

# Inhaltsverzeichnis

|  |    |
|--|----|
| Abkürzungen  | 19 |
| § 1 Das Erscheinungsbild von Arbeitnehmerinnen                   | 21 |
| A. Arbeitsrechtliche Relevanz und Zielsetzung                    | 21 |
| B. Begriffsbestimmungen  | 24 |
| I. Das (äußere) Erscheinungsbild                                 | 24 |
| 1. Methodischer Definitionsansatz                                | 25 |
| 2. Umgangssprachliche Verwendung                                 | 26 |
| 3. Bedeutungen im Straf-, Bau- und Denkmalschutzrecht            | 26 |
| 4. Beamt:innenrechtliche Regelungen                              | 28 |
| 5. Arbeitsrechtlicher Bezug                                      | 29 |
| 6. Definition  | 30 |
| II. Insbesondere: Das Erscheinungsbild von Arbeitnehmerinnen     | 31 |
| 1. „Weibliche“...  | 33 |
| 2. ... Arbeitnehmer:innen  | 38 |
| 3. Ergebnis  | 38 |
| III. Ergebnis  | 39 |
| § 2 Rechtliche Begründung von Vorgaben zum Erscheinungsbild      | 41 |
| A. Ausdrückliche Regelungen                                      | 42 |
| I. (Fast) keine geschlechtsbezogenen gesetzlichen Regelungen     | 42 |
| II. Entscheidend: Kollektiv- und individualrechtliche Regelungen | 47 |
| 1. Analyse zweier Betriebsvereinbarungen                         | 48 |
| a. Betriebsvereinbarung der Lufthansa                            | 48 |
| b. Gesamtbetriebsvereinbarung der sog. Schlüpf-Entscheidung      | 49 |
| c. Argumentation der Arbeitgeber:innen                           | 50 |
| aa. Einheitliches Erscheinungsbild                               | 51 |
| bb. Eingliederung in das Unternehmenskonzept                     | 52 |
| cc. Schutz des Arbeitgeber:innen-Eigentums                       | 53 |

|  |    |
|--|----|
| dd. Schutz Dritter   | 53 |
| ee. Ergebnis   | 54 |
| d. Entscheidend: Gesellschaftliche Vorstellungen                                   | 54 |
| e. Ergebnis  | 60 |
| 2. Betriebsvereinbarungen und sexistische<br>Erscheinungsbildvorgaben              | 60 |
| a. Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats  | 61 |
| aa. Exkurs: Arbeitskleidung  | 62 |
| bb. Keine gesetzliche oder tarifliche Regelung                                     | 66 |
| cc. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG   | 66 |
| dd. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG   | 68 |
| [1] Abgrenzung: Ordnungsverhalten und<br>Arbeitsverhalten                          | 69 |
| [2] Mitbestimmungsrecht bei Dienstkleidung   | 70 |
| [3] Unterschiede zu<br>nicht mitbestimmungspflichtigen<br>Erscheinungsbildvorgaben | 72 |
| [4] Mitbestimmungsrecht bei Berufskleidung   | 74 |
| ee. Initiativrecht   | 76 |
| ff. Ergebnis   | 77 |
| b. Effektiver Schutz vor sexistischen<br>Erscheinungsbildvorgaben?                 | 78 |
| aa. Repräsentation von Frauen in Betriebsräten                                     | 79 |
| bb. Berücksichtigung weiblicher Lebensrealitäten                                   | 82 |
| cc. Änderung des § 15 Abs. 2 BetrVG?   | 83 |
| c. Ergebnis  | 84 |
| 3. Individualrechtliche Regelungen   | 85 |
| 4. Ergebnis  | 85 |
| III. Ergebnis  | 86 |
| B. Ungeschriebene Verpflichtungen  | 86 |
| I. Erwartungen an das Erscheinungsbild von<br>Arbeitnehmer:innen                   | 87 |
| 1. Unvollständigkeit von Arbeitsverträgen  | 88 |
| 2. Grundsatz: Einseitige Erwartungen entfalten keine<br>rechtliche Wirkung         | 92 |
| 3. Schweigen im Zivil- und Arbeitsrecht  | 96 |
| 4. Konkludente, vorvertragliche Vertragsanpassung?                                 | 97 |
| a. Konkludente Vertragsanpassung   | 98 |

|   |     |
|---|-----|
| b. Vorvertragliche Vertragsanpassung                                      | 99  |
| c. Multilateraler Charakter sozialer Normen                               | 101 |
| d. Ergebnis   | 103 |
| 5. Ergebnis   | 103 |
| II. Arbeitsvertragliche Pflichten von Arbeitnehmer:innen                  | 104 |
| 1. Arbeitspflicht   | 104 |
| 2. Nebenpflichten   | 105 |
| a. Abgrenzung nach den Maßstäben der § 241 Abs. 1 und Abs. 2 BGB?         | 106 |
| b. Kategorisierung anhand des Ersatzinteresses?                           | 109 |
| c. Entscheidend: Auslegung nach Maßgabe der Arbeitspflicht                | 112 |
| d. Ergebnis   | 113 |
| 3. Abgrenzung: Arbeitspflicht und Nebenpflichten                          | 113 |
| 4. Ergebnis   | 117 |
| III. Verpflichtung, dem Stil des Hauses zu entsprechen                    | 117 |
| 1. Arbeitgeber:innen-Weisungen  | 117 |
| 2. Gegenstand des Weisungsrechts  | 119 |
| 3. Erscheinungsbild als Teil der Arbeitspflicht                           | 121 |
| 4. Stil des Hauses als Teil der betrieblichen Ordnung                     | 124 |
| 5. Möglichkeit konkludenter Weisungen?                                    | 127 |
| 6. Ergebnis   | 130 |
| IV. Verpflichtung zur branchenüblichen Erscheinung?                       | 131 |
| 1. Abgrenzung: Branchenüblichkeit und Betriebsüblichkeit                  | 131 |
| 2. Branchenüblichkeit als berechtigtes Arbeitgeber:innen-Interesse?       | 134 |
| 3. Branchenüblichkeit als Verkehrssitte?                                  | 136 |
| 4. Pflicht zur Branchenüblichkeit als zusätzliches Diskriminierungsmoment | 138 |
| 5. Ergebnis   | 140 |
| V. Nebenpflicht zur nicht unternehmensschädigenden Erscheinung            | 140 |
| VI. Ergebnis  | 143 |
| C. Ergebnis   | 144 |

|     |  |     |
|-----|--|-----|
| § 3 | Rechtliche Grenzen für geschlechtsunterschiedliche<br>Erscheinungsbildvorschriften                   | 147 |
| A.  | Diskriminierungen wegen des Geschlechts  | 147 |
| I.  | Abstrakt: Gleichbehandlungsgrundsätze und<br>Diskriminierungsverbote                                 | 148 |
| 1.  | Abstrakte Unterschiede von<br>Gleichbehandlungsgrundsätzen und<br>Diskriminierungsverboten           | 150 |
| 2.  | Europarechtliche Implikationen   | 153 |
| a.  | Entwicklung des europäischen<br>Antidiskriminierungsrechts   | 153 |
| b.  | Verhältnis von Art. 20 und Art. 21 GRC   | 157 |
| c.  | Ergebnis   | 161 |
| 3.  | Verfassungsrechtliche Implikationen  | 161 |
| a.  | Systematik des Art. 3 GG   | 161 |
| b.  | Verhältnis von Art. 3 GG und Art. 20, 21 GRC   | 165 |
| c.  | Ergebnis   | 166 |
| 4.  | Bedeutung für geschlechtsunterschiedliche<br>Erscheinungsbildvorgaben                                | 166 |
| II. | Benachteiligungsverbot aus §§ 7 Abs. 1 iVm 1 AGG   | 167 |
| 1.  | Einführung: Rechtsquellen und Bedeutung des AGG  | 168 |
| 2.  | Benachteiligungen wegen des Geschlechts  | 170 |
| a.  | Unmittelbare Benachteiligungen   | 173 |
| aa. | Anforderungen an Benachteiligungen wegen des<br>Geschlechts  | 175 |
|     | [1] Abgrenzung: Benachteiligungen wegen des<br>Geschlechts und Benachteiligungen wegen<br>des Alters | 176 |
|     | [2] Umwidmung geschlechtsbezogener<br>Benachteiligungen in (vermeintlich)<br>natürliche Unterschiede | 178 |
|     | [3] (Möglichst) objektive Maßstabsbildung<br>durch die Dekonstruktion impliziter<br>Annahmen         | 182 |
| bb. | Abstufungen geschlechtsunterschiedlicher<br>Erscheinungsbildvorschriften                             | 183 |
|     | [1] Vorgaben nur für ein Geschlecht  | 183 |

|   |     |
|---|-----|
| [2] Unterschiedliche Vorgaben für Frauen und Männer                   | 185 |
| [3] Wahlmöglichkeit   | 188 |
| cc. Ergebnis  | 189 |
| b. Mittelbare Benachteiligungen                                       | 190 |
| c. Ergebnis   | 197 |
| 3. Rechtfertigung   | 198 |
| a. Unmittelbare Benachteiligungen                                     | 198 |
| aa. Wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung              | 198 |
| [1] Restriktive Auslegung   | 199 |
| [2] Bedeutung von Kund:innen-Erwartungen                              | 201 |
| [3] Zusammenhang zwischen Geschlecht und übergeordnetem Handlungsziel | 204 |
| bb. Angemessene Anforderung in Verfolgung eines rechtmäßigen Zwecks   | 209 |
| cc. Ergebnis  | 215 |
| b. Mittelbare Benachteiligungen                                       | 215 |
| aa. Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz                           | 216 |
| bb. Erwartungen potentieller Kund:innen?                              | 217 |
| cc. Konkrete finanzielle Nachteile oder innerbetriebliche Unruhen?    | 220 |
| dd. Neutralitätskonzepte  | 222 |
| [1] Grundsätzlich kein rechtmäßiges Ziel                              | 223 |
| [2] Geeignete Umsetzung fraglich                                      | 226 |
| [3] Heikle Annahmen zur Erforderlichkeit                              | 227 |
| [4] Angemessenheitsnachweis praktisch unmöglich                       | 228 |
| [5] Ergebnis  | 230 |
| ee. Sonstige übergeordnete Unternehmenskonzepte                       | 230 |
| ff. Einheitliches Erscheinungsbild                                    | 231 |
| gg. Ergebnis  | 232 |
| c. Ergebnis   | 234 |
| 4. Ergebnis   | 235 |
| III. Benachteiligungsverbot aus § 75 Abs. 1 BetrVG                    | 235 |

|  |     |
|--|-----|
| IV. Betriebsverfassungsrechtlicher                             |     |
| Gleichbehandlungsgrundsatz, § 75 Abs. 1 BetrVG                 | 238 |
| 1. Ausdrückliche geschlechtsunterschiedliche                   |     |
| Erscheinungsbildvorgaben                                       | 239 |
| a. Ungleichbehandlung  | 239 |
| b. Ohne sachlichen Grund                                       | 241 |
| aa. Berücksichtigung von gesellschaftlichen                    |     |
| Konventionen   | 243 |
| bb. Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz                    | 248 |
| cc. Wirtschaftliche Erwägungen                                 | 248 |
| dd. Einheitliches Erscheinungsbild                             | 250 |
| ee. Übergeordnetes Unternehmenskonzept                         | 252 |
| ff. Europarechtskonforme Auslegung geboten?                    | 254 |
| c. Tatbestandlich weniger Sachverhalte umfasst?                | 255 |
| 2. Neutralitätskonzepte  | 256 |
| 3. Ergebnis  | 259 |
| V. Allgemeiner arbeitsrechtlicher                              |     |
| Gleichbehandlungsgrundsatz                                     | 260 |
| VI. Verhältnis zwischen den Benachteiligungsverboten und       |     |
| Gleichbehandlungsgrundsätzen                                   | 262 |
| VII. Ergebnis  | 266 |
| B. Mehrdimensionale Diskriminierungen am Beispiel muslimischer |     |
| Frauen, die Hidschab tragen                                    | 267 |
| I. Kategorisierung von mehrdimensionalen                       |     |
| Diskriminierungen überhaupt zielführend?                       | 273 |
| II. Abgrenzung: Intersektionale Diskriminierungen,             |     |
| Mehrfachdiskriminierungen und sex-plus-                        |     |
| Diskriminierungen  | 277 |
| 1. Abstrakte Unterschiede                                      | 277 |
| 2. Verstrickte Mehrfachdiskriminierungen                       | 281 |
| III. Unmittelbare und/oder mittelbare Benachteiligungen...     | 284 |
| 1. ... wegen der Religion?                                     | 284 |
| 2. ... wegen des Geschlechts?                                  | 288 |
| 3. ... wegen der ethnischen Herkunft?                          | 289 |
| 4. ... wegen der sozialen Herkunft?                            | 293 |
| 5. Ergebnis  | 295 |

|   |     |
|---|-----|
| IV. Rechtfertigung nach dem Benachteiligungsverbot aus §§ 7 |     |
| Abs. 1 iVm 1 AGG  | 296 |
| 1. Benachteiligungen wegen der Religion                     | 298 |
| 2. Benachteiligungen wegen des Geschlechts                  | 300 |
| 3. Benachteiligungen wegen der ethnischen Herkunft          | 300 |
| 4. Benachteiligung wegen der sozialen Herkunft              | 300 |
| 5. Ergebnis   | 303 |
| V. Rechtfertigung nach dem Benachteiligungsverbot aus § 75  |     |
| Abs. 1 BetrVG   | 304 |
| VI. Ergebnis  | 305 |
| C. Ergebnis   | 307 |
| § 4 Rechtsfolgen  | 309 |
| A. (Un-)Wirksamkeit von Erscheinungsbildvorgaben            | 309 |
| I. Wirksamkeit bei Verstößen gegen das                      |     |
| Benachteiligungsverbot aus §§ 7 Abs. 1 iVm 1 AGG            | 309 |
| II. Wirksamkeit bei Verstößen gegen das                     |     |
| Benachteiligungsverbot aus § 75 Abs. 1 BetrVG               | 313 |
| III. Wirksamkeit bei Verstößen gegen arbeitsrechtliche      |     |
| Gleichbehandlungsgrundsätze                                 | 317 |
| IV. Ergebnis  | 321 |
| B. (Un-)Wirksamkeit von Kündigungen                         | 322 |
| I. Auch Kündigungen wirken diskriminierend                  | 323 |
| II. Wirkung von Verstößen gegen Differenzierungsverbote     | 326 |
| 1. Wirksamkeit bei Verstößen gegen das                      |     |
| Benachteiligungsverbot aus §§ 7 Abs. 1 iVm 1 AGG            | 326 |
| a. Europarechtskonforme Auslegung von § 2 Abs. 4            |     |
| AGG   | 327 |
| b. Auswirkungen auf ordentliche und außerordentliche        |     |
| Kündigungen   | 329 |
| aa. Verhaltensbedingte Kündigungen                          | 330 |
| bb. Personenbezogene Kündigungen                            | 332 |
| c. Ergebnis   | 334 |
| 2. Wirksamkeit bei Verstößen gegen das                      |     |
| Benachteiligungsverbot aus § 75 Abs. 1 BetrVG               | 335 |
| 3. Wirksamkeit bei Verstößen gegen arbeitsrechtliche        |     |
| Gleichbehandlungsgrundsätze                                 | 337 |

|   |     |
|---|-----|
| 4. Ergebnis   | 339 |
| III. Ergebnis   | 340 |
| C. Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche von Arbeitnehmer:innen | 340 |
| I. § 15 Abs. 1 AGG  | 341 |
| 1. Unionsrechtswidriges Erfordernis eines Vertretenmüssens?           | 341 |
| 2. Anwendbarkeit auf Kündigungssituationen                            | 345 |
| 3. Umfang des Schadensersatzes  | 348 |
| 4. Ergebnis   | 350 |
| II. § 15 Abs. 2 AGG   | 351 |
| 1. Haftungsprivileg des § 15 Abs. 3 AGG                               | 351 |
| 2. Umfang der Entschädigung   | 353 |
| a. Keine Begrenzung durch § 15 Abs. 2 S. 1 AGG                        | 354 |
| b. Unionsrechtliche Verpflichtung zum Strafschadensersatz?            | 357 |
| c. Anspruchshöhe bei mehrdimensionalen Diskriminierungen              | 360 |
| d. Ergebnis   | 362 |
| 3. Ergebnis   | 363 |
| III. §§ 280 Abs. 1 iVm 611a BGB                                       | 363 |
| IV. § 823 Abs. 1 BGB iVm Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG              | 364 |
| 1. Allgemeines Persönlichkeitsrecht als sonstiges Recht               | 365 |
| 2. Kausale Verletzungshandlung  | 366 |
| 3. Rechtswidrigkeit   | 367 |
| 4. Verschulden  | 368 |
| 5. Ersatz materieller und immaterieller Schäden                       | 369 |
| a. Auch materieller Schadensersatz möglich                            | 369 |
| b. Allerdings: Kein (Wieder-)Einstellungsanspruch bei Kündigungen     | 370 |
| c. Besonders schwerer Eingriff erforderlich?                          | 372 |
| d. Ergebnis   | 375 |
| 6. Ergebnis   | 375 |
| V. § 823 Abs. 2 BGB   | 376 |
| 1. Differenzierungsverbote als Schutzgesetze                          | 376 |
| a. § 7 Abs. 1 AGG   | 377 |
| b. § 75 Abs. 1 BetrVG   | 378 |
| c. Arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsätze                      | 378 |



|   |     |
|---|-----|
| d. Ergebnis   | 379 |
| 2. Auch immaterieller Schadensersatz  | 380 |
| 3. Ergebnis   | 380 |
| VI. § 831 Abs. 1 BGB  | 381 |
| VII. § 826 BGB  | 381 |
| 1. Geschlechtsunterschiedliche Erscheinungsbildvorgaben<br>als Sittenverstoß      | 382 |
| 2. Schaden  | 384 |
| 3. Verschulden  | 386 |
| 4. Ergebnis   | 387 |
| VIII. Ergebnis  | 388 |
| D. Sonstige Handlungsmöglichkeiten für Arbeitnehmer:innen                         | 389 |
| I. Beschwerderecht nach § 13 Abs. 1 AGG   | 389 |
| II. Beschwerdemöglichkeiten nach dem BetrVG                                       | 390 |
| III. Leistungsverweigerungsrecht gem. § 273 Abs. 1 BGB                            | 391 |
| IV. Feststellungsanträge auf Unwirksamkeit und Anerkennung<br>der Diskriminierung | 393 |
| V. Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche                                       | 395 |
| VI. Ergebnis  | 398 |
| E. Ergebnis   | 398 |
| § 5 Ergebnisse  | 401 |
| Literaturverzeichnis  | 407 |