der Niederlassungsleiter mit der Äußerung: „So denken die Leute eben“, zwar nicht mit dem Inhalt der Beschriftungen identifiziert oder sie gebilligt hat. Als Vorgesetzter der Kläger könnte er deren Würdeverletzung jedoch durch diese erkennbar zur Schau gestellte Untätigkeit, verbunden mit einem deutlich geäußerten Desinteresse an diesem Vorgang, verstärkt haben. Die Qualität und Schwere der Würdeverletzung hätte sich durch diese Äußerung verändert, weil die Kläger nunmehr davon ausgehen mussten, ihrem Arbeitgeber, dh. der Beklagten, als deren Vertreter der Niederlassungsleiter handelte, sei es gleichgültig, dass sie durch ausländerfeindliche Parolen in ihrem Arbeitsumfeld in ihrer Würde verletzt werden. Dieser Umstand hätte ein so genanntes „feindliches Umfeld“ iSd. § 3 Abs. 3 letzter Teilsatz AGG schaffen können. Insoweit wäre vom Landesarbeitsgericht eine revisionsrechtlich nur beschränkt nachprüfbare „Gesamtschau“ vorzunehmen.

37

2. Letztlich kann jedoch dahinstehen, ob die behauptete Untätigkeit des Niederlassungsleiters tatsächlich vorgelegen hat und zu einem Entschädigungsanspruch der Kläger nach § 3 Abs. 3 iVm. § 15 Abs. 2 AGG geführt hätte.

38

Auch wenn unterstellt wird, dass den Klägern gegen die Beklagte ein solcher Entschädigungsanspruch dem Grunde nach zustünde, wäre dieser untergegangen, weil die Kläger die Geltendmachungsfrist des § 15 Abs. 4 AGG für einen solchen Anspruch nicht eingehalten hätten.

39

a) Gemäß § 15 Abs. 4 AGG muss ein Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG innerhalb einer Frist von zwei Monaten geltend gemacht werden. Abgesehen von den Fällen einer Bewerbung oder des beruflichen Aufstieges beginnt die Frist zur Geltendmachung mit dem Zeitpunkt, in dem der benachteiligte Beschäftigte von der Benachteiligung Kenntnis erlangt, § 15 Abs. 4 Satz 2 AGG.

40

b) Diese Ausschlussfrist verstößt zumindest insoweit nicht gegen europäisches Gemeinschaftsrecht, insbesondere nicht gegen die RL 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, als sie die Geltendmachung eines Entschädigungsanspruches wegen einer Belästigung iSd. § 3 Abs. 3 AGG in einem bestehenden Arbeitsverhältnis betrifft. Dies folgt aus dem einschlägigen europäischen Gemeinschaftsrecht unter Beachtung der dazu ergangenen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs.

41

aa) Ausdrücklich lässt Art. 7 Abs. 3 der RL 2000/43/EG einzelstaatliche Regelungen über die Fristen für die Rechtsverfolgung betreffend den Gleichbehandlungsgrundsatz unberührt. Entsprechende Regelungen enthalten auch die anderen Antidiskriminierungsrichtlinien (Art. 9 Abs. 3 der RL 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf

und Art. 17 Abs. 3 der RL 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen [Neufassung]).

42

bb) Nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs darf durch solche nationalen Verfahrensvorschriften, zu denen auch gesetzliche Ausschlussfristen zählen, dem Einzelnen die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich gemacht bzw. übermäßig erschwert werden (zum Grundsatz der Effektivitätsprüfung vgl. 16. Mai 2000 - C-78/98 - Rn. 67 mwN, Slg. 2000, I-3201).

43

Grundsätzlich verstoßen Ausschlussfristen nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht gegen den Effektivitätsgrundsatz, weil sie - wenn sie angemessen sind - ein Anwendungsfall des grundlegenden Prinzips der Rechtssicherheit sind (28. November 2000 - C-88/99 - Rn. 22, Slg. 2000, I-10465). Derartige Fristen können nämlich nicht als so geartet angesehen werden, dass sie die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren, selbst wenn ihr Ablauf per definitionem zur vollständigen oder teilweisen Abweisung einer Klage führt (EuGH 1. Dezember 1998 - C-326/96 - Rn. 19, Slg. 1998, I-7835). Insbesondere darf durch die Fristen der Wesensgehalt der Rechte nicht angetastet werden (vgl. EuGH 16. Mai 2000 - C-78/98 - Rn. 34, Slg. 2000, I-3201).

44

Durch die zweimonatige Ausschlussfrist des § 15 Abs. 4 AGG wird die Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen gem. § 3 Abs. 3 iVm. § 15 Abs. 2 AGG weder praktisch unmöglich gemacht noch so übermäßig erschwert, dass dadurch der Wesensgehalt der Rechte angetastet wird. Solche kurzen Ausschlussfristen sind - gerade im Arbeitsrecht - nicht unüblich. Sie sind dem Bedürfnis der Arbeitsvertragsparteien an einer möglichst zügigen Klärung, ob und gegebenenfalls welche Ansprüche noch gegen sie geltend gemacht werden, dh. an baldiger Rechtssicherheit und Rechtsklarheit im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis, geschuldet. So hat die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts - vor Erstreckung der Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB auch auf Arbeitsvertragsklauseln - arbeitsvertragliche Ausschlussfristen von einem Monat, sechs Wochen und zwei Monaten ausdrücklich gebilligt (13. Dezember 2000 - 10 AZR 168/00 - BAGE 96, 371 = AP BGB § 241 Nr. 2 = EzA BGB § 611 Inhaltskontrolle Nr. 8; 15. Oktober 1981 - 2 AZR 548/79 -; 27. Februar 2002 - 9 AZR 543/00 - AP TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 162 = EzA BGB § 138 Nr. 30).

45

Gegen eine unzumutbare Beeinträchtigung der Rechte einer Arbeitsvertragspartei spricht insbesondere, dass der Entschädigungsanspruch aufgrund einer Benachteiligung im Arbeitsverhältnis erst mit dem Zeitpunkt beginnt, in welchem der oder die Beschäftigte von der Benachteiligung Kenntnis erlangt (§ 15 Abs. 4 Satz 2 AGG). Auch die Verpflichtung des Arbeitgebers, dann, wenn der Arbeitnehmer Indizien beweist, die seine gesetzwidrige Benachteiligung vermuten lassen, zu beweisen, dass kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot vorgelegen hat, § 22 AGG, begründet ein besonderes Interesse des Arbeitgebers an alsbaldiger Rechtsklarheit, weil ihm insoweit eine gesteigerte Dokumentationspflicht auferlegt ist (vgl. Stellungnahme des Rechtsausschusses des Bundestages, der eine Vermeidung des bürokratischen Aufwandes durch eine Verkürzung der Ausschlussfrist auf zwei Monate gefordert hatte, BT-Drucks. 16/2022 S. 12).

46

Offensichtlich hatte auch der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts bzgl. der Angemessenheit der zweimonatigen Ausschlussfrist für Ansprüche wegen Benachteiligung aufgrund einer Behinderung (§ 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 SGB IX aF) keine Bedenken (vgl. 3. April 2007 - 9 AZR 823/06 - BAGE 122, 54 = AP SGB IX § 81 Nr. 14 = EzA SGB IX § 81 Nr. 15; 15. Februar 2005 - 9 AZR 635/03 - BAGE 113, 361 = AP SGB IX § 81 Nr. 7 = EzA SGB IX § 81 Nr. 6). Auch der Europäische Gerichtshof hat eine 60-tägige Ausschlussfrist „als solche“ nicht beanstandet (14. Dezember 1995 - C-312/93 - Rn. 16, Slg. 1995, I-4599; so im Ergebnis auch: Wagner/Potsch JZ 2006, 1085, 1092 ff.; Jacobs RdA 2009, 193, 200; Däubler/Bertzbach-Deinert § 15 Rn. 102; KR/Treber § 15 AGG Rn. 51; Meinel/Heyn/Herms § 15 Rn. 66; zweifelnd: Schleusener/Suckow/Voigt AGG 2. Aufl. § 15 Rn. 72).

47

Dies steht nicht im Widerspruch zur Rechtsprechung des Fünften Senats des Bundesarbeitsgerichts (25. Mai 2005 - 5 AZR 572/04 - BAGE 115, 19 = AP BGB § 310 Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 3 und 28. September 2005 - 5 AZR 52/05 - BAGE 116, 66 = AP BGB § 307 Nr. 7 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 8). Dieser hatte eine einzelvertragliche Ausschlussfrist, welche die gerichtliche oder schriftliche Geltendmachung aller Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis innerhalb einer Frist von weniger als drei Monaten ab Fälligkeit verlangt, für unwirksam betrachtet, weil sie entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteilige (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB). Diese Rechtsprechung ist für den Streitfall nicht einschlägig. Sie bezieht sich ausdrücklich auf Vertragsklauseln, welche der AGB-Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB unterliegen, nicht jedoch auf gesetzliche Ausschlussfristen, welche einer solchen Überprüfung nicht zugänglich sind. Auch der Fünfte Senat geht in seiner Entscheidung erkennbar von der Zulässigkeit der zweimonatigen Mindestfrist des § 611a Abs. 4 BGB aF für die Geltendmachung von Ansprüchen wegen geschlechtsbezogener Benachteiligung und der zweimonatigen Ausschlussfrist für die Geltendmachung von Ansprüchen wegen Benachteiligung aufgrund einer Behinderung (§ 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 SGB IX aF) aus (aA LAG Hamburg EuGH-Vorlagebeschluss 3. Juni 2009 - 5 Sa 3/09 - zu einem Entschädigungsanspruch wegen der Benachteiligung wegen des Alters bei einer Bewerbung, nicht jedoch zu einem Entschädigungsanspruch wegen einer Benachteiligung in einem bestehenden Arbeitsverhältnis).

48

cc) Die Ausschlussfrist des § 15 Abs. 4 AGG verstößt auch nicht gegen den Grundsatz der Gleichwertigkeit. Nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist die Ausgestaltung des Verfahrens für die Klagen, die den Schutz der dem Bürger aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten. Die betreffenden Modalitäten dürfen jedoch nicht ungünstiger sein als für gleichartige Klagen, die das innerstaatliche Recht betreffen (Grundsatz der Gleichwertigkeit, vgl. 16. Mai 2000 - C-78/98 - Rn. 49 mwN, Slg. 2000, I-3201).

49

Um festzustellen, ob der Grundsatz der Gleichwertigkeit gewahrt ist, hat nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs das nationale Gericht, das allein eine unmittelbare Kenntnis der Verfahrensmodalitäten für Klagen im Bereich des nationalen Rechts besitzt, zu untersuchen, ob die Verfahrensmodalitäten, die im innerstaatlichen Recht den Schutz der Rechte gewährleisten sollen, den die Bürger aufgrund des Gemeinschaftsrechts genießen, diesem Grundsatz entsprechen, und sowohl den Gegenstand als auch die wesentlichen Merkmale der angeblich

vergleichbaren Klagen, die das innerstaatliche Recht betreffen, zu prüfen (16. Mai 2000 - C-78/98 - Rn. 49 mwN, Slg. 2000, I-3201). Der Grundsatz der Gleichwertigkeit bedeutet nicht, dass ein Mitgliedstaat verpflichtet ist, die günstigste innerstaatliche Regelung auf alle Klagen zu erstrecken, die aufgrund gemeinschaftsrechtlich gewährleisteter Rechte erhoben werden (vgl. EuGH 15. September 1998 - C-231/96 - Rn. 36, Slg. 1998, I-4951).

50

Legt man diese Grundsätze der Rechtsprechung des EuGH zugrunde, so erfüllt die gesetzliche Regelung des § 15 Abs. 4 AGG, welche ua. die Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen wegen unzulässiger Benachteiligung in einem bestehenden Arbeitsverhältnis innerhalb von zwei Monaten verlangt, das Erfordernis der Gleichwertigkeit.

51

Zunächst kennt das deutsche Arbeitsrecht eine Reihe deutlich kürzerer Geltendmachungsfristen. So muss der Arbeitnehmer eine Kündigung, die er für unwirksam hält, binnen dreier Wochen nach ihrem Zugang mittels einer Feststellungsklage angreifen, § 4 Satz 1 KSchG, oder die Unwirksamkeit einer Befristung seines Arbeitsvertrages innerhalb von drei Wochen nach dem vereinbarten Ende des Arbeitsvertrages, § 17 Satz 1 TzBfG.

52

Auch in anderen Fällen verlangt der deutsche Gesetzgeber ein Tätigwerden des Arbeitnehmers innerhalb sehr kurzer, deutlich unter zwei Monaten liegender Fristen, um - teils ganz erhebliche - Rechtsnachteile zu vermeiden. So muss ein Arbeitnehmer, der sein Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich kündigen will, dies innerhalb von zwei Wochen nach Kenntniserlangung vom wichtigen Kündigungsgrund tun, § 626 Abs. 2 BGB. Gleiches gilt für die Kündigung eines Berufsausbildungsverhältnisses aus wichtigem Grund, § 22 Abs. 4 Satz 1 BBiG. Nach § 12 Satz 1 KSchG muss ein Arbeitnehmer, der nach einem gewonnenen Kündigungsschutzprozess die Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses beim bisherigen Arbeitgeber verweigern will, diesem dies innerhalb einer Woche nach Rechtskraft des Urteils mitteilen. Auch eine Arbeitnehmerin, die sich gegenüber ihrem Arbeitgeber nach Ausspruch einer Arbeitgeberkündigung auf eine bestehende Schwangerschaft oder eine erfolgte Entbindung berufen will, muss dies binnen zweier Wochen nach Zugang der Kündigung tun, wenn die Schwangerschaft oder Entbindung dem Arbeitgeber nicht bekannt war, § 9 Abs. 1 MuSchG.

53

Aus diesen gesetzlichen Bestimmungen ist zu folgern, dass der deutsche Gesetzgeber dem Arbeitnehmer zumutet, innerhalb von deutlich unter zwei Monaten liegenden Fristen gegenüber seinem Arbeitgeber tätig zu werden, um nicht seine Rechte zu verlieren. Dabei geht es in diesen Beispielfällen um ganz erhebliche Rechtsnachteile, welche der Arbeitnehmer durch eine Fristversäumung erleidet, nämlich um solche, die sich auf den Bestand seines Arbeitsverhältnisses auswirken. Diese materiellen und ideellen Nachteile sind nach Schwere und Umfang mit denen vergleichbar, die ein Arbeitnehmer erleidet, wenn er einen gemeinschaftsrechtlich begründeten Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG deshalb verliert, weil er ihn nicht innerhalb der Frist des § 15 Abs. 4 AGG geltend gemacht hat.

54

Gegen die Wahrung des Gleichwertigkeitsgrundsatzes spricht entgegen der Annahme der EU-Kommission auch nicht die Tatsache, dass der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts in seinen zitierten Entscheidungen festgestellt hat, dass arbeitsvertraglich begründete Ausschlussfristen mindestens drei Monate betragen

müssen (vgl. Aufforderungsschreiben der EU-Kommission vom 31. Januar 2008 - Vertragsverletzung Nr. 2007/2362 an den Bundesminister des Äußeren). Wie oben dargelegt, bezieht sich diese Rechtsprechung nur auf einzelvertraglich vereinbarte Ausschlussfristen. Sie ist nicht auf gesetzliche Ausschlussfristen übertragbar (so auch: Jacobs aaO; Meinel/Heyn/Herms § 15 Rn. 66; zweifelnd: Schleusener/Suckow/Voigt § 15 Rn. 72; aA Schiek § 15 Rn. 56). Das Landesarbeitsgericht Hamburg hält in seiner EuGH-Vorlage (3. Juni 2009 - 5 Sa 3/09 -) den § 15 Abs. 4 AGG mit dem Grundsatz der Gleichwertigkeit „im Hinblick auf vorvertragliches Verhalten des Arbeitgebers“ für unvereinbar. Ob es diese Rechtsansicht auch für Ansprüche aus einem bestehenden Arbeitsverhältnis vertritt, ist dem Vorlagebeschluss nicht zu entnehmen.

55

dd) § 15 Abs. 4 AGG senkt das von der Bundesrepublik Deutschland bereits garantierte Schutzniveau in Bezug auf Diskriminierungen in den von der RL 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft abgedeckten Bereichen nicht ab, so dass insoweit kein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie vorliegt. In Deutschland gab es vor Inkrafttreten des AGG am 18. August 2006 keine konkrete gesetzliche Regelung zur Bekämpfung der Diskriminierung aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft, wie sie Art. 1 iVm. Art. 7 der RL 2000/43/EG verlangt. Damit fehlte es bis zum Inkrafttreten des AGG an einem dem in der Richtlinie normierten Gemeinschaftsrecht gleichartigen nationalen Recht (vgl. Jacobs aaO; Wagner/Potsch JZ 2006, 1085, 1092). Dementsprechend konnte durch die Schaffung einer Ausschlussfrist für die Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen wegen einer unzulässigen Benachteiligung wegen der Rasse oder der ethnischen Herkunft keine Absenkung des Schutzniveaus iSd. Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie erfolgen.

56

c) Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen, dass die zweimonatige Ausschlussfrist des § 15 Abs. 4 AGG von den Klägern mit den Geltendmachungsschreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 11. April 2007 nicht eingehalten worden ist, so dass etwaige Entschädigungsansprüche untergegangen sind.

57

aa) Die Frist zur außergerichtlichen schriftlichen Geltendmachung des Entschädigungsanspruches beginnt gem. § 15 Abs. 4 Satz 2 letzter Halbsatz AGG mit dem Zeitpunkt, in dem der Beschäftigte von der Benachteiligung Kenntnis erlangt. Es kann im Streitfall dahinstehen, ob der Begriff „Benachteiligung“ (nur) auf die benachteiligende Handlung (zB die Besserstellung eines anderen Beschäftigten) oder auf die Kenntnis aller anspruchsbegründenden Tatsachen abstellt (also auch Kenntnis der diskriminierenden Motive). Vorliegend fällt nämlich die Kenntnis der benachteiligenden Handlung und dass diese auf diskriminierenden Motiven beruht, zusammen, weil zeitgleich mit der Wahrnehmung der Toilettenbeschriftungen für die Kläger auch die diskriminierenden Motive erkennbar waren.

58

bb) Nach ihrem eigenen Vorbringen hatten die Kläger bereits Anfang 2006 Kenntnis von den Beschriftungen erlangt. Zwar begann die Ausschlussfrist des § 15 Abs. 4 AGG zu diesem Zeitpunkt noch nicht zu laufen, weil das AGG erst am 18. August 2006 in Kraft getreten ist. Jedoch ist für den Fristbeginn spätestens auf den Zeitpunkt des ersten - von den Klägern behaupteten - Hinweises an den Niederlassungsleiter S auf die Beschriftungen im September 2006 abzustellen. Damit war im Zeitpunkt der erstmaligen schriftlichen Geltendmachung mit

Schreiben vom 11. April 2007 die zweimonatige Ausschlussfrist des § 15 Abs. 4 AGG bereits abgelaufen.

59

cc) Entgegen der Auffassung der Revision beginnt die Ausschlussfrist nicht erst mit der Beseitigung der Beschriftungen. Darauf wäre dann abzustellen, wenn deren Nichtbeseitigung einen Dauertatbestand darstellen würde. Dies ist - wie das Landesarbeitsgericht zutreffend entschieden hat - nicht der Fall. Ein Dauertatbestand ist dann gegeben, wenn fortlaufend neue Tatsachen eintreten, die für eine Benachteiligung von Bedeutung sind (Meinel/Heyn/Herms § 15 Rn. 67; Adomeit/Mohr § 15 Rn. 76).

60

Nur dann, wenn ein noch nicht abgeschlossener, länger wärender Zustand vorliegt, beginnt die Ausschlussfrist nicht vor dessen Beendigung zu laufen (Meinel/Heyn/Herms § 15 Rn. 67; Bauer/Göpfert/Krieger § 15 Rn. 52; ähnlich für Mobbinghandlungen: Senat 16. Mai 2007 - 8 AZR 709/06 - Rn. 60, BAGE 122, 304 = AP BGB § 611 Mobbing Nr. 5 = EzA BGB 2002 § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 6 und für die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB: 26. Juli 2007 - 8 AZR 817/06 - Rn. 29). Dagegen liegt ein Dauerzustand dann nicht vor, wenn die für die Belästigung maßgeblichen Vorgänge bereits abgeschlossen sind und lediglich nachwirken. Dies war vorliegend der Fall.

61

Mit Recht hat das Landesarbeitsgericht darauf abgestellt, dass spätestens mit dem - von den Klägern behaupteten - Hinweis an den Arbeitgeber im September 2006 die Ausschlussfrist zu laufen begonnen hat. Da der Niederlassungsleiter S nach dem klägerischen Sachvortrag damals sein Desinteresse an dem Sachverhalt mit der Bemerkung, dass die Leute eben so dächten, dokumentiert hat, war den Klägern ab diesem Zeitpunkt klar, dass die Beklagte die Beschriftungen nicht entfernen oder in einer anderen zumutbaren Weise auf die Beschriftungen reagieren werde. Danach traten nicht fortlaufend weitere neue Tatsachen ein, welche für eine Benachteiligung maßgeblich sind. Vielmehr waren die eine Benachteiligung darstellenden Vorgänge, nämlich das Unterlassen der Beseitigung, abgeschlossen und wirkten lediglich insofern nach, als die Beschriftungen weiterhin zu sehen waren. Dadurch hat sich jedoch nicht, sozusagen Tag für Tag, eine neue Benachteiligung realisiert. Damit lag selbst nach dem eigenen Vorbringen der Kläger kein sog. Dauertatbestand vor.

62

C. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 97, 100 ZPO.