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 benachteiligende 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. Benachteiligende Betriebsratsentscheidungen 40

a. Das Problem kollektiver und individueller Interessenvertretung 40

b. Zustimmungsverweigerung bei Einstellung 42

c. Abberufungsverlangen des Betriebsrats 42

d. Benachteiligende Betriebsvereinbarungen 43

2. Ungleichbehandlung durch Unterlassen des Betriebsrats 47
a. Nichtberücksichtigung einer Beschwerde 47
b. Unterlassen der Mitteilung der Stellungnahme bei Kündigungseinspruch 47
c. Unterlassen der Vermittlungstätigkeit 49
IV. Ungleichbehandlung durch eine Koalition 49
1. Ablehnende Aufnahmeentscheidung 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

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

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 Verhalten weisungsgebundener 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. Reaktionspfllicht 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

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