

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
Kapitel 1: Einleitung	21
A. Problemstellung	21
B. Gang der Untersuchung	25
Kapitel 2: Diskriminierendes Verhalten Dritter	26
A. Begriff der Diskriminierung	26
B. Begriff des Dritten	27
C. Fallbeispiele	27
I. Fallbeispiel 1: Gestaltung eines diskriminierenden Anzeigentextes durch die Bundesagentur für Arbeit	28
II. Fallbeispiel 2: Belästigung durch den Arbeitskollegen	28
III. Fallbeispiel 3: Der benachteiligte Betriebsrat	31
IV. Fallbeispiel 4: Der diskriminierende Kunde	33
V. Fallbeispiel 5: Diskriminierender Mitarbeiter eines Fremdbetriebs	35
VI. Fallbeispiel 6: Benachteiligung durch eine Koalition	36
VII. Fallbeispiel 7: Diskriminierende Anweisung des Vorgesetzten	38
VIII. Zwischenergebnis	38
D. Diskriminierende Ungleichbehandlungen	39
I. Ungleichbehandlungen des Arbeits- oder Personalvermittlers	39
II. Ungleichbehandlung durch den Vorgesetzten	39
III. Ungleichbehandlung durch den Betriebsrat	40
1. Benachteiligte Betriebsratsentscheidungen	40
a. Das Problem kollektiver und individueller Interessenvertretung	40
b. Zustimmungsverweigerung bei Einstellung	42
c. Abberufungsverlangen des Betriebsrats	42
d. Benachteiligte Betriebsvereinbarungen	43

Inhaltsverzeichnis

2. Ungleichbehandlung durch Unterlassen des Betriebsrats	47
a. Nichtberücksichtigung einer Beschwerde	47
b. Unterlassen der Mitteilung der Stellungnahme bei Kündigungseinspruch	49
c. Unterlassen der Vermittlungstätigkeit	49
IV. Ungleichbehandlung durch eine Koalition	49
1. Ablehnende Aufnahmeeentscheidung	49
2. Benachteiligende Tarifvertragsklauseln	50
a. Unmittelbare Benachteiligung	51
b. Mittelbare Benachteiligung	54
V. Zwischenergebnis	55
E. Belästigungen	56
I. Formen der Belästigung durch Dritte	56
1. Stalking	57
2. Mobbing	60
3. Sexuelle Belästigung	65
a. Sexuell bestimmte Handlungen	67
b. Anzügliche Bemerkungen	68
c. Pornographische Darstellungen	69
aa. Strafrechtlicher Pornographie-Begriff	69
bb. AGG-spezifischer Pornographie-Begriff	70
cc. Stellungnahme	70
4. Mischformen der Belästigung	71
5. Sonstige Anfeindungen	72
II. Die soziale Beziehung als das Gefährdungspotential bestimmender Faktor	72
1. Belästigungen durch Arbeitskollegen	72
2. Belästigungen durch den Vorgesetzten	73
3. Belästigungen durch Mitglieder des Betriebsrates	73
4. Belästigungen durch Kunden	75
5. Diskriminierende Mitarbeiter eines Fremdbetriebes	75
a. Diskriminierung während der Arbeitnehmerüberlassung	76
b. Diskriminierungen bei außerbetrieblicher Auftragsausführung	76
III. Zwischenergebnis	77

F. Diskriminierende Anweisungen	78
I. Diskriminierende Anweisungen durch Kunden?	78
1. Rechtliche Weisungsbefugnis	79
2. Faktische Weisungsbefugnis	79
3. Stellungnahme	80
II. Benachteiligende Tarifvertragsklausel als Anweisung zur Benachteiligung?	82
III. Diskriminierende Anweisung durch den Vorgesetzten	83
G. Zwischenergebnis	83
Kapitel 3: Einwirkungsmöglichkeiten des Arbeitgebers	85
A. Präventive Maßnahmen	85
I. Gefährdungsanalyse durch Auditierung	85
1. Befragung der Beteiligten	86
2. Vertragsüberprüfung	87
II. Problemsensibilisierung durch Information	88
1. Betriebsinterne Aufklärungsarbeit	88
2. Aufklärung Betriebsexterner	90
III. Verhaltenstraining durch Schulung	92
1. E-learning	93
2. Präsenzschulung	95
IV. Verpflichtung Dritter durch Verhaltenskodifizierung	96
1. Arbeitgeberdirektive	97
2. Individualvertragliche Antidiskriminierungsklausel	101
a. Vereinbarung im Arbeitsvertrag	102
b. Vereinbarung mit betriebsexternen Dritten	103
3. Kollektivvertragliche Verhaltensregeln	104
a. Betriebsvereinbarung gegen Diskriminierung	104
b. Antidiskriminierungsklausel im Tarifvertrag	107
V. Arbeitsorganisation	107
1. Sicherung der Arbeitsstätte	108
2. Einrichtung einer Beschwerdestelle	108
3. Betriebsklimapflege	111
VI. Kontrollinstallation	113
1. Kontrolle durch Vorgesetzte	113
2. Betriebliche Antidiskriminierungsstellen	115
3. Externer Antidiskriminierungsprüfer	116

Inhaltsverzeichnis

B. Sachverhaltsaufklärung	116
C. Repressive Maßnahmen	118
I. Hinweis	118
II. Ermahnung	119
III. Abmahnung	120
IV. Umsetzung, Versetzung und Hausverbot	123
V. Suspendierung	125
VI. Verhängung einer Betriebsbuße	125
VII. Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs	126
VIII. Antrag nach § 23 Abs. 1 S. 1 BetrVG	128
IX. Beendigung der Vertragsbeziehung	129
1. Kündigung des Arbeitsvertrags	129
a. Ordentliche Kündigung	129
b. Außerordentliche Kündigung	133
2. Kündigung des Vertrages beziehungsweise Rücktritt vom Vertrag mit Betriebsexternen	136
D. Zwischenergebnis	136
Kapitel 4: Grenzen der Einwirkungspflicht des Arbeitgebers	138
A. Gesetzliche Grundlage der Einwirkungspflicht des Arbeitgebers	138
B. Einordnung der Einwirkungspflicht in das System der Leistungs- und Rücksichtnahmepflichten	139
C. Mit AGG-Pflichten beauftragte Dritte	140
I. Anwendbarkeit allgemeiner zivilrechtlicher Zurechnungsnormen	141
1. Abschließende Wirkung von § 3 Abs. 5 S. 1 AGG?	142
2. Generelle Anwendbarkeit zivilrechtlicher Zurechnungsnormen	142
3. Stellungnahme	144
II. Dritte als Erfüllungsgehilfen	145
1. Führungskräfte	145
2. Hilfspersonen bei der Personalbeschaffung	147
a. Fehlen eines Schuldverhältnisses, Ausschluss durch § 36 Abs. 2 S. 2 SGB III und Maklereigenschaft?	147
b. Bestehen eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses	149
c. Die Rechtsprechung des BAG	149

d. Stellungnahme	150
e. Verhaltenszurechnung in Fallbeispielen 1 und 7	154
3. Arbeitskollegen	155
a. Heranziehung aller Beschäftigter zur Schutzpflichterfüllung?	155
b. Erfordernis der Weisungsbefugnis, Kollegendiskriminierung als allgemeines Lebensrisiko?	156
c. Stellungnahme	157
4. Exzesshandlungen	160
a. Tätermotiv als Abgrenzungskriterium	161
b. Weisungsbefugnis des Täters als Abgrenzungskriterium	162
c. Stellungnahme	163
III. Dritte als Vertreter	165
1. Der gesetzliche Vertreter einer natürlichen Person	165
2. Der organschaftliche Vertreter	166
a. Originäre organschaftliche Vertretung	166
b. Lehre von den korporativen Organisationsmängeln	167
IV. Zwischenergebnis	168
D. Nicht mit AGG-Pflichten beauftragte Dritte	168
I. Rechtliche Durchsetzbarkeit als Eingrenzungskriterium	169
II. Weisungsgebundene Dritte	169
1. Allgemeine Grenzen	170
a. Arbeitgeberbegriff	171
b. Beschäftigtenbegriff	172
c. Begriff der Benachteiligung	173
aa. Erfordernis eines Arbeitsplatzbezuges	174
bb. Weiter Benachteiligungsbegriff	175
cc. Stellungnahme	176
d. Pflicht zur primären Inanspruchnahme des Diskriminierenden	178
e. Pflicht zu ernsthaftem Bemühen	180
f. Verhältnismäßigkeit	180
aa. Geeignetheit	181
(1.) Zweckförderung als Kriterium der Geeignetheit?	182
(2.) Die Definition des BAG	184

(3.) Eigener Ansatz	184
(a.) Zwecktauglichkeit	185
(b.) Beurteilungszeitpunkt	188
(c.) Beurteilungsstandpunkt	188
(d.) Adressatenbezogene Beurteilung	189
(e.) Gesamtbetrachtung	190
(f.) Zwischenergebnis	190
bb. Erforderlichkeit	191
(1.) Der Begriff der Erforderlichkeit in der Rechtsprechung	192
(a.) Begrenzungskriterium bei der Ausübung von Rechten	192
(b.) Begrenzungskriterium bei der Ausübung von Arbeitgeberpflichten	193
(c.) Für den Täter mildestes Mittel?	194
(2.) Eigener Ansatz	196
cc. Angemessenheit	198
(1.) Der Angemessenheitsbegriff in der Rechtsprechung	200
(2.) Übertragbarkeit einer Definition der Rechtsprechung?	201
(3.) Eigener Ansatz	201
(a.) Berücksichtigungsfähige Interessen	201
(b.) Grenze der drohenden Existenzvernichtung	204
(c.) Sonstige unangemessene Belastung des Arbeitgebers	206
(d.) Grenze der Kündigung des Diskriminierten	208
(e.) Zwischenergebnis	208
g. Zwischenergebnis	209
2. Spezifische Grenzen der Präventivpflicht	211
a. Schulung	211
aa. Trainingselemente	212
bb. Wissenselemente	212
cc. Möglichkeit der Nachfrage	214
dd. Erfordernis einer bestimmten Dauer und Häufigkeit?	214
ee. Einheitsschulung	216

ff. Erfordernis einer regelmäßigen Kontrolle?	216
gg. Reichweite der Fiktion	217
b. Sonstige Präventivmaßnahmen	217
aa. Auditierung	218
bb. Information	218
cc. Verpflichtung Dritter durch Verhaltenskodifizierung	219
dd. Arbeitsorganisation	219
ee. Kontrollinstallation	220
ff. Bekanntmachungspflicht nach § 12 Abs. 5 AGG	220
gg. Pflicht zur Benennung einer Beschwerdestelle	221
c. Wiederaufleben der Präventivpflicht bei Erfolglosigkeit	224
d. Zwischenergebnis	224
3. Spezifische Grenzen der Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung	226
a. Gesetzliche Grundlage der Pflicht	226
b. Diskriminierungsverdacht	227
c. Grenzen der Geeignetheit	228
aa. Anhörung	228
bb. Grundsatz des fairen Verfahrens	229
cc. Zeugenbefragung, Augenschein und Dokumentsichtung	229
d. Verzicht des Betroffenen	230
e. Zwischenergebnis	231
4. Spezifische Grenzen der Reaktionspflicht bei festgestellten Diskriminierungen	232
a. Gesetzliche Grundlage	232
b. Kenntnis des Sachverhalts	233
c. Grenzen der Geeignetheit	234
aa. Keine Einschränkung der Maßnahmemöglichkeiten	234
bb. Konkreter Tatbezug	235
cc. Spezialpräventive Zielrichtung	236
d. Verzicht des Betroffenen	237
e. Fallbeispiele	237
aa. Reaktionspflicht des Arbeitgebers in Fallbeispiel 2	237

Inhaltsverzeichnis

bb. Reaktionspflicht des Arbeitgebers in Fallbeispiel 3	239
cc. Reaktionspflicht des Arbeitgebers Z in Fallbeispiel 5	240
f. Zwischenergebnis	240
5. Spezifische Grenzen der Reaktionspflicht bei Diskriminierungsverdacht	241
a. Diskriminierungsverdacht	242
b. Eingeschränkte rechtliche Durchsetzbarkeit	242
c. Grenzen der Geeignetheit	243
d. Verzicht des Betroffenen	243
e. Zwischenergebnis	244
III. Sonstige schuldrechtlich gebundene Dritte	244
1. Bestehen von Präventivpflichten?	245
a. Beschränkung der Präventivpflicht auf Beschäftigte	245
b. Betriebsexterne Dritte und Beschäftigte als Adressaten	246
c. Stellungnahme	247
aa. Wortlaut des Gesetzes	247
bb. Historischer gesetzgeberischer Wille	247
cc. Systematik des Gesetzes	248
dd. Sinn und Zweck der Norm	249
ee. Zwischenergebnis	251
2. Grenzen der Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung	251
3. Grenzen der Reaktionspflicht	252
a. Gesetzliche Grundlage	252
b. Entsprechende Geltung der Grenzen für Maßnahmepflichten in Bezug auf Verhaltensweisungsgebundener Dritter	253
c. Eingeschränkte rechtliche Durchsetzbarkeit	253
d. Pflicht zur primären Inanspruchnahme des Täters	253
e. Das wirtschaftliche Interesse des Arbeitgebers am Bestehen der Vertragsbeziehung	255
f. Fallbeispiele	256
aa. Reaktionspflicht des Arbeitgebers in Fallbeispiel 4	256
bb. Reaktionspflicht des Arbeitgebers in Fallbeispiel 6	257
g. Zwischenergebnis	258

IV. Dritte ohne schuldrechtliche Bindung	258
1. Keine Präventivpflicht	259
2. Grenzen der Sachverhaltsaufklärungspflicht	259
3. Grenzen der Reaktionspflicht	259
4. Reaktionspflicht des Arbeitgebers U im Fallbeispiel 5	261
E. Zwischenergebnis	262
I. Verhaltenszurechnung	262
II. Das Kriterium der rechtlichen Durchsetzbarkeit	262
III. Weitere Grenzen der Einwirkungspflicht	263
Kapitel 5: Erzwingungsmöglichkeiten des diskriminierten Beschäftigten	266
A. Anspruch/Klage auf Vornahme von geeigneten Maßnahmen	266
B. Beschwerde	268
C. Leistungsverweigerung	268
I. Leistungsverweigerungsrecht gem. § 14 S. 1 AGG	269
1. Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen einer Belästigung oder sexuellen Belästigung	269
a. Drohen der Belästigung	270
b. Objektives Vorliegen der Belästigung	270
c. Stellungnahme	270
2. Offensichtlich ungeeignete Maßnahmen	271
3. Erforderlichkeit	273
4. Ausschluss des Leistungsverweigerungsrechts	274
II. Leistungsverweigerungsrecht gem. § 273 Abs. 1 BGB	275
III. Leistungsverweigerungsrecht gem. § 275 Abs. 3 BGB	276
D. Schadensersatzverlangen	277
I. Verletzung von Schutzpflichten	277
1. Schadensersatz nach § 15 Abs. 1 AGG?	277
a. Schutzpflichtverletzung als Benachteiligung	278
b. Differenzierung zwischen Schutzpflichtverletzung und Benachteiligung	279
c. Stellungnahme	279
2. Schadensersatz wegen Vertragspflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 BGB	280
a. Voraussetzungen	280

Inhaltsverzeichnis

b. Darlegungs- und Beweislast	282
aa. Beweis des ersten Anscheins?	283
bb. Beweislasterleichterung gem. § 22 AGG?	283
(1.) Europarechtskonforme Auslegung	284
(2.) Ausschluss durch § 15 Abs. 5 AGG	284
(3.) Stellungnahme	285
cc. Zwischenergebnis	285
c. Beschränkungen nach § 15 Abs. 3 und 4 AGG?	286
aa. Bedürfnis für eine entsprechende	
Normanwendung	286
bb. Wortlautgrenze	287
cc. Stellungnahme	287
3. Schadensersatz aus unerlaubter Handlung	288
a. Schadensersatz gem. § 823 Abs. 1 BGB	288
b. Schadensersatz gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 12 AGG	289
c. Schadensersatz gem. § 831 Abs. 1 BGB	289
4. Haftungsprivileg nach § 104 SGB VII	291
II. Verletzung des Benachteiligungsverbots	292
E. Entschädigungsverlangen	293
I. Verletzung von Schutzpflichten	293
1. Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG	293
2. Entschädigung nach §§ 280 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB	294
3. Entschädigung nach deliktischen Anspruchsgrundlagen	295
II. Verletzung des Benachteiligungsverbots	295
F. Zwischenergebnis	296
Kapitel 6: Gesamtergebnis	298
A. Zusammenfassung/Thesen	298
B. Ausblick	304
Literaturverzeichnis	309