

Mascha Lena Hartwig, Greifswald*

Individualrechtliche Untersuchung von sexueller Belästigung am Arbeitsplatz

Die Arbeit beschäftigt sich mit dem derzeit in den Medien viel diskutierten Thema der sexuellen Belästigung. Sie bringt dieses dabei in einen arbeitsrechtlichen Bezug, beleuchtet es von der individualrechtlichen Seite und befasst sich insbesondere mit den Rechten und Pflichten der Betroffenen.

I. Einleitung

Derzeit schlägt die #MeToo-Bewegung Wellen. Ausgelöst wurde sie durch den „Weinstein-Skandal“: Jungen, zumeist unbekannten Schauspielerinnen wurden Rollen verwehrt, nachdem sie nicht auf sexuelle Avancen des Produzenten Weinstein eingingen oder sie wurden erst nach sexueller Gefälligkeit innerhalb der Rollenvergabe berücksichtigt. Hierbei handelt es sich jedoch um keinen Einzelfall. Schnell weitete sich der Skandal auf weitere Fälle der Filmbranche aus, blieb aber auch nicht nur auf diese beschränkt. So wurden im Rahmen der Bewegung weitere Fälle aus Musikindustrie, Wissenschaft und Politik bekannt. Ähnliches erfolgte 2013 innerhalb der

#Aufschrei-Debatte: Eine Journalistin war den anzüglichen Bemerkungen eines Politikers ausgesetzt. Teilweise reichen die bekanntgewordenen Fälle Jahre zurück. Die Vorfälle zeigen die Aktualität sexueller Belästigung in unserer Gesellschaft, insbesondere aber auch am Arbeitsplatz. Diese Gegenwärtigkeit erkannte der deutsche Gesetzgeber bereits in der Vergangenheit, zögerte er doch damals bei der Umsetzung europarechtlicher Vorgaben, da ein Schwall an Klagen befürchtet wurde.

Die folgende Arbeit befasst sich mit dem Problem der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz. Sie beschränkt sich dabei auf den individualrechtlichen Teil und wird auch hier nur den privatrechtlichen Bereich beleuchten. Von den Anfängen der EU-rechtlichen Vorgaben über die Umsetzung ins nationale Recht bis hin zum Umgang mit der Belästigung wird sich die Arbeit mit dem Thema der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz befassen. Letztlich

* Stud. jur. Mascha Lena Hartwig studiert Rechtswissenschaften im 10. Semester an der Universität Greifswald. Die Arbeit entstand als Seminararbeit im Schwerpunktbereich Arbeitsrecht im SoSe 2018 und wurde mit 15 Punkten bewertet.

werden die gewonnenen Erkenntnisse es ermöglichen, sich kritisch mit der Frage auseinander zu setzen, ob das nationale Recht einen umfassenden Schutz zur Verhinderung und Beseitigung von sexueller Belästigung am Arbeitsplatz bietet.

II. Europarechtliche Vorgaben

Vom europäischen Parlament und Rat erlassene Richtlinien sind hinsichtlich des zu erreichenden Ziels für die Mitgliedstaaten verbindlich, Art. 288 Abs. 3 AEUV. Das Verbot der Diskriminierung wurde durch die RL 76/207/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg etabliert.¹ 1990 erfolgte die Entschließung des Rats zum Schutz der Würde von Frauen und Männern am Arbeitsplatz.² Danach kann unerwünschtes Verhalten sexueller Natur oder sonstiges Verhalten aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit, welches die Würde am Arbeitsplatz beeinträchtigt, unter Umständen gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der RL 75/207/EWG verstoßen.³ Die 1991 folgende Empfehlung an die Mitgliedstaaten, Maßnahmen zur Förderung dieses Bewusstseins zu treffen,⁴ war für die Mitgliedstaaten unverbindlich, Art. 288 Abs. 5 AEUV. Doch der dt. Gesetzgeber erließ in dessen Folge das BeschSchG.⁵ Die RL 2002/73/EG zur Änderung der RL 76/207/EWG befasste sich als erste zwingend umzusetzende Vorgabe mit der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz.⁶ Diese wurde ausdrücklich als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts klassifiziert und definiert.⁷ Auch erfolgten Vorgaben über den Ausgleich und Ersatz erfolgter Schäden.⁸ Durch die RL 2006/54/EG wurden die wichtigsten Bestimmungen von sieben Gleichbehandlungsrichtlinien zusammengefasst, u.a. die RL 76/207/EWG nebst der Änderungsrichtlinie.⁹ Die Einordnung der sexuellen Belästigung als Diskriminierung wegen des Geschlechts wird hier in den Gründen zur Richtlinie erwähnt.¹⁰ Wegen der RL 2002/73/EG hatte der nationale Gesetzgeber die europarechtlichen Vorgaben bis Oktober 2005 umzusetzen.¹¹ Aus diesem Grund sowie zur Umsetzung der RL 2000/43/EG und 2000/78/EG wurde der Entwurf

eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien eingebracht.¹² Dieser stieß während des Gesetzgebungsverfahrens auf zahlreiche Kritik und scheiterte infolge von Diskontinuität.¹³ Seiner Umsetzungspflicht kam der dt. Gesetzgeber mit Inkrafttreten des AGG am 18.08.2006, wenn auch erst nach drohender Zwangsgeldverhängung wegen Nichtumsetzung, nach.¹⁴ Das AGG dient nach amtlicher Anmerkung auch der Umsetzung der RL 2004/113/EG. Ob das dt. Recht den europarechtlichen Vorgaben gerecht wird, soll auch Thema der nachfolgenden Untersuchungen sein.

III. Sexuelle Belästigung als Pflichtverletzung

1. Pflichten des Arbeitgebers

Neben der Hauptleistungspflicht zur Lohnzahlung treffen den Arbeitgeber vertragliche Schutzpflichten für seine Beschäftigten.¹⁵ Nach § 241 Abs. 2 BGB umfassen diese die Rücksicht auf deren Rechte, Rechtsgüter und Interessen.

Zudem konkretisiert § 7 Abs. 3 AGG, dass in seinem Anwendungsbereich ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot aus § 7 Abs. 1 AGG eine Verletzung der vertraglichen Pflichten darstellt. Unabhängig vom tatsächlichen Vertragsinhalt wird die Nebenpflicht zum benachteiligungsfreien Verhalten fingiert.¹⁶ § 12 Abs. 1 S. 1 AGG konkretisiert die Pflicht, die eigenen Beschäftigten vor verbotenen Benachteiligungen zu schützen. Diese Pflichten sind unabdingbar, § 31 AGG.

Die Schutzpflichten sind jedoch nur auf Risiken, die sich aus der Eingliederung in den Betrieb ergeben, gerichtet: Verhinderungen allgemeiner Lebensrisiken unterfallen nicht diesen Pflichten.¹⁷ Begrenzt werden die Schutzpflichten durch das Recht des Arbeitgebers, seine Rechte mit den gesetzlich zulässigen Mitteln zu wahren.¹⁸ Die Schutzpflichten müssen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geeignet, erforderlich, angemessen und dem Arbeitgeber auch zumutbar sein.¹⁹ Die Pflicht kann nur so weit gehen, wie der Arbeitgeber unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls tatsächlich und rechtlich zur Erfüllung imstande ist.²⁰ Bei der Abwägung sind alle Interessen zu berücksichtigen; auf Seiten des Arbeitgebers können betriebstechnische oder wirtschaftliche

1 Schäfer, Zur Strafbarkeit sexueller Belästigung am Arbeitsplatz, 2018, S. 17.

2 Vgl. Eggert-Weyand, Belästigung am Arbeitsplatz, 2010, S. 25.

3 Entschließung des Rates, Abl. EG Nr. C 157 v. 27.06.1990, S. 3 f.

4 Empfehlung der Kommission vom 27.11.1991 zum Schutz der Würde von Frauen und Männern am Arbeitsplatz (92/131/EWG), Abl. EG Nr. L 49 v. 24.02.1992, S. 1 ff.

5 Schäfer (Fn. 1), S. 18.

6 Abl. EG Nr. L 269 v. 05.10.2002, S. 15 ff.

7 Eggert-Weyand (Fn. 2), S. 34.

8 Abl. EG Nr. L 269 v. 05.10.2002, S. 18.

9 Abl. EG Nr. L 204 v. 26.07.2006, S. 23.

10 Schäfer (Fn. 1), S. 22.

11 Vgl. Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie.

12 BT-Drs. 15/4538, S. 1 f.

13 Eggert-Weyand (Fn. 2), S. 41.

14 Vgl. Eggert-Weyand (Fn. 2), S. 42 f.

15 Bauer, Diskriminierungen und Belästigungen von Arbeitnehmern durch Kollegen und Dritte, 2013, S. 87.

16 Schlachter, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl. 2016, § 7 AGG Rn. 9.

17 Reichhold, in: Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2009, § 83 Rn. 12.

18 Vgl. Weidenkaff, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch (Komm. 73. Aufl. 2014, § 611 Rn. 96.

19 Bauer (Fn. 15), S. 90.

20 Bauer/Krieger, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Komm. 4. Aufl. 2015, § 12 Rn. 9.

Gesichtspunkte sein.²¹ Der Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit spielt im Fall der sexuellen Belästigung eine untergeordnete Rolle, da hier keine selbstgesetzte Gefahr des Belästigten zur Verletzung führt.²²

a) Sexuelle Belästigung als Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot

Gem. § 7 Abs. 1 AGG dürfen Beschäftigte nicht wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt werden. § 3 Abs. 4 AGG normiert, dass es sich bei einer sexuellen Belästigung i.S.d. Vorschrift um eine Benachteiligung handelt. Die sexuelle Belästigung ist eine Belästigung, die im Zusammenhang mit dem in § 1 AGG genannten Grund des Geschlechts steht und darüber hinaus sexuell bestimmt ist.²³ Dabei bewirkt die sexuelle Bestimmtheit die Kausalität zwischen Grund und Benachteiligung.²⁴ So liegt unproblematisch eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vor. Das Verbot richtet sich an jedermann.²⁵ Die verbotene Benachteiligung kann neben Arbeitgebern auch von Arbeitskollegen oder betriebsfremden Dritten begangen werden.²⁶

aa) Anwendungsbereich

Eine sexuelle Belästigung stellt nur in Bezug auf die in § 2 Abs. 1 Nr. 1-4 AGG genannten Sachverhalte eine Benachteiligung dar. Die Beschränkung ist nicht wörtlich zu nehmen; vielmehr hat die sexuelle Belästigung im Rahmen eines unselbständigen Beschäftigungsverhältnisses oder bei der Anbahnung eines selbständigen oder unselbständigen Tätigkeitsverhältnisses sowie in den Sonderfällen des § 2 Abs. 1 Nr. 3 und 4 AGG zu erfolgen.²⁷ Nach der Bereichsausnahme für das Kündigungsrecht gelten für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz, § 2 Abs. 4 AGG.

Primärer Adressat der Verbotsnorm ist der Arbeitgeber.²⁸ Dabei ist entsprechend dem Wortlaut des § 6 Abs. 2 AGG auf die tatsächliche Beschäftigung abzustellen: Neben dem Vertragspartner des Beschäftigten gilt etwa bei einer Arbeitnehmerüberlassung auch der Entleiher als Arbeitgeber.

Das AGG führt in § 6 Abs. 1 AGG einen weiten Beschäftigtenbegriff, der über den in § 5 BetrVG enthaltenen Arbeitnehmerbegriff hinausgeht.²⁹ Geschützt sind auch leitende Angestellte, Auszubildende, Praktikanten, Aushilfen, Bewerber oder Ehemalige sowie freiberufliche

Mitarbeiter und Leiharbeiter.³⁰ Soweit die sexuelle Belästigung beim Zugang der Erwerbstätigkeit oder dem beruflichen Aufstieg erfolgt, sind auch Selbständige und Organmitglieder insbesondere Geschäftsführer und Vorstände umfasst, vgl. § 6 Abs. 3 AGG.

bb) Zusammenhang zum Beschäftigungsverhältnis

Die Belästigung muss im Bezug zum Beschäftigungsverhältnis stehen.³¹ Ein solcher ist unproblematisch, wenn die Belästigung während der Arbeitszeit am Arbeitsplatz erfolgt.³² Doch auch bei einer außerhalb der Arbeitszeit erfolgten Belästigung kann der betriebliche Bezug bestehen.³³ Dies ist etwa der Fall, wenn es während eines betrieblich veranlassten Zusammentreffens wie einem Betriebsausflug zur Belästigung kommt.³⁴ Die bloße Betriebsangehörigkeit beider Akteure einer Belästigung, die innerhalb eines privaten Zusammentreffens stattfindet, reicht für den Bezug grds. nicht aus.³⁵ Anders ist es, wenn das Treffen auf Wunsch eines Vorgesetzten erfolgt und der Belästigte mit Rücksicht auf dessen Stellung und dem eigenen beruflichen Fortkommen zusagt.³⁶

cc) Sexuelle Bestimmtheit

Das Verhalten muss sexuell bestimmt sein, § 3 Abs. 4 AGG. Die beispielhafte Aufzählung solcher Verhaltensweisen ist dem Wortlaut nach nicht abschließend. So sind z.B. auch obszöne Gesten umfasst.³⁷ Die Aufzählung signalisiert, dass die Belästigung sowohl verbal als auch nonverbal erfolgen kann.

Um den Unterfall³⁸ der sexuellen Belästigung von einer allgemeinen Belästigung nach § 3 Abs. 3 AGG abzugrenzen, ist zwischen sexuell bestimmtem und geschlechtsspezifischem Verhalten zu unterscheiden. Während das Zweite sich allein auf das Geschlecht bezieht, kommt beim Ersten durch den Bezug auf die Sexualität einer Person ein sexueller Zusammenhang hinzu.³⁹ Somit stellt ein Verhalten eine sexuelle Belästigung dar, wenn es durch Sexualität und nicht allein durch die Geschlechtlichkeit motiviert wird.⁴⁰ Wird beispielsweise in einer Äußerung konkret auf das sexuelle Verhalten einer Person Bezug genommen, so ist der sexuelle Zusammenhang gegeben.

Das Gesetz spricht von sexueller Bestimmtheit, doch ist ein objektiv sexueller Bezug ausreichend.⁴¹ Denn ob

21 BAG, NZA 1992, 27, 29 f.

22 Bauer (Fn. 15), S. 96.

23 Schleusener, in: ders./Suckow/Voigt, Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, 2. Aufl. 2008, § 3 Rn. 123.

24 Vgl. Serr, in: Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Aufl. 2018, § 7 AGG Rn. 8.

25 Bauer/Krieger (Fn. 20), § 7 Rn. 6.

26 Schleusener, in: ders./Suckow/Voigt (Fn. 23), § 7 Rn. 4.

27 Bauer/Krieger (Fn. 20), § 3 Rn. 49.

28 Schnabel, Diskriminierungsschutz ohne Grenzen?, 2014, S. 113.

29 Schnabel (Fn. 28), S. 113.

30 Eckert, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz in der Praxis, DStR 2006, 1987 f.

31 Bauer/Krieger (Fn. 20), § 3 Rn. 50.

32 Bauer/Krieger (Fn. 20), § 3 Rn. 50.

33 Serr, in: Staudinger (Fn. 24), § 3 AGG Rn. 50.

34 Schleusener, in: ders./Suckow/Voigt (Fn. 23), § 3 Rn. 120.

35 Bauer/Krieger (Fn. 20), § 3 Rn. 50.

36 Bauer (Fn. 15), S. 55.

37 Schleusener, in: ders./Suckow/Voigt (Fn. 23), § 3 Rn. 129.

38 Eggert-Weyand (Fn. 2), S. 140; Bauer/Krieger (Fn. 20), Einleitung, Rn. 10.

39 Schleusener, in: ders./Suckow/Voigt (Fn. 23), § 3 Rn. 123; Rupp, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 3 AGG Rn. 17.

40 Eggert-Weyand (Fn. 2), S. 140.

41 Schlachter, in: ErfK (Fn. 16), § 3 AGG Rn. 16.

der Belästigende die belästigte Person für attraktiv oder anziehend hält oder eine Berührung nur freundschaftlich meinte, darf nicht der entscheidende Unterschied sein, da ansonsten das Empfinden des Belästigenden das Gewicht der Belästigung bestimmen würde.⁴² Daher kann die Intention des Belästigenden zwar dazu beitragen, dass die Tat als sexuell bestimmt gilt, doch letztlich ist der Eindruck eines objektiven Betrachters ausschlaggebend. Die absichtliche Berührung primärer und sekundärer Geschlechtsmerkmale ist ein Eingriff in die fremde Intimsphäre und daher bereits objektiv sexuell bestimmt.⁴³ Somit ist das Verhalten auch dann sexuell bestimmt, wenn der Belästigende behauptet, ohne sexuelle Absicht einem Arbeitskollegen von hinten in den Genitalbereich gefasst zu haben.⁴⁴

dd) Unerwünschtheit

Unerwünscht ist ein Verhalten, wenn für den Handelnden erkennbar ist, dass dieses auf die Ablehnung der betreffenden Person trifft.⁴⁵ Dabei ist auf die objektive Erkennbarkeit der Unerwünschtheit abzustellen.⁴⁶ Maßstab der Unerwünschtheit ist, was unter den gegebenen Umständen von dem Betroffenen nicht gewünscht und nicht akzeptiert wird.⁴⁷ Die aktive Verdeutlichung der Ablehnung ist kein Kriterium der Unerwünschtheit.⁴⁸ Bringt der Betroffene diese jedoch zum Ausdruck, ist das Kriterium im Erst-Recht-Schluss erfüllt.⁴⁹

Problematisch ist die Beurteilung, wenn objektiv in das sexuell bestimmte Verhalten eingewilligt wird: beispielsweise wenn eine Mitarbeiterin auf das Angebot ihres Vorgesetzten, gegen sexuelle Gefälligkeit ihre Karriere zu fördern, eingeht. Nach einer Ansicht kommt es auf den tatsächlich zum Ausdruck gebrachten Willen an und innere, nicht erkennbare Vorbehalte sind unbeachtlich.⁵⁰ Demnach wäre ein solches Verhalten nicht unerwünscht. Etwas Anderes könne nur dann gelten, wenn der Wille der betroffenen Person durch äußere Einflüsse wie etwa das Vorhalten einer Waffe ausgeschaltet ist.⁵¹ Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, dass sie zu allgemein ist.⁵² Richtigerweise kommt es auch darauf an, wie frei die Willensentscheidung des Betroffenen im Einzelfall tatsächlich war.⁵³ Dafür spricht die hohe Abhängigkeit des Beschäftigten vom Arbeitsverhältnis.⁵⁴ Denn die Dispositionsbefugnis über das durch § 3 Abs. 4 AGG geschützte

Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung verlangt eine freie Entscheidung über die Einwilligung.⁵⁵ Diese ist aber bei einem asymmetrischen Verhältnis von Belästigendem und Belästigtem nicht ohne Weiteres anzunehmen, denn die Entscheidung könnte auch durch die berufliche Perspektive beeinflusst sein.⁵⁶ Dann kann jedoch nicht von einer freien, selbstbestimmten Entscheidung hinsichtlich der sexuellen Selbstbestimmung die Rede sein.⁵⁷ Ein Indiz für eine selbstbestimmte Entscheidung und damit die Erwünschtheit kann ein gegenseitiges Verhalten sein.⁵⁸

ee) Verletzung der Würde bewirkt oder bezweckt

Das Verhalten muss bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, § 3 Abs. 4 AGG. Dies erfordert eine Kausalität zwischen sexuell bestimmtem Verhalten und objektiv eingetretener Würdeverletzung. Das Verhalten muss geeignet sein, die Würde der betreffenden Person zu verletzen.⁵⁹ Dies ist der Fall, soweit das Verhalten die Schwelle eines geringfügigen Eingriffs überschreitet; die Qualität einer Verletzung der Menschenwürde muss dabei nicht erreicht werden.⁶⁰ Zudem ist im Gegensatz zur einfachen Belästigung nach § 3 Abs. 3 AGG nicht die Schaffung eines feindlichen Umfeldes erforderlich, so dass die sexuelle Belästigung auch bei einmaliger, nicht das Arbeitsumfeld prägenden Handlung gegeben sein kann. Andererseits ist die Schaffung des feindlichen Umfeldes ein Beispiel dafür, wann ohne weitere Darlegung von einer Würdeverletzung ausgegangen werden kann.⁶¹ Dieses liegt vor, wenn das belästigende Verhalten für das betriebliche Umfeld des Belästigten typisch ist.⁶² Gemäß des Wortlautes sind zwei Begehungsformen möglich. Einerseits kann die Würdeverletzung eintreten, ohne dass sie bewusst angestrebt wurde, andererseits ist es ausreichend, wenn der benannte Erfolg lediglich angestrebt wurde, ohne dass er eintritt.⁶³ Betritt daher ein Vorgesetzter mit heruntergelassener Hose das Büro seiner Kollegin mit der fälschlichen Annahme, diese dort anzutreffen, begeht er eine sexuelle Belästigung.⁶⁴

ff) Rechtswidrigkeit

Um zu verdeutlichen, dass nicht jede unterschiedliche Behandlung, die mit der Zufügung eines Nachteils verbunden ist, diskriminierenden Charakters ist, spricht das AGG von Benachteiligung und nicht von Diskriminierung.⁶⁵ In den §§ 8 ff. AGG sind zulässige, unterschiedliche Behandlungen normiert, die keine Benachteiligung

42 Schleusener, in: ders./Suckow/Voigt (Fn. 23), § 3 Rn. 124.

43 BAG, NZA 2017, 1051.

44 Vgl. BAG, NZA 2017, 1121.

45 Bauer/Krieger (Fn. 20), § 3 Rn. 52.

46 BAG, NJW 2012, 407.

47 BT-Drs. 16/1780, S. 33 (zu Abs. 3).

48 Schleusener, in: ders./Suckow/Voigt (Fn. 23), § 3 Rn. 132.

49 Serr, in: Staudinger (Fn. 24), § 3 AGG Rn. 51; Bauer/Krieger (Fn. 20), § 3 Rn. 52.

50 Bauer/Krieger (Fn. 20), § 3 Rn. 53.

51 Bauer/Krieger (Fn. 20), § 3 Rn. 53.

52 Bauer (Fn. 15), S. 57.

53 Wendeling-Schröder, in: dies./Stein, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2008, § 3 Rn. 44; Schäfer (Fn. 1), S. 78.

54 Schäfer (Fn. 1), S. 77.

55 Schäfer (Fn. 1), S. 77.

56 Wendeling-Schröder, in: dies./Stein (Fn. 53), § 3 Rn. 4.

57 Wendeling-Schröder, in: dies./Stein (Fn. 53), § 3 Rn. 4.

58 Schäfer (Fn. 1), 78.

59 Bauer/Krieger (Fn. 20), § 3 Rn. 59.

60 BT-Drs. 16/1780, S. 33.

61 Bauer (Fn. 15), S. 58.

62 Schlachter, in: ErfK (Fn. 16), § 3 AGG Rn. 19.

63 Serr, in: Staudinger (Fn. 24), § 3 AGG Rn. 43.

64 Vgl. Bauer/Krieger (Fn. 20), § 3 Rn. 44.

65 BT-Drs. 16/1780, S. 30.

i.S.d. Gesetzes und damit keine Diskriminierung darstellen.⁶⁶ Da die sexuelle Belästigung eine Benachteiligung wegen des Geschlechts ist, ist allein eine Rechtfertigung über § 8 Abs. 1 AGG wegen beruflicher Anforderungen möglich. Es fällt jedoch schwer, sich wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingung ihrer Ausübung wesentliche berufliche Anforderungen zu denken, die eine sexuelle Belästigung voraussetzen, insbesondere, da eine solche Tätigkeit sittenwidrig wäre. Daher folgt aus der Tatbestandsmäßigkeit der sexuellen Belästigung sogleich die Rechtswidrigkeit.⁶⁷

b) Pflichtverletzung bei eigener Belästigungshandlung

Der Arbeitgeber hat seine Beschäftigten nach § 241 Abs. 2 BGB auch vor Verletzung der Persönlichkeitsrechte zu schützen.⁶⁸ Ein anerkannter Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist der Schutz der Ehre, welcher auch die sexuelle Selbstbestimmung umfasst.⁶⁹ Diese ist die Freiheit zu entscheiden, von anderen in sexualbezogene Geschehen verwickelt zu werden.⁷⁰ Eine sexuelle Belästigung ist ein objektiv unerwünschtes Verhalten und zudem sexuell bestimmt. Der Belästigte wird entgegen seines Willens als bloßes Objekt der Begierde dargestellt, so dass grds. das Recht der Ehre verletzt sein wird. Auf eine Abwägung widerstreitender Interessen kommt es idR nicht an, da der unantastbare Bereich der Intimsphäre betroffen sein wird und keine anerkannten Interessen ersichtlich sind, die die sexuelle Belästigung rechtfertigen könnten.⁷¹ Bloße sexualbezogene Witze, die sich nicht gegen gezielte Personen richten, reichen nicht aus.⁷² § 7 Abs. 3 AGG konkretisiert, dass in seinem Anwendungsbereich eine sexuelle Belästigung als verbotene Benachteiligung i.S.d. § 7 Abs. 1 AGG jedenfalls eine Verletzung vertraglicher Pflichten darstellt. Belästigt ein Arbeitgeber einen Beschäftigten, verletzt er vertragliche Pflichten.

c) Pflichtverletzung bei fremder Belästigungshandlung

Wird ein Beschäftigter durch eine andere Person als den Arbeitgeber sexuell belästigt oder unterlässt diese eine Schutzmaßnahme, kann die Handlung dem Arbeitgeber zuzurechnen sein.⁷³ Doch in solch einem Fall

kann bereits das eigene Verhalten des Arbeitgebers eine Schutzpflichtverletzung darstellen.⁷⁴

aa) Verletzung von Organisationspflichten

Zum Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligungen nach § 7 Abs. 1 AGG treffen den Arbeitgeber Organisationspflichten.⁷⁵ § 12 Abs. 1 AGG konkretisiert die allgemeine Schutzpflicht des Arbeitgebers, indem er ihn dazu verpflichtet, die erforderlichen präventiven sowie reaktiven Maßnahmen zum Schutz vor verbotenen Benachteiligungen zu ergreifen.⁷⁶ Die Erforderlichkeit der Maßnahmen ist dabei nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere der Größe und Komplexität des Betriebs oder Unternehmens zu beurteilen.⁷⁷ Je größer und komplexer, desto eher ist die Erforderlichkeit zu bejahen.⁷⁸

(1) Präventive Maßnahmen

§ 12 Abs. 1 S. 1, 2 AGG konkretisiert, dass die Schutzpflicht des Arbeitgebers präventive Maßnahmen zum Schutz vor verbotenen Benachteiligungen umfasst. Nach § 12 Abs. 2 S. 1 AGG soll der Arbeitgeber in geeigneter Weise auf die Unzulässigkeit von Benachteiligungen wegen eines der in § 1 AGG genannten Gründe hinweisen und darauf hinwirken, dass diese unterbleiben. Dem Wortlaut ist zu entnehmen, dass ihm hierbei die Auswahl der Art und Weise überlassen ist: Der präventive Pflichtenumfang wird normiert, spezielle Handlungspflichten jedoch nicht. Geeignet sind sie, sofern sie dem Zweck des AGG, dem Schutz vor verbotenen Benachteiligungen, dienlich sind.⁷⁹ Präventive Schutzmaßnahmen können etwa bauliche Änderungen der Arbeitsumgebung und des Arbeitsplatzes wie Beleuchtung von Parkplätzen oder die Vermeidung freischwebender Treppen sein.⁸⁰ Hinsichtlich der Erforderlichkeit können solche Maßnahmen aber wiederum bei kleineren, finanzschwachen Arbeitgebern entfallen. Diese einzelfallbezogene Beurteilung der Erforderlichkeit beruht darauf, dass das AGG keine Ausnahme für Kleinbetriebe kennt und nur so gewährleistet wird, dass die Handlungspflicht nicht zur Überforderung dieser führt.⁸¹ Aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folgt zudem, dass aus objektiver *ex ante*-Sicht zu beurteilen ist, ob die Konfliktsituation für den Arbeitgeber erkennbar war.⁸² Präventive Schutzmaßnahmen gegen nicht zu erwartende Verhaltensweisen sind nicht zu treffen.⁸³ Haben sich im Betrieb noch keine Vorfälle ereignet, sind über Schulungen oder die Einführung von Ethikrichtlinien hinaus keine Maßnahmen erforderlich,

66 Bauer (Fn. 15), S. 42.

67 Darauf wies auch bereits der Gesetzgeber hin: BT-Drs. 16/1780, S. 35.

68 Bauer (Fn. 15), S. 75.

69 Bauer (Fn. 15), S. 79.

70 Köhler/Koops, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz – Einmalgrapschen erlaubt?, BB 2015, 2807 f.; Renzikowski, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. III, 3. Aufl. 2017, Vorb. §§ 174 ff. Rn. 31; Hörnle, in: Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl. 2010, § 174, Rn. 77.

71 Bauer (Fn. 15), S. 83.

72 OLG Frankfurt, NJW-RR 2000, 976.

73 Siehe S. 15 ff.

74 Siehe S. 9 ff.

75 Vgl. Suckow, in: Schleusener/ders./Voigt (Fn. 23), § 12 Rn. 3 f.

76 Bauer/Krieger (Fn. 20), § 12 Rn. 4.

77 Bauer (Fn. 15), S. 98.

78 RegE, BT-Drs. 16/1780, S. 37.

79 Serr, in: Staudinger (Fn. 24), § 12 AGG Rn. 10.

80 Roloff, in: Rofes/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Beck'scher Online Kommentar zum Arbeitsrecht, 48. Ed., Stand: 01.06.2018, § 12 AGG Rn. 3.

81 Bauer/Krieger (Fn. 20), § 12 Rn. 8.

82 Bauer (Fn. 15), S. 96.

83 Bauer/Krieger (Fn. 20), § 12 Rn. 9; Bauer (Fn. 15), S. 96.

doch gilt etwas Anderes, wenn es im Betrieb bereits zu verbotenen Benachteiligungen kam, die sich auch nicht als Ausreißer sondern als grundsätzliches betriebliches Problem darstellen.⁸⁴

Nach § 12 Abs. 2 S. 2 AGG kann der Arbeitgeber sich exkulpieren, indem er seine Beschäftigten in geeigneter Weise zum Zwecke der Verhinderung von Benachteiligungen schult. Schulung ist dabei jede Form der Wissensvermittlung, die Frage und Antwort steht.⁸⁵ Der erforderliche Umfang der Schulung hängt von der Interpretation des unbestimmten Rechtsbegriffs der „Geeignetheit“ ab.⁸⁶ Mit Blick auf § 12 Abs. 5 AGG kann die bloße Information bezüglich der gesetzlichen Regelungen nicht ausreichend sein, da bereits dort diese Verpflichtung normiert ist. Aus § 12 Abs. 2 S. 1 AGG folgt das Erfordernis der Hinweis- und Hinwirkungsfunktion.⁸⁷ Geeignet ist die Maßnahme daher jedenfalls, wenn sie einerseits darauf hinweist, welche Handlungen i.S.d. § 3 AGG zu unterbleiben haben, und andererseits auf deren Unterbleiben hinwirkt, indem zum Einen die Beschäftigten mit dem Grundgedanken des AGG sensibilisiert werden und zum Anderen vermittelt wird, dass die Handlungen andernfalls arbeitsrechtlich sanktioniert werden.⁸⁸ Ein ausgeteiltes Merkblatt oder ein Aushang von Verhaltensregeln erfüllen das Kriterium der geeigneten Schulung nicht, ein Diskussionsforum im Intranet dagegen schon.⁸⁹

Aus der Systematik des § 12 AGG und dem Gesetzeszweck ist zu folgern, dass zwischen Erst- und Zweitverstoß des Beschäftigten zu unterscheiden ist.⁹⁰ Hat ein Beschäftigter wiederholt andere Beschäftigte sexuell belästigt, kann der Arbeitgeber sich nicht dadurch exkulpieren, dass er seine Beschäftigten ausreichend geschult hat. Den Arbeitgeber treffen weiterhin die nachfolgend besprochenen Reaktionspflichten. Entgegen des Wortlauts ist die Exkulpationsvorschrift so zu verstehen, dass die Schulung nur als Erfüllung der präventiven Schutzpflichten des Arbeitgebers gilt.⁹¹ Zudem steht die Exkulpationsmöglichkeit des § 12 Abs. 2 S. 2 AGG im Spannungsfeld zwischen Verantwortlichkeit des Arbeitgebers für die eigene Sphäre und der Eigenverantwortlichkeit des Beschäftigten.⁹² Die Verantwortung, die der Arbeitgeber infolge der Schulung auf die Beschäftigten überträgt, lässt die eigene Verantwortung für ein Verhalten des Beschäftigten, das gegen die Vorgaben verstößt, entfallen.⁹³ Es folgt, dass der Arbeitgeber sich nicht exkulpieren kann, wenn die sexuelle Belästigung durch einen

Beschäftigten begangen wurde, der – wenn auch im Gegensatz zur Mehrheit der Beschäftigten – nicht geschult wurde.⁹⁴

Es ist dem Arbeitgeber unmöglich, präventiv auf Kunden oder Lieferanten zuzugehen und Verhaltensvorschriften zu machen.⁹⁵ Mit Blick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit treffen ihn daher keine präventiven Handlungspflichten. Auch die fehlende dem § 12 Abs. 2 S. 2 AGG entsprechende Regelung für den Fall der geeigneten Schulung von betriebsfremden Dritten spricht dafür.⁹⁶ Wird ein Beschäftigter vom Kunden erstmals sexuell belästigt, begeht der Arbeitgeber keine Pflichtverletzung wegen unterlassener Präventivmaßnahmen.

(2) Reaktive Maßnahmen

Arbeitgeber haben nach erfolgter sexueller Belästigung einer ihrer Beschäftigten reaktive Maßnahmen zu ergreifen. Die Pflicht zur Vornahme ergibt sich aus § 241 Abs. 2 BGB, konkretisiert durch § 12 Abs. 3, 4 AGG. Es ist zwischen Belästigung zwischen Beschäftigten und solcher durch Dritte zu unterscheiden.

(a) Sexuelle Belästigung durch einen Beschäftigten

Verletzt ein Beschäftigter durch sexuelle Belästigung das Benachteiligungsverbot, hat der Arbeitgeber die im Einzelfall geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zur Unterbindung zu ergreifen, § 12 Abs. 3 AGG.

Für das Bestehen der Reaktionspflicht sind allein objektive Kriterien erforderlich: Die subjektive Kenntnis des Arbeitgebers von der verbotenen Benachteiligung ist irrelevant.⁹⁷ Reagiert ein Arbeitgeber nicht auf die sexuelle Belästigung einer seiner Beschäftigten, begeht er auch dann eine Pflichtverletzung, wenn die fehlende Reaktion allein darauf beruht, dass er vom Vorfall nichts weiß. Die sexuelle Belästigung muss in Bezug zum Arbeitsplatz erfolgen. Dies ist kein ausdrückliches Tatbestandsmerkmal des § 12 Abs. 3 AGG, doch ergibt es sich aus dem Bezug auf § 7 Abs. 1 AGG, auch würde sich lediglich ein allgemeines Lebensrisiko realisieren und dem Arbeitgeber keine Schutzpflicht obliegen. Der Bezug besteht, z.B. wenn ein Manager seine Assistentin während der Arbeitszeit durch wiederholte sexuelle Bemerkungen belästigt, nachdem er bereits abgemahnt wurde, weil er einer Mitarbeiterin auf das Gesäß geschlagen hatte.⁹⁸ Entsprechend des Wortlauts des § 12 Abs. 3 AGG sowie der Grenzen der Schutzpflichten bestimmen sich die konkret zu ergreifenden Maßnahmen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.⁹⁹ Dabei sind die Umstände des Einzelfalls, insbesondere die Schwere des Vorfalls sowie der Umstand, ob es sich um eine einmalige oder eine wiederholte

84 Serr, in: Staudinger (Fn. 24), § 12 AGG Rn. 11.

85 Bauer/Krieger (Fn. 20), § 12, Rn. 20.

86 Köhler/Koops (Fn. 70), BB 2015, 2807 (2810).

87 Vgl. Serr, in: Staudinger (Fn. 24), § 12 AGG Rn. 19 f.

88 Bauer/Krieger (Fn. 20), § 12 Rn. 22.

89 Bauer/Krieger (Fn. 20), § 12 Rn. 20.

90 Bauer/Krieger (Fn. 20), § 12 Rn. 17 f.

91 Hoch, Wer nicht schult, zahlt? – Schulungen nach dem allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, BB 2007, 1732 (1734).

92 Bauer/Krieger (Fn. 20), § 12 Rn. 26.

93 Bauer/Krieger (Fn. 20), § 12 Rn. 26.

94 Bauer/Krieger (Fn. 20), § 12 Rn. 27.

95 Bauer/Krieger (Fn. 20), § 12 Rn. 28.

96 Bauer (Fn. 15), S. 101.

97 Bauer/Krieger (Fn. 20), § 12 Rn. 31.

98 Zum Sachverhalt: BAG, NJW 2012, 407.

99 Suckow, in: Schleusener/ders./Voigt (Fn. 23), § 12 Rn. 36 f.

Verfehlung handelt, entscheidend.¹⁰⁰ Hinsichtlich der zu treffenden Maßnahme hat der Arbeitgeber ein Auswahlermessen: Er kann über das Wie des Eingreifens entscheiden, nicht aber über das Ob.¹⁰¹ Die in § 12 Abs. 3 AGG beispielhaft aufgezählten Maßnahmen sind nicht abschließend.¹⁰² Neben arbeitsrechtlichen Sanktionen kommen als geeignete Maßnahmen auch einfachere Maßnahmen wie etwa bauliche Umgestaltungen in Betracht.¹⁰³ Sind Rock- und Kleiderträgerinnen beim Überqueren einer Brücke mit Glasboden oder Hinaufgehen einer freischwebenden Treppe zu schützen, kann das Anbringen eines Sichtschutzes bzw. Umbau der freischwebenden Treppen erfolgen. Dies verdeutlicht, dass die Maßnahmen nicht der Bestrafung dienen, sondern der Prävention und Prognose des zukünftigen Verhaltens.¹⁰⁴ Das Ermessen wird dahingehend eingeschränkt, dass die Maßnahme die Benachteiligung zu unterbinden hat, vgl. § 12 Abs. 3 AGG. Der Arbeitgeber muss im Zeitpunkt der Vornahme davon ausgehen dürfen, dass die Maßnahme die Wiederholung der Belästigung ausschließt.¹⁰⁵ Im vorliegenden Fall hat der Belästigende bereits in der Vergangenheit sexuell belästigt und wurde deshalb abgemahnt. Da sich die vorherige Abmahnung wie auch die konkrete Situation auf eine Missachtung von fremder Integrität bezieht, ist wegen des inneren Zusammenhangs davon auszugehen, dass der Manager durch eine erneute Abmahnung nicht von einem zukünftigen sexuell belästigendem Verhalten absehen wird.¹⁰⁶ Die Maßnahme ist erforderlich i.S.d. Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, sofern sie das mildeste der in Betracht kommenden Mittel ist.¹⁰⁷ Auch dies signalisiert, dass den Maßnahmen keine Bestrafungsfunktion zukommt.¹⁰⁸ Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung ist auf die Belange des Arbeitgebers einzugehen, die in Ausgleich zu den Umständen des Einzelfalls zu bringen sind.¹⁰⁹ Zu beachten ist, dass § 12 Abs. 3 AGG keine eigenständigen Rechte des Arbeitgebers begründet, sondern die jeweiligen Voraussetzungen dort aufgeführten Maßnahmen gegeben sein müssen.¹¹⁰ Entsprechend vorheriger Ausführungen ist dem Arbeitgeber nicht zuzumuten, eine Maßnahme vorzunehmen, die ihm rechtlich nicht möglich ist. Erfüllt das Verhalten die Voraussetzungen nicht, da etwa die sexuelle Belästigung nicht schwer genug wiegt, um bei der Interessenabwägung zu überwiegen, kann der Arbeitgeber, auch wenn er wollte, den belästigenden Arbeitnehmer nicht fristlos kündigen. Allerdings kann er

verpflichtet sein, etwa durch eine Änderungskündigung, die rechtlichen Voraussetzungen für die Maßnahme zu schaffen, die nach dem ursprünglichen Arbeitsvertrag unmöglich waren.¹¹¹ Gleiches muss für Maßnahmen, denen ein tatsächliches Hindernis entgegensteht, gelten: Ist eine Umsetzung bzw. Versetzung zwar grds. die geeignete und erforderliche Maßnahme, doch aufgrund der Betriebsstruktur nicht umsetzbar, ist sie dem Arbeitgeber nicht zumutbar.¹¹² Die sexuelle Belästigung eignet sich „an sich“ als wichtiger Grund iSv § 626 Abs. 1 BGB.¹¹³ Im vorliegenden Fall sind das Interesse des Arbeitgebers an sofortiger Kündigung und das Interesse des Managers an Weiterbeschäftigung zumindest bis zum Ablauf der Kündigungsfrist gegeneinander abzuwägen. Auf der Seite des Beschäftigten stehen dessen Unterhaltungspflichten und Familienstand.¹¹⁴ Auf einen Irrtum über die Unerwünschtheit kann der Manager sich bei seinem wiederholten Verhalten nicht berufen.¹¹⁵ Unter der Berücksichtigung, dass der Arbeitgeber bei jeglicher Weiterbeschäftigung nicht gewährleisten kann, seiner Pflicht zum Schutz vor weiteren Übergriffen nachzukommen, ist ihm keine mildere Reaktionsmöglichkeit zumutbar. Vorliegend ist die außerordentliche Kündigung die erforderliche Maßnahme i.S.d. § 12 Abs. 3 AGG. Letztendlich ist zu beachten, dass die Maßnahmen vorrangig den Belästigenden, nicht den Belästigten treffen müssen, denn sie bezwecken den Schutz der Betroffenen.¹¹⁶ Maßnahmen, die sich primär gegen Belästigte richten, würden aufgrund einer erneuten Benachteiligung zur Zweckverfehlung führen.¹¹⁷ Dieses Prinzip ist von hoher Bedeutung, zeigt sich doch, dass die Belästigung vermehrt durch Beschäftigte erfolgt, die für den Arbeitgeber schwerer entbehrlich sind als die Belästigten: So belästigt der Kraftfahrzeugmechaniker die Putzfrau,¹¹⁸ der Niederlassungsleiter die Sekretärin¹¹⁹ und der Oberarzt die Assistenzärztin.¹²⁰

(b) Sexuelle Belästigung durch einen Dritten

Verletzt einer Dritter das Benachteiligungsverbot, hat der Arbeitgeber ebenfalls die im Einzelfall geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zu ergreifen, § 12 Abs. 4 AGG Dritter i.S.d. Vorschrift sind Personen, die außerhalb der Belegschaft des Unternehmens stehen, wie sie in § 6 AGG definiert ist.¹²¹ Dritte können Kunden und Lieferanten in (vor-)vertraglicher Beziehungen zum Arbeitgeber, aber auch Personen, zu denen der Arbeitgeber in keinen Rechtsbeziehungen steht, sein.¹²² Aus-

100 Buschmann, in: Däubler/Bertz Bach (Fn. 152), § 12 Rn. 26.

101 Linde, Sexuelle Belästigung ist unerwünscht, AuR 2018, 123 (125).

102 BT-Drs. 16/1780, S. 37.

103 Bauer/Krieger (Fn. 20), § 12 Rn. 33.

104 Linde (Fn. 101), AuR 2018, 123 f.

105 Bufalica, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerat, NomosKommentar Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2010, § 12 AGG Rn. 10.

106 BAG, NJW 2012, 407 (410).

107 Suckow, in: Schleusener/ders./Voigt (Fn. 23), § 12 Rn. 45.

108 Linde (Fn. 101), AuR 2018, 123 f.

109 Suckow, in: Schleusener/ders./Voigt (Fn. 23), § 12 Rn. 12, 50.

110 Bauer (Fn. 15), S. 119.

111 Boemke/Danko, AGG im Arbeitsrecht, 2007, § 8, Rn. 44.

112 Rupp, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 39), § 12 AGG Rn. 1.

113 BAG, NJW 2012, 407.

114 BAG, NJW 2012, 407 (409).

115 BAG, NJW 2012, 407 (410).

116 Rupp, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 39), § 12 AGG Rn. 3.

117 Rupp, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 39), § 12 AGG Rn. 3.

118 BAG, NJW 2015, 1195.

119 LAG Hamm, Urt. v. 15.07.2008, 14 Sa 1957/07.

120 LAG Sachsen, RDG 2012, 20 ff.

121 Suckow, in: Schleusener/ders./Voigt (Fn. 23), § 12 Rn. 32.

122 Bauer (Fn. 15), S. 121.

schlaggebend ist, dass die Belästigung einen Bezug zum Arbeitsverhältnis aufweist.¹²³ Die sexuelle Belästigung ist nach vorherigen Ausführungen punktuell möglich und daher auch bei einmaligem Kontakt denkbar.¹²⁴ Bereits aus rechtlichen Gründen sind die Möglichkeiten des Arbeitgebers begrenzter.¹²⁵ Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung ist zu beachten, dass das Gesetz höhere Flexibilität dadurch gewährt, dass statt der „Unterbindung der Benachteiligung“ der „Schutz der Beschäftigten“ verlangt wird.¹²⁶ Im Rahmen der Abwägung ist ggf. das Interesse des Arbeitgebers am Fortbestand der vertraglichen Beziehungen zu beachten.¹²⁷ So können Gespräche mit dem benachteiligenden Dritten sowie die Bitte an den Arbeitgeber des Dritten, in Zukunft einen anderen Dritten zu schicken, zumutbare Maßnahmen sein.¹²⁸ Bleiben solche Maßnahmen erfolglos und wäre eine Beendigung der Vertragsbeziehungen mit erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen verbunden, dürfen wohl Maßnahmen gegen den belästigten Beschäftigten ergriffen werden.¹²⁹ Dafür spricht, dass den Arbeitnehmer die Pflicht trifft, auf die (wirtschaftlichen) Interessen des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen.¹³⁰ Somit dürfte der Arbeitgeber ausnahmsweise den eigenen Beschäftigten aus dem betroffenen Verhandlungsgespräch nehmen.

bb) Pflichtverletzung infolge „unechter“ und „echter“ Zurechnung

(1) „Unechte“ Zurechnung

Entsprechend § 31 BGB haben Arbeitgeber, bei denen es sich um juristische Personen handelt, für alle zum Schadensersatz verpflichtende Handlungen einzustehen, die ihre Organe in Ausführung der ihnen zustehenden Verrichtungen begehen.¹³¹ Es handelt sich um eine „unechte“ Zurechnung, da die Organhaftung eine Haftung für eigenes Organhandeln darstellt.¹³² Entscheidend ist, dass der Handelnde eine bestimmte Funktion der Gesellschaft selbständig und eigenverantwortlich wahrnimmt.¹³³ Belästigt ein Personalleiter einen Beschäftigten, kann dies dem Arbeitgeber zuzurechnen sein. Über die „Lehre vom körperschaftlichen Organisationsmangel“ sind juristische Personen verpflichtet, den gesamten Tätigkeitsbereich so zu organisieren, dass für wichtige Gebiete ein Vertreter i.S.d. § 30 BGB zuständig ist, der wesentliche Entscheidungen selbst trifft.¹³⁴ Ist dies nicht geschehen,

ist § 31 BGB wegen Organisationsmangels anwendbar.¹³⁵ Es besteht keine Entlastungsmöglichkeit.¹³⁶

(2) „Echte“ Zurechnung

Über § 278 BGB erfolgt eine „echte“ Zurechnung von fremdem Fehlverhalten, die ebenfalls keine Entlastungsmöglichkeit zulässt.¹³⁷ Dabei ist das Verschulden einer Person, der sich zur Erfüllung einer Verbindlichkeit bedient wird, im gleichen Umfang wie eigenes zu vertreten. Der Arbeitgeber muss sich der sexuell belästigenden Person zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedienen.

Erforderlich ist zunächst eine grundlegende personelle Eingrenzung hinsichtlich der Geeignetheit als Erfüllungsgehilfen. Teilweise wird argumentiert, dass bei Schutzpflichtverletzungen der Handelnde nicht speziell in den Pflichtenkreis des Schuldners eingebunden sein muss; es reicht aus, dass der Gläubiger dem Schuldner und Hilfspersonen anlässlich des Schuldverhältnisses die eigene Rechtssphäre öffnete.¹³⁸ Somit wären alle Beschäftigten als Erfüllungsgehilfen des Arbeitgebers gegenüber ihren Kollegen anzusehen. Dem ist entgegenzuhalten, dass der hinter § 278 BGB stehenden Arbeitsteilungsgedanke verkannt und sich weit von den inhaltlichen Voraussetzungen des § 278 BGB gelöst wird.¹³⁹ Auch bei Schutzpflichtverletzungen ist für die Begründung der Zurechnung ein Sich-Bedienen, d.h. gezieltes Einsetzen der Hilfsperson durch den Schuldner erforderlich.¹⁴⁰

Somit ist entscheidend, wieweit sich der Arbeitgeber einzelner Beschäftigten zur Erfüllung der gegenüber der Belegschaft insgesamt bestehenden Schutzpflichten bedient.¹⁴¹ Es wird argumentiert, dass der Arbeitgeber diesbezüglich auf sämtliche Beschäftigte zurückgreift.¹⁴² Gestützt wird dies darauf, dass der Arbeitgeber sich zur Erfüllung seiner Pflicht, Beschäftigte auch vor Benachteiligungen durch Dritte zu schützen, wohl aller Mitarbeiter bedienen möchte.¹⁴³ Dieser Ansicht nach müsste sich ein Arbeitgeber das Nichteingreifen eines gleichgeordneten Kollegen nach § 278 BGB zurechnen lassen. Doch ist zu erwidern, dass es dem typischen hierarchischen Aufbau eines Betriebs widersprechen würde, da sämtliche Mitarbeiter für den Arbeitgeber Aufgaben der Disziplinierung wahrnehmen würden.¹⁴⁴ Richtigerweise ist davon auszugehen, dass sich Arbeitgeber nicht aller Beschäftigten bedienen möchten, wobei auf den

123 Serr, in: Staudinger (Fn. 24), § 12 AGG Rn. 51.

124 Schlachter, in: ErfK (Fn. 16), § 12 AGG Rn. 5.

125 Schlachter, in: ErfK (Fn. 16), § 12 AGG Rn. 4.

126 Bauer/Krieger (Fn. 20), § 12 Rn. 41.

127 Bauer/Krieger (Fn. 20), § 12 Rn. 41 f.

128 Rupp, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 39), § 12 AGG Rn. 4.

129 Serr, in: Staudinger (Fn. 24), § 12 AGG Rn. 58.

130 Siehe S. 19.

131 Ellenberger, in: Palandt (Fn. 18), § 31 Rn. 3.

132 Vgl. Bauer (Fn. 15), S. 127.

133 Ellenberger, in: Palandt (Fn. 18), § 31 Rn. 8.

134 Ellenberger, in: Palandt (Fn. 18), § 31 Rn. 7.

135 Ellenberger, in: Palandt (Fn. 18), § 31 Rn. 8.

136 Sprau, in: Palandt (Fn. 18), § 831 Rn. 3.

137 Bauer (Fn. 15), S. 127.

138 Caspers, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2014, § 278 Rn. 43.

139 Bauer (Fn. 15), S. 129; Stoffels, Grundprobleme der Schadensersatzverpflichtung nach § 15 Abs. 1 AGG, RdA 2009, 204 (208).

140 So etwa: Bauer (Fn. 15), S. 129; Kamanabrou, Grenzen der Haftung für Schutzpflichtverletzungen Dritter, NJW 2001, 1187 f.

141 Bauer (Fn. 15), S. 128.

142 Roloff, in: BeckOK ArbR (Fn. 80), § 3 AGG Rn. 37.

143 Bauer (Fn. 15), S. 128.

144 Bauer (Fn. 15), S. 132.

tatsächlichen Willen abzustellen ist.¹⁴⁵ Vorgesetzte Kollegen, Mitarbeiter der Personalabteilung oder Dritte, wie Headhunter und Personalberater, können im Verhältnis zum Beschäftigten Führungs- und Organisationspflichten des Arbeitgebers ausüben.¹⁴⁶ Diese Gruppen kommen als Erfüllungsgehilfen in Betracht.

Eine weitergehende inhaltliche Präzisierung des nach § 278 BGB zurechenbaren Verhaltens erfolgt über das Kriterium der Schädigung bei Erfüllung der übertragenen Tätigkeit.¹⁴⁷ Dies erfordert einen Zusammenhang zwischen der Belästigung und dem übertragenen Aufgabenbereich.¹⁴⁸ Im Falle der „*quid pro quo*“ Belästigung,¹⁴⁹ bei welcher ein Vorgesetzter oder Dritter, der mit Personalmaßnahmen betraut ist, einen beruflichen Vorteil an das sexuelle Entgegenkommen knüpft, ist unfraglich ein innerer und sachlicher Zusammenhang anzunehmen.¹⁵⁰ Schwieriger ist dagegen die Beurteilung, wenn die sexuelle Belästigung erfolgt, ohne dass sie in Verbindung zu vor- oder nachteiligen arbeitsrechtlichen Maßnahmen steht. Einerseits wird argumentiert, dass in einer solchen Situation der erforderliche innere Zusammenhang fehle, da nicht im Rahmen der vom Arbeitgeber übertragenen Sonderstellung, sondern aus rein privaten Motiven gehandelt wird.¹⁵¹ Dem ist entgegenzusetzen, dass auch persönliche Motive den erforderlichen inneren Zusammenhang nicht ausschließen.¹⁵² In einer solchen Situation tritt der Belästigende dem Belästigten in seiner vom Arbeitgeber übertragenen Machtposition gegenüber, welche bereits impliziert, dass Konsequenzen aus der Belästigung drohen.¹⁵³ Folglich ist bei einer sexuellen Belästigung durch eine Person, die die Erfüllungseigenschaft erfüllt auch grds. der innere Zusammenhang zu bejahen. Etwas Anderes muss jedoch bei der Belästigung durch einen „nicht vorgesetzten Vorgesetzten“ gelten.¹⁵⁴ Ein Personalleiter etwa hat gegenüber einem abteilungsfremden Beschäftigten keine personalbezogenen Befugnisse, so dass kein innerer Zusammenhang zum übertragenen Aufgabenbereich besteht. Auch kann die Belästigung im Einzelfall außerhalb der Arbeitszeit im rein privaten Kreis erfolgen. Das Risiko hat sich dann nicht aus der Eingliederung in den Betrieb ergeben, sondern viel mehr aus dem allgemeinen Lebensrisiko.

¹⁴⁵ Bauer (Fn. 15), S. 133.

¹⁴⁶ Buschmann, in: Däubler/Bertzach, NomosKommentar Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2. Aufl. 2008, § 7 Rn. 294; Grünberg, in: Palandt (Fn. 18), § 278 Rn. 16; Bauer/Krieger (Fn. 20), § 15 Rn. 33.

¹⁴⁷ Bauer (Fn. 15), S. 131.

¹⁴⁸ BGHZ 123, 14.

¹⁴⁹ Eggert-Weyand (Fn. 2), S. 150.

¹⁵⁰ Bauer/Krieger (Fn. 20), § 3 Rn. 50.

¹⁵¹ Bauer/Krieger (Fn. 20), § 7 Rn. 38; Simon/Greiflin, AGG: Haftung des Arbeitgebers bei Benachteiligungen durch Beschäftigte und Dritte, BB 2007, 1782 (1786).

¹⁵² Däubler, in: ders./Bertzach (Fn. 146), § 7 Rn. 298.

¹⁵³ Bauer (Fn. 15), S. 135.

¹⁵⁴ Bauer (Fn. 15), S. 136.

cc) Zusammenfassung

Belästigt eine andere Person als der Arbeitgeber, so kann dieser im Falle des Erstverstosses eines Beschäftigten dadurch eine Pflichtverletzung begangen haben, weil er nicht die erforderlichen Präventivmaßnahmen getroffen hat. Ihm ist es jedoch möglich, sich zu exkulpieren. Darüber hinaus kann er dadurch eine Pflichtverletzung begehen, dass er im Falle der erfolgten Belästigung durch Beschäftigte oder Dritte nicht die erforderlichen reaktiven Maßnahmen zum Schutze seiner Beschäftigten getroffen hat. Zusätzlich muss er sich das Verhalten bestimmter Beschäftigter zurechnen lassen, ohne dass er die Möglichkeit der Exkulpation hat. Folglich begeht der Arbeitgeber bei einer Handlung, die er sich nicht zuzurechnen lassen braucht, nur eine Pflichtverletzung, wenn er zugleich seine Organisationspflichten verletzt. Andererseits, sofern der Arbeitgeber sich fremdes Handeln zurechnen lassen muss, kann die Möglichkeit der Exkulpation nach § 12 Abs. 2 S. 2 AGG nicht mehr bestehen.

d) Sonderproblem: Sexuelle Belästigung bei Vertragsanbahnung

Das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG greift, wie sich aus § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG ergibt, bereits im Anbahnungsverhältnis.¹⁵⁵ Wird beispielsweise der Bewerber vom künftigen Arbeitgeber bereits beim Vorstellungsgespräch sexuell belästigt, liegt ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot vor. § 7 Abs. 3 AGG konkretisiert, dass ein solcher Verstoß eine Verletzung vertraglicher Pflichten darstellt. Dadurch erfolgt die Klarstellung, dass es sich bei den Ansprüchen des 2. Abschnitts des AGG um vertragliche Ansprüche handelt.¹⁵⁶ Doch ist der Wortlaut der Vorschrift unglücklich formuliert: Im Zeitpunkt der Anbahnung liegt noch kein vertragliches Verhältnis, sondern lediglich ein vorvertragliches Schuldverhältnis vor.¹⁵⁷ Somit stellt ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot in diesem Zeitpunkt eine Verletzung der vorvertraglichen Pflichten dar.

e) Sonderproblem: Verdacht der sexuellen Belästigung

Besteht der Verdacht der sexuellen Belästigung, treffen den Arbeitgeber mangels feststehender Belästigung keine reaktiven Pflichten gem. § 12 Abs. 3, 4 AGG.¹⁵⁸ Doch aus der Generalklausel muss sich richtigerweise die Pflicht des Arbeitgebers ergeben, dem Verdacht nachzugehen (sog. Aufklärungspflicht).¹⁵⁹ Nach anderer Ansicht begründet § 12 Abs. 1 AGG allein Pflichten mit

¹⁵⁵ Schleusener, in: Schleusener/Suckow/Voigt (Fn. 23), § 7 Rn. 7.

¹⁵⁶ Bauer/Krieger (Fn. 20), § 7 Rn. 46.

¹⁵⁷ Schrader/Schubert, Das neue AGG, 2006, Rn. 439.

¹⁵⁸ Buschmann, in: Däubler/Bertzach (Fn. 146), § 12 Rn. 23, 29; Bauer/Krieger (Fn. 20), § 12 Rn. 30, 40.

¹⁵⁹ Göpfert/Siegrist, Diskriminierungsverdacht: Über den richtigen Umgang mit arbeitsrechtlichen Diskriminierungsfällen, ZIP 2006, 1710 f.; Bauer (Fn. 15), S. 98; Bauer/Krieger (Fn. 20), § 12 Rn. 4.

kollektivem Bezug, so dass die einzelfallbezogene Pflicht zur Aufklärung ihm nicht entnommen werden kann.¹⁶⁰ Dem ist entgegenzuhalten, dass, wie der Sonderfall zeigt, die Voraussetzung des kollektiven Bezugs dem vollumfänglichen Schutz des Beschäftigten entgegensteht. Daher hat der Arbeitgeber im Verdachtsfall durch eigenständige Sachverhaltsermittlung tätig zu werden und darf den „Belästigten“ nicht auf den selbständigen Nachweis verweisen.¹⁶¹ Sofern die Möglichkeit besteht, dass der „Belästigte“ während der Aufklärung weiteren Übergriffen ausgesetzt ist, besteht zudem die Pflicht, weitere Maßnahmen zu treffen, um diese zu verhindern.¹⁶² So kann der Arbeitgeber etwa die Parteien räumlich trennen.¹⁶³ Es ist zu berücksichtigen, dass den Arbeitgeber auch eine Rücksichtnahmepflicht für den „Belästigenden“ trifft, sofern er mit diesem in vertraglichen Beziehungen steht.¹⁶⁴ So darf er den Verdacht nicht über den Kreis der zur Aufklärung beteiligten Personen ausweiten. Auch ist im Rahmen der Abwägung das Interesse des „Belästigenden“ zu berücksichtigen,¹⁶⁵ welchem im Falle des Verdachts eine stärkere Bedeutung zu kommt.¹⁶⁶ Im Falle der vermeintlichen Belästigung durch einen Dritten darf bei der Abwägung auch das Arbeitgeberinteresse stärker berücksichtigt werden.¹⁶⁷ Es kann grds. nicht angemessen sein, aufgrund eines bloßen Gerüchts die Vertragsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Dritten zu beenden. Die Pflicht des Arbeitgebers begrenzt sich im Schutzinteresse des „Belästigten“; sieht der von einer Sachverfolgung ab, ist auch der Arbeitgeber zu keiner Ermittlung verpflichtet.¹⁶⁸

f) Zusammenfassung – Pflichtverletzung des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber begeht bei eigener Belästigung eine Pflichtverletzung. Doch auch wenn andere Personen belästigen, ist eine Pflichtverletzung möglich.

2. Pflichten des Beschäftigten

Auch ein Beschäftigter hat auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen, § 241 Abs. 2 BGB. Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, zu unterlassen, was gegen die Arbeitgeberinteressen läuft, die mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängen.¹⁶⁹ Eine sexuelle Belästigung verletzt das Interesse des Arbeitgebers an einem möglichst reibungslosen Betriebsablauf.¹⁷⁰

160 Suckow, in: Schleusener/ders./Voigt (Fn. 23), § 12 Rn. 8.

161 Göpfert/Siegrist (Fn. 159), ZIP 2006, 1710 f.

162 Bauer (Fn. 15), S. 115.

163 Göpfert/Siegrist (Fn. 159), ZIP 2006, 1710 (1712).

164 Bauer (Fn. 15), S. 114; Göpfert/Siegrist (Fn. 159), ZIP 2006, 1710 (1713).

165 Gach/Julis, Beschwerdestelle und Verfahren nach § 13 AGG, BB 2007, 773 (777).

166 Bauer (Fn. 15), S. 115.

167 Bauer (Fn. 15), S. 116.

168 Göpfert/Siegrist (Fn. 159), ZIP 2006, 1710 (1712).

169 Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2011, Rn. 222.

170 Schlachter, in: ErfK (Fn. 16), § 7 AGG Rn. 9.

Der handelnde Beschäftigte begeht daher gegenüber seinem Arbeitgeber eine Pflichtverletzung. § 7 Abs. 3 AGG stellt zudem explizit fest, dass die generelle Pflicht zum benachteiligungsfreien Verhalten besteht.¹⁷¹

IV. Individualrechtliche Betrachtung

1. Rechte des Belästigten

a) Schadens- und Entschädigungsansprüche

aa) Ansprüche nach § 15 Abs. 1, 2 AGG

Bei Verletzung des Benachteiligungsverbots gewährt das AGG dem benachteiligten Beschäftigten gegen den Arbeitgeber einen Schadensersatzanspruch zum Ersatz materieller Schäden sowie einen verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruch zum Ausgleich immaterieller Schäden, § 15 Abs. 1, 2 AGG.

(1) Schadensersatzanspruch, § 15 Abs. 1 AGG

Über die Verletzung des Benachteiligungsverbots hinaus erfordert der Schadensersatzanspruch, dass der Arbeitgeber die Pflichtverletzung zu vertreten hat, § 15 Abs. 1 S. 2 AGG. Das Vertretenmüssen richtet sich nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regeln.¹⁷² Dies ist unproblematisch, wenn der Arbeitgeber selbst belästigt. Belästigen ein Beschäftigter oder ein Dritter, muss deren Verschulden dem Arbeitgeber nach § 278 oder § 31 BGB zuzurechnen sein.¹⁷³

(2) Entschädigungsanspruch, § 15 Abs. 2 AGG

Gesetzestechisch baut der Anspruch nach § 15 Abs. 2 AGG auf den Anspruch aus § 15 Abs. 1 AGG auf, weshalb als Anspruchsvoraussetzungen immer auch die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs erfüllt sein müssen.¹⁷⁴ Die europarechtskonforme Auslegung gebietet es jedoch, den Entschädigungsanspruch nicht von einem Verschulden abhängig zu machen.¹⁷⁵ Demnach wäre allein ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot erforderlich. Diese würde zu einer Gefährdungshaftung des Arbeitgebers führen, der als Inhaber der Gefahrenquelle „Betrieb“ für alle durch Benachteiligungen verursachten Schäden aufkommen müsste.¹⁷⁶ Gegen solch eine Haftung spricht die Gesetzesbegründung, nach der die Entschädigung abschreckende Wirkung haben und daher der Verhaltenssteuerung dienen soll.¹⁷⁷ Eine Gefährdungshaftung dient aber nicht der Verhaltenssteuerung, da der Arbeitgeber verhaltensunabhängig haftet.¹⁷⁸ Auch die Entstehungsgeschichte des AGG spricht gegen eine

171 Bauer/Krieger (Fn. 20), § 7 Rn. 41.

172 Begründung RegE, BT-Drs. 16/1780, S. 38.

173 Bauer (Fn. 15), S. 185.

174 Bauer/Krieger (Fn. 20), § 15 Rn. 33.

175 Serr, in: Staudinger (Fn. 24), § 15 AGG Rn. 2.

176 Simon/Greiflin (Fn. 151), BB 2007, 1782 f.

177 ABl. EG Nr. L 269 v. 05.10.2002, S. 18, Ziff. 5 Abs. 2.

178 Simon/Greiflin (Fn. 151), BB 2007, 1782 f.

Gefährdungshaftung: § 16 ADG-E enthielt eine explizite, differenzierende Regelung zur Haftung des Arbeitgebers bei Benachteiligung durch Beschäftigte und externe Dritte, doch fiel sie letztendlich ersatzlos weg.¹⁷⁹ Demnach haftet der Arbeitgeber auch im Rahmen des Entschädigungsanspruchs nur, wenn er selbst sexuell belästigt oder ihm die Belästigung zuzurechnen ist. Gegen eine Anwendung des § 278 BGB ergeben sich auch keine durchschlagenden Bedenken: § 15 Abs. 2 AGG ist ein vertraglicher Anspruch und § 278 BGB regelt nicht nur die Zurechnung des Verschuldens, sondern auch die der Pflichtverletzung.¹⁸⁰ Der Arbeitgeber haftet im Rahmen des Entschädigungsanspruchs auch für ihm zurechenbare sexuelle Belästigungen.

(3) Haftung wegen Verletzung von Schutzpflichten. § 12 AGG

Nach einer Ansicht haftet der Arbeitgeber auch bei einer Schutzpflichtverletzung nach § 15 Abs. 1, 2 AGG.¹⁸¹ Die Gegenansicht lehnt die Haftung ab.¹⁸² Vermittelnd wird verlangt, dass die Schutzpflichtverletzung dazu beitrug, dass die eigentliche Belästigung erfolgte.¹⁸³ Gegen die erste Ansicht spricht, dass es sich bei der Schutzpflichtverletzung um keinen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot handelt.¹⁸⁴ Gegen die vermittelnde Ansicht spricht, dass § 12 AGG selbständige Pflichten aufstellt und diese nicht einer Benachteiligung gleichgesetzt sind, so dass eine Haftung nur dann möglich ist, wenn die Schutzpflichtunterlassung eine Benachteiligung i.S.d. § 3 AGG darstellt.¹⁸⁵ Für die letztgenannte Ansicht spricht, dass die Reaktionspflichten keine Kenntnis von der Benachteiligung voraussetzen und der Arbeitgeber folglich zur Entschädigungszahlung nach § 15 Abs. 2 AGG verpflichtet wäre, ohne dass ihm diese Benachteiligung bekannt war bzw. schuldhaft nicht bekannt.¹⁸⁶ Daraus folgt, dass eine Schutzpflichtverletzung nach § 12 AGG nicht zur Haftung des Arbeitgebers nach § 15 Abs. 1, 2 AGG führt. Die Ausführungen gelten nur soweit die Belästigungshandlung dem Arbeitgeber nicht bereits zuzurechnen ist.

(4) Haftungsausfüllung

Der Betroffene kann nach § 15 Abs. 1 bzw. Abs. 2 AGG Ersatz der materiellen und immateriellen Schadenspositionen verlangen. Art und Umfang richten sich nach den §§ 249 ff. BGB. Führt die sexuelle Belästigung zu Gesundheitsschäden, kann Ersatz für die Behandlungs- und

Therapiekosten verlangt werden.¹⁸⁷ Mangels Eingriffs in vermögenswerte Bestandteile kann Ersatz für materielle Schäden wegen Verletzungen des Allgem. Persönlichkeitsrechts nur auf deliktischer Ebene erfolgen.¹⁸⁸ § 15 Abs. 2 AGG ist eine Ausnahmenvorschrift i.S.d. § 253 Abs. 1 BGB; eine physische oder psychische Beeinträchtigung muss nicht vorliegen.¹⁸⁹ Dem Wortlaut nach kann der Beschäftigte eine „angemessene Entschädigung“ verlangen. Da im Falle der sexuellen Belästigung meist auch Persönlichkeitsrechtsverletzungen vorliegen, muss die Entschädigung der Genugtuungsfunktion genügen.¹⁹⁰ Auch der vom EuGH geforderte Präventionszweck ist zu berücksichtigen, da es oftmals an einem materiellen Schaden fehlt.¹⁹¹

(5) Darlegungs- und Beweislast, Ausschlussfrist und Verjährung

§ 22 AGG ist bei sexueller Belästigung ohne Bedeutung: Der Betroffene muss den Übergriff darlegen und beweisen, gelingt dies, ist der Bezug zum Merkmal „Geschlecht“ gegeben und eine Rechtfertigung kommt nicht in Betracht.¹⁹²

Nach § 15 Abs. 4 S. 1 AGG muss ein Anspruch nach § 15 Abs. 1 oder Abs. 2 AGG grds. innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden. Im Falle der sexuellen Belästigung beginnt die Frist zum Zeitpunkt, zu dem der Betroffene von ihr Kenntnis erlangt, § 15 Abs. 4 S. 2 AGG. Erfolgt die Belästigung über längere, nicht abgeschlossene Zeiträume, beginnt die Frist nicht vor Beendigung des Dauertatbestands zu laufen.¹⁹³ Nach § 61b Abs. 1 ArbGG muss die Klage auf Entschädigung innerhalb von drei Monaten, nach schriftlicher Geltendmachung des Anspruchs, erhoben werden. Fristbeginn ist der Zugang der Geltendmachung nach § 15 Abs. 4 AGG, nicht erst die Ablehnung des Arbeitgebers.¹⁹⁴ Entgegen des Wortlauts gilt die Klagefrist auch für den Anspruch nach § 15 Abs. 1 AGG.¹⁹⁵ Eine Anwendung auf allgemeine vertragliche Ansprüche findet nicht statt.¹⁹⁶ Es gilt die dreijährige Regelverjährung (§ 195 BGB).

bb) Weitere Schadens- und Ersatzansprüche

Ansprüche „im Übrigen“ gegen den Arbeitgeber, die sich aus anderen Rechtsvorschriften ergeben, bleiben unberührt, § 15 Abs. 5 AGG.

(1) Allgemeine vertragliche Ansprüche

Als Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot sind sexuelle Belästigungen als (vor-)vertragliche Pflichtverletzung

179 Simon/Greiflin (Fn. 151), BB 2007, 1782 (1784); Deinert, in: Däubler/Bertzach (Fn. 146), § 15 Rn. 135.

180 Bauer (Fn. 15), S. 190.

181 Bauer/Krieger (Fn. 20), § 12 Rn. 5; Buschmann, in: Däubler/Bertzach (Fn. 146), § 12 Rn. 17; Göpfert/Siegrist (Fn. 159), ZIP 2006, 1710 f.

182 Suckow, in: Schleusener/ders./Voigt (Fn. 23), § 12 Rn. 55; Voigt, in: Schleusener/Suckow/ders. (Fn. 23), § 15 Rn. 31; Bauer (Fn. 15), S. 187 f.

183 Stoffels (Fn. 139), RdA 2009, 204 (207).

184 Bauer (Fn. 15), S. 187.

185 Roloff, in: BeckOK ArbR (Fn. 80), § 12 AGG Rn. 15; Bauer (Fn. 15), S. 187.

186 Bauer (Fn. 15), S. 188.

187 Bauer (Fn. 15), S. 161.

188 BAG, NZA 2007, 1154 (1164).

189 Vgl. Simon/Greiflin (Fn. 151), BB 2007, 1782 (1785).

190 Walker, Der Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG, NZA 2009, 5 (9).

191 Schlachter, in: ErfK (Fn. 16), § 15 AGG Rn. 10.

192 Bauer (Fn. 15), S. 205.

193 BAG, NZA 2010, 387 (393).

194 ArbG Berlin, NZA 2008, 492; Bauer/Krieger (Fn. 20), § 15 Rn. 58.

195 Bauer/Krieger (Fn. 20), § 15 Rn. 57.

196 Bauer (Fn. 15), S. 216.

zu qualifizieren, § 7 Abs. 3 AGG. Somit ist im Falle der sexuellen Belästigung durch den Arbeitgeber aber auch bei einer fremden Belästigung, die dem Arbeitgeber zugerechnet werden kann, eine parallele Haftung nach §§ 280 Abs. 1, (311 Abs. 2), 241 Abs. 2 BGB möglich. Aus Sicht des Betroffenen sind Ansprüche aus § 15 AGG grds. günstiger, da der Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG verschuldensunabhängig ist und die Beschränkung des § 253 Abs. 2 BGB nicht gilt.¹⁹⁷ Da für die allgemeinen vertraglichen Ansprüche die § 15 Abs. 4 AGG und § 61b ArbGG nicht gelten, ist das Konkurrenzverhältnis dann bedeutsam, wenn der Belästigte die Ausschlussfristen nicht gewahrt hat.¹⁹⁸ Richtigerweise wird § 15 AGG als eine die Anwendung der §§ 280 ff. BGB ausschließende *lex specialis* angesehen.¹⁹⁹ § 15 Abs. 1 AGG und §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB stehen im Spezialitätsverhältnis: Alle Fälle des § 15 Abs. 1 AGG können immer unter die §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB subsumiert werden.²⁰⁰ Doch nicht alle Fälle des § 15 Abs. 2 AGG sind solche der allgemeinen Normen, denn nach § 15 Abs. 2 AGG kann die Haftung auch ohne Verschulden vorliegen.²⁰¹ Trotz partieller Deckungsgleichheit kann nach Sinn und Zweck eine Verdrängung der partiell generelleren Norm angenommen werden.²⁰² Eine parallele Haftung über die §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB würde das über § 15 Abs. 4 AGG erreichte Ziel, möglichst schnell für Rechtssicherheit zu sorgen, vereiteln, da § 15 Abs. 4 AGG nicht auf allgemeine vertragliche Ansprüche angewendet wird.²⁰³ Deshalb werden Ansprüche nach §§ 280 Abs. 1, (311 Abs. 2), 241 Abs. 2 BGB, sofern sie sich nur auf den Verstoß des Benachteiligungsverbots beziehen, verdrängt.

Entsprechend vorheriger Ausführungen besteht das Konkurrenzproblem nicht, wenn der Arbeitgeber gegen eine seiner Pflichten aus § 12 AGG verstößt. Hier ist allein eine vertragliche Haftung nach §§ 280 Abs. 1, (311 Abs. 2), 241 Abs. 2 BGB möglich.²⁰⁴ Es ist zu beachten, dass zwischen der Verletzung der Pflichten aus § 12 AGG und dem beim Benachteiligten eingetretenen Schaden ein ursächlicher Zusammenhang bestehen muss.²⁰⁵ Der besteht dann, wenn das pflichtgemäße Verhalten den Schadenseintritt mit Sicherheit verhindert hätte.²⁰⁶ Problematisch ist, dass bei unterbliebener Schulung nicht sicher ist, dass die Geschulten das Gelernte angewendet hätten bzw. ein Beschäftigter nach einer Abmahnung sein Verhalten

ändert und die Belästigung unterblieben wäre.²⁰⁷ Etwas anderes gilt, wenn die wiederholte sexuelle Belästigung erfolgt, nachdem eine nach § 12 Abs. 3 AGG erforderliche Kündigung unterblieben ist. In diesem Fall hätte das pflichtgemäße Verhalten sicher dazu geführt, dass der durch die Belästigung eingetretene Schaden unterblieben wäre.²⁰⁸ Der Umfang des Anspruchs bestimmt sich nach § 249 ff. BGB und kann neben materiellen Schäden nach § 253 Abs. 2 BGB auch immaterielle Schäden umfassen.

(2) Schadensersatzanspruch nach Eigenkündigung.

§ 628 Abs. 2 BGB

Die Haftung des Arbeitgebers kann auch auf Grundlage des § 628 Abs. 2 BGB in Betracht kommen.²⁰⁹ Danach kann der Beschäftigte, der durch ein vertragswidriges Verhalten des Arbeitgebers zur außerordentlichen Kündigung veranlasst wurde, von diesem Schadensersatz verlangen. Insbesondere kann das entgangene Gehalt verlangt werden, wobei der Anspruch zeitlich auf den Ablauf der Kündigungsfrist einer fiktiven ordentlichen Kündigung begrenzt ist.²¹⁰ Es müsste zunächst eine schwerwiegende sexuelle Belästigung vorgelegen haben, die die außerordentliche Kündigung rechtfertigte.²¹¹ Diese müsste entweder vom Arbeitgeber selbst begangen worden oder ihm zurechenbar sein.²¹² Auch bei massiver Schutzpflichtverletzung kann der Arbeitnehmer außerordentlich kündigen, was der Fall ist, wenn trotz Kenntnis der Belästigung keine reaktiven Maßnahmen ergriffen werden.²¹³ Die Unterlassung muss für die Kündigung ursächlich sein.²¹⁴ Sofern Kündigungsschutz nach dem KSchG besteht, kann auch eine Abfindung für den Arbeitsplatzverlust verlangt werden.²¹⁵

(3) Deliktische Haftung

Eine Haftung des Arbeitgebers aus §§ 831 Abs. 1 bzw. 823 Abs. 1 BGB kommt grds. neben der Haftung aus § 15 AGG in Betracht.²¹⁶ Allerdings unterliegen Entschädigungsansprüche wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts den qualifizierenden Voraussetzungen der Rechtsprechung des BVerfG, wonach, sofern der Belästigte den Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG geltend machen kann, eine anderweitige Genugtuung des Belästigten gesichert ist, und die Voraussetzungen des deliktischen Anspruchs nicht erfüllt sind.²¹⁷

197 Bauer (Fn. 15), S. 215.

198 Bauer (Fn. 15), S. 215.

199 BAG, NZA 2012, 1211 (1214 f.); Deinert, in: Däubler/Bertzbach (Fn. 146), §15 Rn. 24.

200 Voigt, in: Schleusener/Suckow/ders. (Fn. 23), § 15 Rn. 11.

201 Bauer (Fn. 15), S. 215; vgl. Voigt, in: Schleusener/Suckow/ders. (Fn. 23), § 15 Rn. 11.

202 Zu den Schwierigkeiten: Zippelius, Juristische Methodenlehre, 10. Aufl. 2006, S. 39.

203 Stein, in: Wendeling-Schröder/ders. (Fn. 53), § 15 Rn. 88.

204 Serr, in: Staudinger (Fn. 24), § 15 AGG Rn. 67.

205 Simon/Greiflin (Fn. 151), BB 2007, 1782 (1784).

206 Simon/Greiflin (Fn. 151), BB 2007, 1782 (1784).

207 Simon/Greiflin (Fn. 151), BB 2007, 1782 (1784); so auch Bauer (Fn. 15), S. 142.

208 Simon/Greiflin (Fn. 151), BB 2007, 1782 (1784 f.).

209 Bauer (Fn. 15), S. 142.

210 Löwisch/Caspers/Klump, Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2014, Rn. 649.

211 Simon/Greiflin (Fn. 151), BB 2007, 1782 (1785).

212 Weidenkaff, in: Palandt (Fn. 18), § 628 Rn. 6.

213 Vgl. Hensler, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. IV, 7. Auflage 2016, § 626 Rn. 273.

214 Simon/Greiflin (Fn. 151), BB 2007, 1782 (1785).

215 BAG, NZA 2002, 325 (330).

216 Serr, in: Staudinger (Fn. 24), § 15 AGG Rn. 62.

217 Walker (Fn. 190), NZA 2009, 5 (11).

b) Leistungsverweigerungsrecht, Beschwerderecht

Beschäftigte haben das Recht, sich bei den zuständigen Stellen des Betriebs zu beschweren, wenn sie sexuell belästigt wurden oder sich sexuell belästigt fühlen, § 13 Abs. 1 S. 1 AGG. Nach Satz 2 ist die Beschwerde zu prüfen und das Ergebnis dem Beschäftigten mitzuteilen. Neben der Auskunft, ob eine Maßnahme getroffen wird, ist auch die konkrete Maßnahme mitzuteilen, denn anhand der Mitteilung kann der Belästigte entscheiden, sein Leistungsverweigerungsrecht nach § 14 S. 1 AGG auszuüben.²¹⁸ Es besteht die Möglichkeit, bei erfolgter sexueller Belästigung, die eigene Tätigkeit ohne Verlust des Arbeitsentgelts zu verweigern, wenn der Arbeitgeber keine oder offensichtlich ungeeignete Maßnahmen zur weiteren Unterbindung ergreift. Dies tut er, wenn er seine Pflichten aus § 12 Abs. 3, 4 AGG verletzt.²¹⁹ Darüber hinaus muss der Arbeitgeber Kenntnis von der Belästigung haben, was aber nicht erfordert, dass er infolge der Beschwerde i.S.d. § 13 AGG von ihr erfährt.²²⁰ Zusätzlich muss das Einstellen der Tätigkeit zum Schutz des Beschäftigten erforderlich sein, § 14 S. 1 AGG. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung sind Art und Erheblichkeit der Belästigung gegen die Tätigkeitseinstellung abzuwägen.²²¹ Insbesondere darf die Einstellung nur für die Tätigkeiten erfolgen, bei denen der Belästigte von der Belästigung betroffen ist, denn § 14 S. 1 AGG dient allein dem Schutz der betroffenen Person.²²² Geht die Belästigung von einem Kunden aus, kann der Beschäftigte nur die Tätigkeiten einstellen, bei denen er in Kontakt mit dem Kunden kommen würde.²²³ Doch auch § 273 BGB gibt dem Belästigten die Möglichkeit, seine Tätigkeiten einzustellen, vgl. § 14 S. 2 AGG. Demnach besteht ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn der Belästigte einen fälligen Leistungsanspruch gegen den Arbeitgeber hat.²²⁴ Hier kommen Ansprüche aus § 12 Abs. 3, 4 und § 15 Abs. 1, 2 AGG in Betracht.²²⁵

c) Maßregelungsverbot

Das in § 16 AGG verankerte Maßregelungsverbot schützt u.a. Belästigte bei Wahrnehmung ihrer Rechte wegen verbotener Benachteiligung.²²⁶ Sanktionen, die auf der Wahrnehmung beruhen, sind nach § 134 BGB i.V.m. § 16 AGG unwirksam und können Schadensersatzansprüche nach § 280 Abs. 1 BGB auslösen.²²⁷

d) Recht auf Vornahme einer bestimmten Maßnahme, § 12 AGG

Dem Grundsatz nach hat der belästigte Beschäftigte gegen seinen Arbeitgeber keinen Anspruch auf Vornahme einer bestimmten Maßnahme.²²⁸ Zwar begründet § 12 Abs. 1-4 AGG Rechtspflichten des Arbeitgebers, die sich wiederum als Rechtsansprüche des Beschäftigten darstellen, doch sind diese nur auf das rechtsfehlerfreie Ermessen gerichtet.²²⁹ Nur ausnahmsweise, wenn ansonsten jede Maßnahme rechtsfehlerhaft wäre, und das Ermessen des Arbeitgebers auf Null reduziert ist, kann sich der Anspruch des Belästigten auf die einzige rechtsfehlerfreie und daher auf eine bestimmte Maßnahme beziehen.²³⁰

e) Unmittelbarer Anspruch gegen den Belästigenden

Sofern nicht der Arbeitgeber belästigt, wird der Belästigte grds. keine unmittelbaren Ansprüche gegen den Belästigenden haben.²³¹ § 7 Abs. 3 AGG begründet in diesem Verhältnis keine unmittelbaren Ansprüche.²³² Der Arbeitsvertrag des Belästigenden entfaltet keine Schutzwirkung zugunsten Dritter.²³³ Nur wenn die sexuelle Belästigung ein in § 823 Abs. 1 BGB geschütztes Rechtsgut verletzt, kann der Belästigte den Belästigenden unmittelbar in Anspruch nehmen.²³⁴ Zu beachten ist, dass der Anspruch entsprechend vorheriger Ausführungen voraussetzt, dass eine andere Befriedigung nicht möglich ist. Das ist etwa der Fall, wenn ein Arbeitskollege erstmals belästigt und das Verhalten dem Arbeitgeber nicht zuzurechnen ist und dieser zudem entsprechend § 12 Abs. 2 S. 2 AGG seine Beschäftigten in geeigneter Art und Weise geschult hat.

2. Rechte des Arbeitgebers

Entsprechend vorheriger Ausführungen stellt die sexuelle Belästigung zwischen Beschäftigten im Verhältnis zum Arbeitgeber eine Verletzung vertraglicher Nebenpflichten dar. Wenn ein Arbeitgeber vom Belästigten in Anspruch genommen wird, kann er den Belästigenden nach §§ 280 Abs. 1, 619a, 241 Abs. 2 BGB in Regress nehmen.²³⁵ Dieser Anspruch kann sich über ein Mitverschulden des Arbeitgebers wegen gleichzeitiger Schutzpflichtverletzung mindern, § 254 Abs. 1 BGB.²³⁶ Grds. wird ein solcher Regressanspruch durch den Grundsatz der eingeschränkten

218 Eggert-Weyand (Fn. 2), S. 234.

219 Eggert-Weyand (Fn. 2), S. 224.

220 Serr, in: Staudinger (Fn. 24), § 14 AGG Rn. 10.

221 Suckow, in: Schleusener/ders./Voigt (Fn. 23), § 14 Rn. 17 f.

222 Bauer/Krieger (Fn. 20), § 14 Rn. 10.

223 Bauer/Krieger (Fn. 20), § 14 Rn. 10.

224 Bauer/Krieger (Fn. 20), § 14 Rn. 17.

225 Bauer/Krieger (Fn. 20), § 14 Rn. 17.

226 Serr, in: Staudinger (Fn. 24), § 16 AGG Rn. 1, 4.

227 Serr, in: Staudinger (Fn. 24), § 16 AGG Rn. 13.

228 BAG, NZA, 2008, 223 (226); Suckow, in: Schleusener/ders./Voigt (Fn. 23), § 12 Rn. 52.

229 Suckow, in: Schleusener/ders./Voigt (Fn. 23), § 12 Rn. 52.

230 Suckow, in: Schleusener/ders./Voigt (Fn. 23), § 12 Rn. 52.

231 Bauer/Krieger (Fn. 20), § 7 Rn. 7.

232 Serr, in: Staudinger (Fn. 24), § 7 AGG Rn. 28.

233 Serr, in: Staudinger (Fn. 24), § 7 AGG Rn. 28.

234 Serr, in: Staudinger (Fn. 24), § 7 AGG Rn. 7.

235 Vgl. Schlachter, in: ErfK (Fn. 16), § 7 AGG Rn. 9.

236 Bauer/Krieger (Fn. 20), § 7 Rn. 44; Stoffels (Fn. 139), RdA 2009, 204 (209).

Arbeitnehmerhaftung beschränkt.²³⁷ Hintergrund ist, dass der Arbeitgeber die Verantwortung für die Organisation des Betriebs hat und ihm die Gestaltung der Arbeitsbedingungen in rechtlicher und tatsächlicher Weise obliegt; er somit Bedingungen für Schadensrisiken schaffen, beibehalten und ändern kann.²³⁸ Daraus folgt, dass es sich um eine betrieblich veranlasste Tätigkeit handeln muss.²³⁹ Bei sexueller Belästigung fehlt es am Zusammenhang zu einer arbeitsvertraglich geschuldeten betrieblichen Tätigkeit.²⁴⁰ Dem Belästigenden kann die eingeschränkte Arbeitnehmerhaftung nicht zu Gute kommen. Er kann voll in Regress genommen werden.

Begeht ein Dritter die sexuelle Belästigung, kann der Arbeitgeber, sofern zwischen ihnen ein Schuldverhältnis besteht, diesen in Regress nehmen.²⁴¹ Denn auch für diesen besteht die Pflicht zur Rücksichtnahme, § 241 Abs. 2 BGB. Der Dritte ist dem Arbeitgeber zum Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB verpflichtet, sofern er selbst die sexuelle Belästigung begeht oder sie ihm zuzurechnen ist.

V. Richtlinienkonformität

Teilweise werden unionsrechtliche Bedenken zum Verschuldenserfordernis des § 15 Abs. 1 S. 2 AGG geäußert.²⁴² Begründet werden sie damit, dass bereits jede verbotene Benachteiligung ausreichend sein muss, da die Richtlinien vorgeben, dass vom Mitgliedstaat festgelegte Sanktionen wegen Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen.²⁴³ Doch sind die Bedenken grundlos: Der verschuldensunabhängige Entschädigungsanspruch aus § 15 Abs. 2 AGG sichert, dass auch ohne Verschulden ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot nicht sanktionslos bleibt.²⁴⁴

Auch § 22 AGG ist Bedenken ausgesetzt.²⁴⁵ Entgegen dem unionsrechtlich geforderten Glaubhaft-Machen von Tatsachen verlangt § 22 AGG den Beweis von Indizien.²⁴⁶ Die Beweiserleichterung bezieht sich jedoch auf den Kausalzusammenhang zwischen Benachteiligung und Vorliegen eines in § 1 AGG genannten Grundes.²⁴⁷ Bei sexueller Belästigung ist eine Benachteiligung wegen des Geschlechts evident gegeben und es kommt auf die Regelung des § 22 AGG nicht an. Die Bedenken sind an dieser Stelle nicht relevant.

Bezüglich der Bereichsausnahme des § 2 Abs. 4 AGG für das Kündigungsrecht werden ebenfalls unionsrechtliche Zweifel geäußert.²⁴⁸ Richtigerweise ist dem entgegenzuhalten, dass eine richtlinienkonforme Auslegung der Norm zwar erforderlich, aber möglich ist. Der Diskriminierungsschutz des AGG findet über den unbestimmten Rechtsbegriff der Sozialwidrigkeit aus § 1 KSchG Anwendung, indem dessen Wertungen und Bestimmungen einfließen.²⁴⁹ Entsprechend finden diese Wertungen und Bestimmungen bei Kündigungen außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes über die Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB Anwendung.²⁵⁰ Die folgende Unwirksamkeit der Kündigung ist dabei auch ausreichend für die nach dem AGG gesicherten und nach unionsrechtlichen Vorgaben geforderten Sanktionen für diskriminierendes Verhalten.²⁵¹

VI. Fazit

Teilweise wird das AGG abfällig als „Gesetzgebung auf Ikea-Niveau“ bezeichnet.²⁵² Dieser Kritik ist nicht zuzustimmen, auch wenn dem AGG entgegengehalten werden kann, dass § 12 Abs. 2 S. 2 AGG dazu führt, dass der Arbeitgeber seine präventiven Schutzpflichten durch Schulung trotz darüber hinaus erforderlicher Maßnahmen erfüllt hat.

Die Abhängigkeit vom betrieblichen Bezug, der auch außerhalb der Arbeitszeit gegeben sein kann, führt dazu, dass das Thema der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz vollumfänglich umfasst ist. Aufgrund der geforderten Unerwünschtheit des Verhaltens sind auch Betroffene geschützt, die sich bei einem erfolgten Übergriff eher passiv verhalten. Durch das allgemeine Prinzip, dass Maßnahmen gegen den Belästigenden und nicht gegen den Belästigten zu richten sind, wird gesichert, dass Betroffene nicht zusätzlich zur Belästigung die „Opferrolle“ einnehmen müssen. Das wichtigste Instrument zur Verhinderung und Beseitigung von sexueller Belästigung ist aber wohl, dass im Gegensatz zu anderen Vertragsverletzungen der Arbeitgeber nicht entscheiden kann, ob er nach erfolgter Belästigung eingreift. Es ist ihm nicht erlaubt, sexuelle Belästigung im eigenen Betrieb zu gestatten.²⁵³ Das Maßregelungsverbot sichert, dass der Betroffene keine Nachteile wegen Wahrnehmung eigener Rechte zu befürchten hat. Zudem schließt das AGG weitere Ansprüche, die im Übrigen über das AGG hinaus gehen, nicht aus. Die Ungenauigkeiten einiger Regelungen wie etwa die angesprochene Reichweite der Exkulpationsmöglichkeit können durch Auslegung behoben werden.

237 Vgl. Brox/Rüthers/Henssler (Fn. 169), Rn. 243 ff.

238 Löwisch/Caspers/Klump (Fn. 210), Rn. 546.

239 Löwisch/Caspers/Klump (Fn. 210), Rn. 549.

240 Bauer/Krieger (Fn. 20), § 7 Rn. 44.

241 Simon/Greiflin (Fn. 151), BB 2007, 1782 (1789).

242 Bauer/Thüsing/Schunder, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – Alter Wein in neuen Schläuchen?, NZA 2006, 774 (775 f.).

243 Serr, in: Staudinger (Fn. 24), § 15 AGG Rn. 3, 12.

244 BAG, NZA 2009, 945 (952); Jacobs, Grundprobleme des Entschädigungsersatzanspruchs nach § 15 Abs. 2 AGG, RdA 2009, 193 f.

245 Ellenberger, in: Palandt (Fn. 18), AGG, Einl. Rn. 5.

246 Bauer/Krieger (Fn. 20), Einl. Rn. 43.

247 Schlachter, in: ErfK (Fn. 16), § 22 AGG Rn. 2.

248 Sagan, Die Sanktion diskriminierender Kündigungen nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, NZA 2006, 1257 f.; Schnabel (Fn. 28), S. 117.

249 BAG, NZA 2009, 361 (363); BAG, NZA 2010, 280 f.

250 LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 18.06.2007 – 4 Sa 14/07.

251 BAG, NZA 2009, 361 (365).

252 Bauer/Thüsing/Schunder (Fn. 242), NZA 2006, 774 f.

253 Linde (Fn. 101), AuR 2018, 123 (125).

Abschließend lässt sich sagen: Selbst die beste Gesetzgebung allein kann keinen umfassenden Schutz gewähren. Bestehende Ansprüche setzen immer voraus, dass sie auch genutzt werden. Dies verlangt, dass Betroffene von ihren Rechten wissen. Das AGG fördert dies, indem es den Arbeitgebern durch die Exkulpationsmöglichkeit

des § 12 Abs. 2 S. 2 AGG den Anreiz zur Aufklärung gibt. Das nationale Recht bietet folglich die Grundlage für einen umfassenden Schutz zur Verhinderung und Beseitigung von sexueller Belästigung am Arbeitsplatz. Die praktische Ausführung bleibt dabei dem Einzelnen überlassen.