

## Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und andere arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbote

von  
Prof. Dr. Gregor Thüsing

2., neu bearbeitete Auflage

Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz – Thüsing

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Praxisliteratur



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:  
[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 65116 8

**Erfurter Reihe zum Arbeitsrecht**

herausgegeben von  
Hans-Jürgen Dörner und Friedrich Hauck



# **Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz**

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz  
und andere arbeitsrechtliche  
Benachteiligungsverbote

von

Professor Dr. Gregor Thüsing LL.M. (Harvard)  
Direktor des Instituts für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit  
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

2., neu bearbeitete Auflage



Verlag C. H. Beck München 2013

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 65116 8

© 2013 Verlag C. H. Beck oHG  
Wilhelmstraße 9, 80801 München  
Druck und Bindung: Nomos Verlagsgesellschaft  
In den Lissen 12, 76547 Sinzheim

Satz: ottomedien, 64295 Darmstadt

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier  
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

## Vorwort der Herausgeber

Bereits wenige Tage nach Verabschiedung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) im August 2006 schloss Gregor Thüsing sein Manuskript für einen Leitfaden zum neuen Gesetz und zu anderen arbeitsrechtlichen Benachteiligungsverboten ab. Er legte noch Ende des Jahres ein vielbeachtetes Grundwerk vor, das den Rechtsanwendern nicht nur eine erste Hilfe bei der Bewältigung der verstärkt in der Praxis auftauchenden Rechtsfragen war, sondern auch ein zuverlässiger Ratgeber auch bei der Lösung besonders schwieriger Probleme wurde. Schon in dieser ersten Darstellung war die vom Verfasser gewählte Bezeichnung als Leitfaden eine Untertreibung. Vielmehr handelte es sich schon 2006 um eine umfangreiche systematische Darstellung des arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutzes nicht nur in Deutschland. Nunmehr liegt die 2. Auflage des Werks vor, das Aufnahme in die Erfurter Reihe zum Arbeitsrecht gefunden hat, in der die Rechtsfragen zu den verschiedenen Gebieten des Arbeitsrechts vorrangig in ihrem systematischen Zusammenhang und nicht nur nach den Tatbestandsmerkmalen eines Gesetzes abgehandelt werden.

Der Verfasser hat den Aufbau seines Werkes gegenüber der 1. Auflage nicht verändert. In einem ersten Teil widmet er sich dem AGG. Schwerpunkte dieses Abschnitts bilden nach der Darstellung der Diskriminierungstatbestände die Rechtsfragen zu den Formen der Benachteiligung, zu den Rechtfertigungen einer Benachteiligung und zu den Rechtsfolgen. Ein besonders wichtiger Schlussabschnitt befasst sich mit den Schwerpunkten in der Praxis. Im zweiten Teil beschreibt der Verfasser die arbeitsrechtlichen Benachteiligungsverbote außerhalb des AGG wie die nach dem TzBfG, dem AÜG, Art. 9 Abs. 3 GG und nach dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. In allen Abschnitten beider Teile hat der Verfasser die Entwicklung der letzten sechs Jahre in Rechtsprechung und Wissenschaft umfangreich eingearbeitet. Im dritten Teil finden sich die für das Verständnis des Diskriminierungsschutzes unverzichtbaren Richtlinien der EU.

Die Herausgeber der Erfurter Reihe zum Arbeitsrecht freuen sich, ein weiteres bedeutsames Werk in der von ihnen betreuten Sammlung systematischer arbeitsrechtlicher Darstellungen präsentieren zu können. Sie sind sicher, dass das Buch unverändert seinen Benutzern wertvolle Hilfe in der Praxis leisten wird.

Erfurt, im Februar 2013

Die Herausgeber



## Vorwort

Seit der Antike gehört das Gleichheitsprinzip zu den fundamentalen Vorstellungen jeder Rechtskultur. Gleichheit und Gerechtigkeit scheinen untrennbar verbunden, sie bedingen und bewirken einander: „Das Gleichheitsprinzip ist die abstrakteste Präferenz des Rechtssystems, das letzte Kriterium für die Zuteilung von Streitfällen auf Recht und Unrecht. Sie nimmt in dieser Funktion auch den ‚Namen Gerechtigkeit‘ an“ formuliert es *Niklas Luhmann* beispielhaft in seinem Versuch über „Das Recht der Gesellschaft“. Eben dies mag der Grund sein, warum der Diskriminierungsschutz auch im deutschen Arbeitsrecht schon seit vielen Jahren fest etabliert ist und im Zivilrecht sich langsam zu etablieren beginnt. Auch diejenigen, die wissen, dass die Vertragsfreiheit ein hohes Gut ist, in das leichtfertig weder Gesetzgeber noch Richter eingreifen dürfen, und auch diejenigen, die zur Wahrung größtmöglicher Flexibilität und Beschäftigung einen weitgehend unregelmäßigem Arbeitsmarkt befürworten, können sich darauf verständigen, dass es ungerechtfertigte Zurücksetzungen und Ausgrenzungen einzelner Bevölkerungs- und Arbeitnehmergruppen nicht geben darf.

*Götz Hueck* stellte bereits 1958 im Vorwort seiner Habilitationsschrift „Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht“ fest, dass „eine große Zahl von Entscheidungen und sonstigen Veröffentlichungen zeigt, dass der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung ... immer größere Bedeutung gewinnt“ – insbesondere „auch im Arbeitsrecht“. Mehr als ein halbes Jahrhundert später scheint mir dies so richtig wie damals. Anderes hat sich freilich geändert: Damals konnte der Autor noch das Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts ausnehmen, spätestens mit dem Inkrafttreten des AGG bilden die besonderen Diskriminierungsverbote jedoch ein ebenbürtiges Pendant zum allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Der Schutz vor Diskriminierungen ist nach und nach weiter fortgeschritten, und das vorliegende Gesetz bildet einen wichtigen Meilenstein, sicherlich aber nicht den Schlusspunkt dieser Entwicklung. Im Ausland ist man weiter: „*Employment discrimination is probably the most important component of employment law*“ heißt es im ersten Kapitel des meines Erachtens besten *case book* dieser Materie in den USA (*Zimmer/Sullivan/White, Employment Discrimination*, 6. Aufl., 2003). Für Deutschland wird dies aus vielerlei Gründen nicht der Fall sein, denn bei uns ist das Arbeitsrecht sehr viel dichter. Die Entwicklung seit Inkrafttreten des AGG hat dies gezeigt. Doch auch die hiesigen Gerichte haben das Anliegen des Gesetzgebers weitergetragen und es in ihren Judikaten zu Regeln für die Praxis verdichtet. Hierbei soll dieses Buch weiterhin Hilfe sein. Die erste Auflage ist freundlich aufgenommen worden und dies hat eine zweite Auflage möglich gemacht. Rechtsprechung und Literatur sind bis Februar 2013 berücksichtigt; vereinzelt konnten noch spätere Stellungnahmen in den Fahnen nachgetragen werden.

In Dankbarkeit und Verbundenheit gewidmet ist das Buch weiterhin denjenigen, von denen ich das Handwerkszeug im Diskriminierungsrecht gelernt habe: Zuerst und vor allem meinem verehrten akademischen Lehrer *Herbert Wiede-*

*mann*, aber auch dem Gedenken an meinen Lehrer an der Harvard Law School, *David Westfall*, der mir die Freude an der Rechtsvergleichung im Arbeitsrecht vorgemacht hat.

Bonn, im Februar 2013

*Gregor Thüsing*

## Inhaltsübersicht

### Teil 1: Die arbeitsrechtlichen Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes – AGG

|   | Rnr. |
|---|------|
| A. Einleitung .....   | 1    |
| B. Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich .....          | 91   |
| C. Ziel des Gesetzes und verbotene Benachteiligungsgründe ..... | 145  |
| D. Formen der Benachteiligung .....                             | 226  |
| E. Rechtfertigung einer Benachteiligung .....                   | 313  |
| F. Rechtsfolgen .....   | 492  |
| G. Rechte des Betriebsrats und der Gewerkschaft .....           | 619  |
| H. Beweislast .....   | 654  |
| J. Praxisschwerpunkte .....                                     | 677  |

### Teil 2: Arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbote außerhalb des AGG

|  |     |
|--|-----|
| K. Verbot der Benachteiligung wegen Teilzeit und Befristung gemäß<br>§ 4 Abs. 1 und 2 TzBfG .....                | 738 |
| L. <i>Equal pay</i> und <i>Equal treatment</i> bei Leiharbeit – Gleichbehandlungs-<br>pflicht nach dem AÜG ..... | 832 |
| M. Verbot der Benachteiligung wegen der Gewerkschaftsmitgliedschaft<br>Art. 9 Abs. 3 GG .....                    | 899 |
| N. Allgemeiner arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz .....   | 926 |

### Teil 3: Anhang

|                             | Seite |
|-----------------------------|-------|
| Richtlinie 2006/54/EG ..... | 453   |
| Richtlinie 2000/43/EG ..... | 469   |
| Richtlinie 2000/78/EG ..... | 476   |
| Sachverzeichnis .....       | 487   |



## Inhaltsverzeichnis

### Teil 1: Die arbeitsrechtlichen Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes – AGG

|  | Rnr. |
|--|------|
| A. Einleitung  | 1    |
| I. Entstehung des Gesetzes   | 1    |
| 1. Entwicklung des Diskriminierungsschutzes im Zivilrecht                                    | 2    |
| 2. Entwicklung des Diskriminierungsschutzes im Arbeitsrecht                                  | 6    |
| a) Nationale Entwicklung   | 6    |
| b) Internationale Entwicklung  | 8    |
| c) Europäische Entwicklung   | 11   |
| 3. Die Umsetzung der Richtlinien 2000/78/EG, 2000/43/EG und<br>2002/73/EG                    | 14   |
| a) Die europarechtlichen Vorgaben  | 15   |
| b) Die deutsche Umsetzung  | 19   |
| c) Notwendigkeit einer Umsetzung   | 22   |
| d) Umsetzung in anderen europäischen Ländern.  | 24   |
| e) Umsetzungsdefizite  | 35   |
| II. Konsequenzen europarechtlicher Vorgaben  | 36   |
| 1. Unmittelbar horizontale Drittwirkung gegenüber staatlichen<br>Arbeitgebern                | 37   |
| 2. Europarechtskonforme Auslegung von Generalklauseln  | 41   |
| 3. Gültigkeit europarechtswidrigen Rechts – Schadensersatz-<br>pflicht                       | 42   |
| 4. Konsequenzen unvollkommener Umsetzung   | 44   |
| III. Diskriminierungsschutz und Verfassungsrecht   | 48   |
| IV. Diskriminierungsschutz und Effizienz   | 49   |
| 1. Gründe der Diskriminierung  | 50   |
| 2. Effiziente Märkte und Anti-Diskriminierungsgesetzgebung                                   | 55   |
| V. Flankierende Gesetzesänderungen anlässlich der Verabschiedung<br>des AGG                  | 61   |
| VI. Bedeutung des Diskriminierungsschutzes für die Entwicklung des<br>Arbeitsrechts          | 72   |
| 1. Nationales Recht  | 72   |
| 2. Europarecht   | 77   |
| VII. Internationale Geltung  | 81   |
| VIII. Unabdingbarkeit  | 86   |
| B. Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich   | 91   |
| I. Systematik des Gesetzes   | 91   |
| II. Sachlicher Geltungsbereich   | 94   |
| 1. Bedingungen für den Zugang zu unselbstständiger und selbststän-<br>diger Erwerbstätigkeit | 94   |
|  | XI   |

|  | Rnr. |
|--|------|
| 2. Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich Arbeitsentgelt und Entlassungsbedingungen | 100  |
| 3. Berufsbildung   | 102  |
| 4. Mitgliedschaft in berufsbezogenen Organisationen  | 104  |
| 5. Ausschluss von Kündigungen gemäß § 2 Abs. 4 AGG   | 105  |
| a) Genese des Ausschlusses   | 105  |
| b) Europarechtskonformität des Ausschlusses  | 108  |
| aa) Unterschiede KSchG/AGG: Tatbestand   | 109  |
| bb) Unterschiede KSchG/AGG: Beweislast   | 113  |
| cc) Unterschiede KSchG/AGG: Sanktionen   | 114  |
| dd) Fazit  | 115  |
| c) Konsequenzen  | 116  |
| 6. Kein Ausschluss der betrieblichen Altersversorgung gemäß § 2 Abs. 2 S. 2 AGG                    | 119  |
| III. Personeller Geltungsbereich   | 120  |
| 1. Erweiterung über das Arbeitsrecht hinaus  | 120  |
| 2. Die einzelnen Gruppen   | 121  |
| a) Arbeitnehmer  | 122  |
| b) Zur Berufsbildung Beschäftigte  | 125  |
| c) Arbeitnehmerähnliche Personen und Heimarbeiter  | 126  |
| d) Personen im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis   | 128  |
| aa) Beamte   | 129  |
| bb) Richter  | 131  |
| cc) Soldaten   | 132  |
| e) Selbstständige und Organmitglieder  | 134  |
| IV. Zeitlicher Geltungsbereich   | 135  |
| V. Definition des Arbeitgebers   | 136  |
| 1. Leiharbeit  | 137  |
| 2. Heimarbeit  | 142  |
| 3. Kleine und mittlere Unternehmen   | 143  |
| VI. Konkurrenzen   | 144  |
| C. Ziel des Gesetzes und verbotene Benachteiligungsgründe  | 145  |
| I. Gesetzgeberisches Ziel als Maßstab der Auslegung  | 145  |
| II. Ziele des Diskriminierungsschutzes   | 147  |
| 1. Allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz und besondere Diskriminierungsverbote                    | 148  |
| 2. Formale Gleichbehandlung und tatsächliche Gleichbehandlung                                      | 153  |
| 3. Andere Institute des Arbeitsrechts im Dienst des Diskriminierungsschutzes                       | 156  |
| a) Art. 33 Abs. 2 GG   | 157  |
| b) § 75 Abs. 1 BetrVG / § 27 Abs. 1 SprAuG / § 67 Abs. 1 BPersVG                                   | 160  |
| c) § 4 Abs. 1 und 2 TzBfG / <i>Equal Pay</i> -Gebot der §§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG  | 165  |
| d) §§ 19 ff. GenDG   | 166  |
| e) § 106 GewO  | 167  |

|  | Rnr. |
|--|------|
| aa) Schutz vor religiösen Konflikten und Gewissenskonflikten .   | 168  |
| bb) Rücksicht auf Behinderung . . . . .  | 173  |
| f) § 32 BDSG – Datenschutz als Diskriminierungsschutz . . . . .  | 175  |
| III. Die einzelnen Diskriminierungsmerkmale . . . . .  | 176  |
| 1. Rasse und ethnische Zugehörigkeit . . . . .   | 177  |
| 2. Geschlecht . . . . .  | 182  |
| 3. Religion . . . . .  | 184  |
| a) Ansätze in deutscher und europäischer Rechtsprechung . . . . .  | 185  |
| b) Indizien einer Religion . . . . .   | 187  |
| c) Nicht erfasste Unterscheidungen . . . . .   | 193  |
| 4. Weltanschauung . . . . .  | 194  |
| 5. Behinderung . . . . .   | 200  |
| a) Keine Beschränkung auf schwerbehinderte Menschen . . . . .  | 201  |
| b) § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX als Anknüpfungspunkt . . . . .   | 204  |
| c) Einzelfälle . . . . .   | 206  |
| 6. Alter . . . . .   | 210  |
| 7. Sexuelle Identität . . . . .  | 212  |
| IV. Analogiefähigkeit der Regelungen des AGG . . . . .   | 217  |
| 1. Diskriminierungen wegen politischer Ansichten . . . . .   | 218  |
| 2. Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit . . . . .   | 224  |
| 3. Diskriminierung wegen Krankheit . . . . .   | 225  |
| 4. Diskriminierung wegen sonstiger Gründe . . . . .  | 225a |
| D. Formen der Benachteiligung . . . . .  | 226  |
| I. Allgemeines – Begriff der Benachteiligung . . . . .   | 226  |
| II. Unmittelbare Benachteiligung . . . . .   | 230  |
| 1. Benachteiligungsfahr als Benachteiligung? . . . . .   | 231  |
| 2. Allgemeine Äußerungen des Arbeitgebers . . . . .  | 234  |
| 3. Mit einem unerlaubten Benachteiligungsgrund in Zusammenhang stehendes Merkmal . . . . .                   | 235  |
| a) Verdeckte Diskriminierung . . . . .   | 236  |
| b) Benachteiligung von Teilgruppen . . . . .   | 237  |
| c) Benachteiligung wegen der Schwangerschaft . . . . .   | 239  |
| aa) Unterscheidung nach der Schwangerschaft als unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts . . . . . | 240  |
| bb) Entwicklung der Rechtsprechung . . . . .   | 241  |
| cc) Verbleibende Fälle zulässiger Differenzierung . . . . .  | 242  |
| dd) Konsequenzen . . . . .   | 245  |
| III. Mittelbare Benachteiligung . . . . .  | 246  |
| 1. Struktur . . . . .  | 246  |
| 2. Definition . . . . .  | 248  |
| 3. Vergleichsrahmen . . . . .  | 255  |
| 4. Rechtfertigung . . . . .  | 258  |
| 5. Gefahr der Benachteiligung als Benachteiligung . . . . .  | 261  |
| 6. Einzelfälle . . . . .   | 262  |
| a) Geschlecht . . . . .  | 262  |

|  | Rnr. |
|--|------|
| b) Alter   | 265  |
| c) Behinderung   | 268  |
| d) Religion  | 270  |
| e) Rasse und ethnische Zugehörigkeit   | 271  |
| IV. Belästigung  | 272  |
| 1. Belästigung und sexuelle Belästigung als Benachteiligung  | 272  |
| 2. Begriff der Belästigung   | 276  |
| 3. Erfordernis feindlicher Umfeldprägung   | 279  |
| 4. Mittelbar und drittbezogene benachteiligende Belästigung  | 283  |
| V. Sexuelle Belästigung  | 284  |
| 1. Begriff   | 284  |
| 2. Abgrenzung zur geschlechtsbezogenen Belästigung nach § 3 Abs. 3 AGG                                 | 286  |
| 3. Einzelfälle   | 287  |
| a) Strafrechtlich relevantes Verhalten (entsprechend ehemaligem § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BeschSchG)     | 288  |
| b) Sonstiges Verhalten mit sexuellem Bezug (entsprechend ehemaligem § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BeschSchG) | 289  |
| VI. Anweisung zur Benachteiligung als Benachteiligung  | 293  |
| 1. Konzeptionelle Rechtfertigung   | 294  |
| 2. Fälle der Anweisung   | 297  |
| 3. Fehlende Ausführung durch den Angewiesenen  | 302  |
| 4. Haftung des Angewiesenen und des Hilfeleistenden  | 303  |
| VII. Benachteiligung aus mehreren Gründen  | 306  |
| 1. Unmittelbare Benachteiligung  | 308  |
| 2. Mittelbare Benachteiligung  | 309  |
| 3. Belästigung   | 310  |
| 4. Positive Maßnahmen als Rechtfertigung einer Benachteiligung aus anderen Gründen                     | 311  |
| 5. Rechtsfolgen  | 312  |
| E. Rechtfertigung einer Benachteiligung  | 313  |
| I. Maßstab der Rechtfertigung bei den unterschiedlichen Formen der Benachteiligung                     | 313  |
| II. Rechtfertigung unmittelbarer Benachteiligung nach § 8 Abs. 1 AGG                                   | 316  |
| 1. Einheitlicher Maßstab   | 316  |
| 2. Wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen  | 317  |
| a) Dogmatische Einordnung der beruflichen Anforderungen  | 318  |
| b) Begriffliche Voraussetzungen  | 321  |
| 3. Konkretisierung durch Gruppenbildung  | 323  |
| a) Wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung im engeren Sinne                               | 324  |
| b) Wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung im weiteren Sinne                              | 326  |
| c) Tendenzschutz als wesentliche und entscheidende Anforderung   | 334  |
| 4. Einzelfälle   | 335  |

|  | Rnr. |
|--|------|
| a) Rasse und ethnische Herkunft .....  | 335  |
| b) Geschlecht .....  | 337  |
| c) Alter .....   | 340  |
| d) Religion .....  | 343  |
| e) Sexuelle Identität .....  | 346  |
| f) Behinderung .....   | 352  |
| 5. Maßstab für Merkmale, die im Zusammenhang mit einem in<br>§ 1 AGG genannten Grund stehen .....                                | 354  |
| III. Rechtfertigung nach § 8 Abs. 2 AGG – Vereinbarung einer geringeren<br>Vergütung für gleiche oder gleichwertige Arbeit ..... | 355  |
| 1. Reichweite und Herkunft .....   | 355  |
| 2. Kein Grundsatz „Gleiches Geld für gleiche oder gleichwertige<br>Arbeit“ .....   | 358  |
| 3. Begrifflichkeiten .....   | 359  |
| a) Gleiche Arbeit .....  | 359  |
| b) Gleichwertige Arbeit .....  | 360  |
| c) Vereinbarung .....  | 364  |
| d) Vergütung .....   | 367  |
| 4. Benachteiligung wegen eines Grundes i. S. d. § 1 AGG .....  | 374  |
| a) Unmittelbare Benachteiligung .....  | 375  |
| b) Mittelbare Benachteiligung .....  | 380  |
| IV. Rechtfertigung durch positive Maßnahmen i. S. d. § 5 AGG .....   | 385  |
| 1. Systematik und Entstehung .....   | 385  |
| 2. Gesetzssystematische Grundlage positiver Maßnahmen .....  | 389  |
| 3. Dogmatische Leitlinien positiver Maßnahmen .....  | 391  |
| a) Verhältnismäßigkeit als bindende Vorgabe .....  | 392  |
| b) Unterscheidung nach der Art der Bevorzugung .....   | 394  |
| c) Funktionaler Nexus .....  | 396  |
| d) Positive Maßnahmen aus einem Grund als Benachteiligung aus<br>einem anderen .....   | 397  |
| e) Vergleichsgruppe der Förderung und Gleichbehandlung .....   | 399  |
| 4. Fallgruppen .....   | 400  |
| a) Förderung von Frauen .....  | 401  |
| b) Förderung behinderter Arbeitnehmer .....  | 403  |
| c) Förderung älterer Arbeitnehmer .....  | 406  |
| d) Rücksichtnahme auf religiöse Pflichten .....  | 407  |
| V. Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen des Alters gemäß<br>§ 10 AGG .....  | 408  |
| 1. Allgemeines .....   | 408  |
| 2. Besonderheiten der Altersdiskriminierung .....  | 411  |
| 3. Zulässige Gründe einer unmittelbaren Diskriminierung .....  | 413  |
| a) Allgemeines .....   | 413  |
| b) Europarechtlicher Hintergrund .....   | 416  |
| c) Legitimes Ziel .....  | 418  |
| aa) Interessen nur der Allgemeinheit oder auch des Arbeitgebers?   | 419  |
| bb) Entlohnung höherer Qualifikation des Arbeitnehmers .....   | 420  |

|  | Rnr. |
|--|------|
| cc) Abdeckung größeren Bedarfs des älteren Arbeitnehmers ..                            | 421  |
| dd) Schutz älterer Arbeitnehmer vor ungesunden Arbeits-<br>verhältnissen .....         | 422  |
| ee) Sicherheit Dritter .....   | 423  |
| ff) Honorierung von Betriebstreue .....  | 424  |
| 4. Einzelfragen .....  | 425  |
| a) Altersgrenzen zur Einstellung .....   | 426  |
| b) Obligatorischer Ruhestand .....   | 431  |
| aa) Die Rechtsprechung vor Inkrafttreten des AGG .....                                 | 432  |
| bb) Konsequenzen des AGG .....   | 435  |
| c) Sozialplanabfindungen – Höchstbetragsklauseln .....                                 | 445  |
| d) Kündigungsfristen und Unkündbarkeit .....   | 450  |
| e) Sozialauswahl .....   | 455  |
| f) Altersteilzeit .....  | 460  |
| g) Entgeltvereinbarungen .....   | 461  |
| h) Betriebliche Altersversorgung .....   | 463  |
| 5. Mittelbare Diskriminierung .....  | 467  |
| VI. Benachteiligung wegen der Religion durch kirchliche Arbeitgeber –<br>§ 9 AGG ..... | 468  |
| 1. Allgemeines .....   | 468  |
| 2. Entstehungsgeschichte .....   | 472  |
| 3. Rechtfertigungsmaßstab des § 9 AGG .....  | 478  |
| 4. Beschäftigung durch eine Religions- oder Weltanschauungs-<br>gemeinschaft .....     | 482  |
| 5. Religiöse Tendenzbetriebe .....   | 486  |
| 6. Loyalitätspflichten der Beschäftigten .....   | 487  |
| F. Rechtsfolgen .....  | 492  |
| I. Allgemeines .....   | 492  |
| II. Unwirksamkeit einer Vereinbarung nach § 7 Abs. 2 AGG .....                         | 493  |
| 1. Deklaratorischer Charakter der Norm .....   | 493  |
| 2. Rechtsfolgen der Unwirksamkeit .....  | 495  |
| III. Vertragspflichtverletzung nach § 7 Abs. 3 AGG .....                               | 504  |
| 1. Diskriminierungsverbot als Konkretisierung vertraglicher Neben-<br>pflichten .....  | 504  |
| 2. Vertragspflichtverletzung durch den Arbeitgeber .....                               | 506  |
| 3. Vertragspflichtverletzung durch den Arbeitnehmer – Regress .....                    | 507  |
| 4. Entsprechende Geltung für Beamte .....  | 511  |
| IV. Schadensersatz und Entschädigung nach § 15 AGG .....                               | 512  |
| 1. Inhalt der Regelung .....   | 512  |
| 2. Ersatz des Nichtvermögensschadens .....   | 515  |
| a) Allgemeines .....   | 515  |
| b) Anspruchsberechtigung .....   | 517  |
| c) Voraussetzungen eines Nichtvermögensschadens .....                                  | 519  |
| d) Kriterien der Entschädigungshöhe .....  | 522  |
| aa) Höchstgrenze nur bei Einstellung .....   | 522  |

|  | Rnr. |
|--|------|
| bb) Einzelkriterien .....  | 526  |
| cc) Konzept des Strafschadensersatzes .....  | 528  |
| e) Verstoß bei Einstellung .....   | 531  |
| 3. Ersatz des Vermögensschadens .....  | 537  |
| a) Anspruchsgrundlagen .....   | 538  |
| b) Voraussetzung des Verschuldens .....  | 540  |
| c) Höhe des Ersatzanspruchs .....  | 542  |
| aa) Diskriminierende Nichteinstellung .....  | 543  |
| bb) Unterbliebene Beförderung .....  | 546  |
| cc) Benachteiligung beim Entgelt .....   | 547  |
| d) Wertungswidersprüche und europarechtliche Defizite .....                                      | 548  |
| 4. Schadenersatz und Entschädigung bei Kündigung .....   | 550  |
| 5. Kollektivvereinbarungen .....   | 551  |
| 6. Kein Einstellungsanspruch .....   | 558  |
| 7. Ausschlussfrist .....   | 560  |
| 8. Haftung des Angewiesenen .....  | 564  |
| V. Schadenersatz und Entschädigung aus Delikt – Unterlassungs-<br>anspruch nach § 1004 BGB ..... | 566  |
| VI. Leistungsverweigerungsrecht nach § 14 AGG .....  | 570  |
| 1. Allgemeines .....   | 570  |
| 2. Voraussetzungen des Leistungsverweigerungsrechts .....  | 575  |
| 3. Rechtsfolgen des Leistungsverweigerungsrechts .....   | 582  |
| 4. Sonstige Leistungsverweigerungsrechte .....   | 585  |
| a) Leistungsverweigerung gemäß § 273 BGB .....   | 586  |
| b) Leistungsverweigerung gemäß § 275 BGB .....   | 587  |
| VII. Beschwerderecht nach § 13 AGG .....   | 589  |
| 1. Allgemeines .....   | 589  |
| 2. Beschwerderecht (§ 13 Abs. 1 S. 1 AGG) .....  | 591  |
| 3. Prüfung und Einleitung von Maßnahmen (§ 13 Abs. 1 S. 2 AGG) .....                             | 597  |
| 4. Rechte der Arbeitnehmervertretungen (§ 13 Abs. 2 AGG) .....                                   | 601  |
| VIII. Maßregelungsverbot nach § 16 AGG .....   | 602  |
| 1. Allgemeines .....   | 602  |
| 2. Voraussetzungen des Benachteiligungsverbots .....   | 607  |
| a) Inanspruchnahme von Rechten nach diesem Gesetz .....  | 607  |
| b) Weigerung, eine gegen dieses Gesetz verstoßende Anweisung<br>auszuführen .....                | 608  |
| c) Schutz Dritter .....  | 611  |
| 3. Inhalt der Benachteiligung .....  | 614  |
| 4. Nachweis der Benachteiligung .....  | 615  |
| 5. Rechtsfolgen .....  | 616  |
| 6. Berücksichtigungsverbot nach § 16 Abs. 2 AGG .....  | 618  |
| G. Rechte des Betriebsrats und der Gewerkschaft .....  | 619  |
| I. Unterlassungsanspruch nach § 17 Abs. 2 AGG .....  | 619  |
| 1. Gesetzestechnische Gestaltung des Zwangsverfahrens gegen den<br>Arbeitgeber .....             | 622  |

|  | Rnr. |
|--|------|
| 2. Anspruchsvoraussetzungen .....  | 623  |
| a) Grober Verstoß des Arbeitgebers gegen seine Pflichten aus dem<br>Gesetz als Rechtsschutzvoraussetzung .....                         | 623  |
| b) Antragsberechtigung .....   | 627  |
| c) Antrag .....  | 629  |
| d) Entscheidung des Arbeitsgerichts .....  | 631  |
| e) Einstweilige Verfügung .....  | 634  |
| 3. Vollstreckungsverfahren .....   | 635  |
| a) Sonderregelung der Zwangsvollstreckung .....  | 635  |
| b) Antragsberechtigung .....   | 636  |
| c) Verpflichtung zur Unterlassung oder Duldung einer Handlung .  | 637  |
| d) Verpflichtung zur Vornahme einer Handlung .....   | 642  |
| e) Festsetzung des Ordnungs- und Zwangsgeldes .....  | 644  |
| f) Vollstreckung des Ordnungs- und Zwangsgeldes .....  | 647  |
| II. Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 BetrVG bei Ein-<br>stellungen, Versetzungen, Eingruppierungen und Umgruppierungen . | 648  |
| III. Beschwerderecht nach § 85 BetrVG .....  | 650  |
| IV. Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG .....  | 651  |
| V. Rechte nach § 80 Abs. 2 BetrVG .....  | 653  |
| H. Beweislast .....  | 654  |
| I. Entstehungsgeschichte und Normzweck .....   | 654  |
| II. Anwendungsbereich .....  | 657  |
| III. Beweislast des Arbeitnehmers .....  | 659  |
| IV. Beweislast des Arbeitgebers .....  | 674  |
| V. Entsprechende Geltung in Fällen des § 16 AGG .....  | 676  |
| J. Praxisschwerpunkte .....  | 677  |
| I. Ausschreibung und Bewerbung .....   | 677  |
| 1. Allgemeines .....   | 677  |
| 2. Inhalt .....  | 678  |
| a) Ausschreibung .....   | 678  |
| b) Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG .....  | 680  |
| 3. Rechtsfolgen .....  | 684  |
| a) Beweiserleichterung nach § 22 AGG .....   | 684  |
| b) Betriebsverfassungsrechtliche Sanktionen .....  | 687  |
| c) Schadensersatz – Regress .....  | 688  |
| II. Fragerecht bei Einstellung .....   | 690  |
| 1. Reichweite des Fragerechts: Abwägung der beiderseitigen<br>berechtigten Interessen .....  | 691  |
| 2. Schranke des Fragerechts: Datenschutz – § 32 BDSG .....   | 692  |
| 3. Schranke des Fragerechts: Diskriminierungsrecht .....   | 695  |
| 4. Einzelfragen .....  | 697  |
| a) Frage nach der Schwangerschaft .....  | 697  |
| b) Frage nach einer Behinderung und nach der Schwerbehinderten-<br>eigenschaft .....   | 698  |
| c) Frage nach Religion, Weltanschauung und sexueller Identität .   | 700  |

|  |     |
|--|-----|
| d) Frage nach Vorerkrankungen – Gesundheits- und Drogentests .         | 702 |
| e) Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit . . . . .                 | 705 |
| III. Maßnahmen und Pflichten des Arbeitgebers zum Schutz vor           |     |
| Belästigung und Benachteiligung . . . . .                              | 707 |
| 1. Inhalt der Schutzpflichten nach § 12 AGG . . . . .                  | 707 |
| 2. Pflichten des Arbeitgebers zur Prävention . . . . .                 | 709 |
| 3. Benachteiligung durch Beschäftigte . . . . .                        | 712 |
| 4. Benachteiligung durch Dritte . . . . .                              | 716 |
| 5. Rechtsfolgen der Pflichtverletzung . . . . .                        | 719 |
| 6. Erfolglosigkeit des Arbeitgeberbemühens . . . . .                   | 721 |
| 7. Bekanntmachungspflicht . . . . .                                    | 722 |
| IV. AGG und Tarifvertrag . . . . .                                     | 724 |
| 1. Adressaten des Diskriminierungsverbots . . . . .                    | 724 |
| 2. Vergleichsgruppen . . . . .   | 727 |
| 3. Rechtfertigung – Einschätzungsprärogative der Tarifparteien . . . . | 730 |

## Teil 2: Arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbote außerhalb des AGG

|  |     |
|--|-----|
| K. Verbot der Benachteiligung wegen Teilzeit und Befristung gemäß          |     |
| § 4 Abs. 1 und 2 TzBfG . . . . .   | 738 |
| I. Allgemeines . . . . .   | 738 |
| II. Entstehungsgeschichte . . . . .  | 742 |
| 1. Teilzeitbeschäftigte . . . . .  | 742 |
| 2. Befristet Beschäftigte . . . . .  | 746 |
| III. Zeitlicher Anwendungsbereich . . . . .                                | 748 |
| IV. Struktur der Diskriminierungsverbote . . . . .                         | 751 |
| 1. Allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz und besondere                    |     |
| Diskriminierungsverbote . . . . .  | 751 |
| 2. Struktur des § 4 TzBfG . . . . .  | 753 |
| a) Sonderfall des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes . . . .         | 753 |
| b) Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung . . . . .                   | 755 |
| c) Kausalität . . . . .  | 756 |
| d) Subjektive Elemente . . . . .   | 759 |
| e) Vorrang der individuellen Vereinbarung . . . . .                        | 760 |
| V. Verbot der Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten . . . . .          | 761 |
| 1. Ungleichbehandlung – Vergleichsrahmen . . . . .                         | 761 |
| 2. Gleichbehandlung nach dem <i>Pro-rata-temporis</i> -Grundsatz . . . . . | 767 |
| a) Konkretisierung der Gleichbehandlung . . . . .                          | 767 |
| b) Folgerungen für die verschiedenen Arbeitsbedingungen . . . . .          | 771 |
| 3. Sachlicher Grund zur Ungleichbehandlung . . . . .                       | 784 |
| a) Definition und Anwendungsbereich . . . . .                              | 784 |
| b) Von der Rechtsprechung anerkannte sachliche Gründe . . . . .            | 788 |
| VI. Verbot der Diskriminierung befristet beschäftigter Arbeitnehmer . . .  | 807 |
| 1. Geltungsbereich . . . . .   | 807 |
| 2. Systematik entsprechend dem Verbot der Diskriminierung von              |     |
| Teilzeitbeschäftigten . . . . .  | 808 |

|  | Rnr. |
|--|------|
| 3. Vorläufer in der Rechtsprechung .....   | 812  |
| 4. <i>Pro-rata-temporis</i> -Grundsatz und sachlicher Grund .....                  | 813  |
| 5. Fallgruppen .....   | 815  |
| VII. Beweislast .....  | 824  |
| VIII. Rechtsfolgen .....   | 825  |
| L. <i>Equal pay</i> und <i>Equal treatment</i> bei Leiharbeit – Gleichbehandlungs- |      |
| pflicht nach dem AÜG .....   | 832  |
| I. Allgemeines .....   | 832  |
| II. Entstehungsgeschichte .....  | 833  |
| 1. Nationale Entwicklung .....   | 833  |
| 2. Europarechtliche Vorgaben .....   | 836  |
| III. Reichweite der Gleichbehandlungspflicht .....                                 | 842  |
| 1. Geltungsbereich .....   | 843  |
| a) Wirtschaftliche Tätigkeit .....   | 843  |
| b) Dauer des Gleichbehandlungsgebotes .....  | 844  |
| 2. Wesentliche Arbeitsbedingungen .....  | 846  |
| 3. Arbeitsentgelt .....  | 847  |
| 4. Nutzung sozialer Einrichtungen .....  | 848  |
| 5. Kollektivvertraglich geregelte Arbeitsbedingungen .....                         | 852  |
| 6. Vergleichbarer Arbeitnehmer .....   | 853  |
| a) Fehlen eines vergleichbaren Arbeitnehmers .....                                 | 857  |
| b) Kein einheitliches Lohnniveau im Entleiherbetrieb .....                         | 859  |
| 7. Günstigkeitsvergleich .....   | 860  |
| 8. Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Verleiher-                        |      |
| betrieb .....  | 863  |
| IV. Ausnahmen vom Diskriminierungsverbot .....                                     | 864  |
| 1. Europarechtliche Grundlagen .....   | 866  |
| 2. Tarifvertragliche Regelungen .....  | 868  |
| a) Zweckentfremdung des Tarifvertrags .....  | 869  |
| b) Inhalt des Tarifvertrags .....  | 870  |
| c) Gestaltungsgrenzen des tarifdispositiven Rechts .....                           | 873  |
| d) Besonderheit: Begrenzung durch Mindestlohn nach §§ 3 Abs. 1                     |      |
| Nr. 3 Hs. 2; 9 Nr. 2 Hs. 2; 3a AÜG .....   | 876  |
| e) Tariffähigkeit der Koalitionen in der Zeitarbeitsbranche .....                  | 878  |
| f) Normative Geltung und Nachwirkung .....   | 881  |
| g) Bezugnahme .....  | 883  |
| h) Grenzüberschreitender Verleih .....   | 887  |
| i) Ausnahme: Beschäftigung in letzten 6 Monaten .....                              | 888  |
| 3. Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung aus anderen Gründen? ..                 | 889  |
| V. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Gleichbehandlungsgebot ...               | 890  |
| VI. Verfassungsrechtliche Fragen .....   | 895  |
| M. Verbot der Benachteiligung wegen der Gewerkschaftsmitgliedschaft                |      |
| Art. 9 Abs. 3 GG .....   | 899  |
| I. Allgemeines .....   | 899  |
| II. Individuelle Koalitionsfreiheit – Unerlaubt benachteiligende Abreden           | 902  |

|   | Rnr. |
|---|------|
| III. Kollektive Koalitionsfreiheit .....  | 905  |
| IV. Insbesondere: Differenzierung der Entgelte zwischen organisierten und nicht organisierten Arbeitnehmern ..... | 906  |
| 1. Allgemeines .....  | 906  |
| 2. Keine Pflicht zur Gleichstellung von Nichtorganisierten wie Organisierten .....                                | 907  |
| 3. Keine Pflicht zur Schlechterstellung von Organisierten gegenüber Nichtorganisierten .....                      | 908  |
| 4. Kein Recht zur sachgrundlosen Besserstellung von Nichtorganisierten gegenüber Organisierten .....              | 910  |
| a) Besserstellung von Nichtorganisierten .....  | 911  |
| b) Andersbehandlung von Organisierten .....   | 912  |
| c) Wahlrecht als Besserstellung .....   | 914  |
| d) Besserstellung durch das Angebot günstigerer Arbeitsbedingungen .....  | 918  |
| e) Rechtfertigung einer Besserstellung .....  | 923  |
| N. Allgemeiner arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz .....  | 926  |
| I. Allgemeines .....  | 926  |
| 1. Herkunft und Geltung .....   | 926  |
| 2. Abgrenzung .....   | 928  |
| II. Geltungsbereich .....   | 930  |
| 1. Maßnahmen mit kollektivem Bezug .....  | 931  |
| 2. Bestehendes Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer .....                                       | 937  |
| 3. Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung .....  | 939  |
| III. Vergleichsgruppe .....   | 941  |
| IV. Rechtfertigungsgründe einer Ungleichbehandlung .....  | 947  |
| V. Beweislast .....   | 954  |
| VI. Rechtsfolgen des Verstoßes .....  | 956  |
| VII. Einzelfragen .....   | 964  |
| 1. Ungleichbehandlung verschiedener Arbeitnehmergruppen .....   | 964  |
| 2. Arbeitsentgelt .....   | 968  |
| a) Allgemeines .....  | 968  |
| b) Lohnerhöhungen .....   | 969  |
| c) Gratifikationen .....  | 970  |
| d) Ruhegeldzusage .....   | 971  |
| e) Sozialplan .....   | 972  |

## Teil 3: Anhang

|                             | Seite |
|-----------------------------|-------|
| Richtlinie 2006/54/EG ..... | 453   |
| Richtlinie 2000/43/EG ..... | 469   |
| Richtlinie 2000/78/EG ..... | 476   |
| Sachverzeichnis .....       | 487   |