

**ZUR ANALOGEN ANWENDUNG DER INNENSTAATLICHEN
ANTIDISKRIMINIERUNGSGESETZGEBUNG AUF MOBBINGFÄLLEN
ÜBER DIE IM EUROPARECHT EXPLIZIT ERFASSTEN
DISKRIMINIERUNGSMERKMALEN HINAUS**

***FOR AN ANALOGOUS APPLICATION OF THE NATIONAL NON-
DISCRIMINATION PROVISIONS IN CASES OF HARASSMENT,
REGARDLESS WHETHER THE HARASSING CONDUCT IS RELATED TO
ANY OF THE EU PROHIBITED GROUNDS***

DR. PANAGIOTIS BOUMPOUCHEROPOULOS

*Rechtsanwalt (Athens Bar Association)
Fachanwalt Für Arbeitsrecht, Ll.M. (Auth)*

Artículo recibido el 30 de marzo de 2016
Artículo aceptado el 15 de abril de 2016

ABSTRACT

An analogous application of the definitions as well as the legal consequences of the non-discrimination EU Directives in cases of harassment that are not related to explicitly prohibited grounds has been generally rejected. This viewpoint is mostly founded on an apparent prohibition of analogy of the non-discrimination European legislation beyond the numerus clausus of the prohibited grounds, which can be

attributed to the decision of the ECJ of the 11.7.2006 C – 13/05 (*Chacón Navas*). Nevertheless, no prohibition of analogy can be concluded from the ECJ's jurisprudent. In the case *Chacón Navas* the ECJ has actually not examined whether the prerequisites of an analogy were granted or not. In any case, even if a prohibition of analogy were to be acknowledged in the framework of the European Union legal system, this would not mean necessarily the imposition of an equivalent prohibition regarding the national legal systems of the member-states. According to the hereby advocated viewpoint, not only the principle of equality and the nature of things, but also a need for legal certainty demands an analogous application of the national non-discrimination provisions in cases of harassment, regardless whether the harassing conduct is related to any of the prohibited grounds in terms of the European Union's non-discrimination legislation.

KEYWORDS: *Mobbing, harassment in workplace, non-discrimination legislation, prohibited grounds, analogous application, prohibition of analogy.*

ZUSAMMENFASSUNG

Eine analoge Anwendung der begrifflichen Bestimmungen und der rechtlichen Folgen der innenstaatlichen Antidiskriminierungsgesetzgebung in Fällen, die von ihrem Wortlaut nicht eindeutig erfasst werden, wird im Allgemeinen abgelehnt. Diese Auffassung beruft sich im Wesentlichen auf ein angebliches Analogieverbot, das grundsätzlich auf die Entscheidung des EuGHs vom 11.7.2006 – Rs. C – 13/05 (*Chacón Navas*) zurückzuführen ist. Allerdings ist der einschlägigen Rechtsprechung des EuGHs kein Analogieverbot zu entnehmen. EuGH hat sich im Falle *Chancón Navas* kaum damit beschäftigt, ob die Voraussetzungen einer Analogie zu bejahen wären oder nicht. Auf jeden Fall, ist dieses im Rahmen der Unionsrechtordnung angeblich festgestellte Analogieverbot nicht ohne weiteres in den Bereich der inneren Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten übertragbar. Nach der hier vertretenen Auffassung, fordern nicht nur der Gleichheitssatz bzw. die Natur der Sache, sondern auch ein besonderes Bedürfnis nach Rechtsicherheit, die Ausfüllung der Lücke, die nach dem Inkrafttreten der europäischen Antidiskriminierungsgesetzgebung in innenstaatlichen Rechtsordnung im Bezug auf Mobbingangelegenheiten entstanden ist.

STICHWÖRTER: *Mobbing, Belästigung, Antidiskriminierungsgesetzgebung, Persönlichkeitsrecht, Lücke im Gesetz, rechtsfreier Raum, analoge Anwendung, Analogieverbot, Rechtsfortbildung.*

ZUSAMMENFASSUNG

I. Einleitung und Problemstellung

II. Analoge Anwendung des AGG in Mobbingfällen

1. Richtlinienkonformes Analogieverbot?

a. Der Fall Chancón Navas - Entscheidung des EuGH vom 11.7.2006

b. Keine Lücke im Europarecht

c. Antidiskriminierungsrichtlinien: Festlegung von „Mindestanforderungen“

2. Ergibt sich im Rahmen der deutschen Rechtsordnung eine „Mobbinglücke“?

a. Schutz- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers: Persönlichkeitsrecht und Gesundheitsschutz

b. Die sachlich ungerechtfertigte Ungleichbehandlung der Mobbingopfer: Die Entstehung einer „Mobbinglücke“ im Gesetz

3. Die Zulässigkeit einer analogen Anwendung des AGG auf Mobbingfällen: Die Planwidrigkeit der „Mobbinglücke“

III. Zusammenfassung.

SUMMARY

I. Introduction and Issue to be addressed

II. Analogous application of AGG (German non-discrimination legislation) in harassment cases

1. Do the EU non-discrimination Directives prohibit analogous application?

a. The Chancón Navas decision of the ECJ (11.7.2006)

b. No gap in EU Law

c. Non-discrimination EU Directives: Establishing minimum standards

2. Is there in the framework of the German legal system a gap regarding harassment?

a. Employer's duty of care: Personal rights and health protection

b. Unjustifiable unequal treatment of harassment victims: determining a harassment-law-gap

3. The lawfulness of an analogous application of the AGG in harassment cases: The inconsistency of the harassment-law-gap regarding German legal system

4. Conclusion

I. Einleitung und Problemstellung

Seit dem Inkrafttreten des AGG herrscht in der deutschen Lehre die Meinung, dass „Mobbing“ unter dem Belästigungsbegriff i.S.d. § 3 Abs. 3 AGG subsumiert werden kann bzw. dass das AGG in „Mobbingfällen“ unmittelbare Anwendung finden darf¹, woraus erhebliche Vorteile für die Mobbingopfer herleiten². Es wird dennoch in der Literatur zugleich darauf hingewiesen, dass nicht jeder Mobbingfall als eine Belästigung bzw. verbotene Benachteiligung i.S.d. § 3 Abs. 3 AGG zu verstehen ist bzw. unter AGG subsumiert werden kann, sondern nur diejenigen von den als „Mobbing“ bezeichneten Tatbeständen, die aus einem der im § 1 AGG aufgezählten Gründen ausgelöst werden bzw. in Zusammenhang stehen³. Dazu kommt, dass eine analoge Anwendung des AGG auf nicht ausdrücklich vom § 1 AGG erfasste Merkmale im Allgemeinen als unzulässig angenommen wird⁴.

¹ *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGGKomm, 3. Aufl. § 3 Rn. 46, *Däubler/Bertzbach* AGG (2.Aufl.) – *Schraber/Schubert*, § 3 Rn. 72, *Eggert – Weyand*, in: *Rust/Falke*, AGG, § 3 Rn. 64 ff, im Ergebnis auch *Hey* (Hrsg), § 3 Rn. 30, *Adomeit/Mohr*, KommAGG, § 3 Rn. 129, *ErfK/Preis* 10. Aufl. § 611 BGB Rn. 623, *Benecke*, RdA 2008, 357 (359), *Kollmer*, *Mobbing*, 2007, Rn. 202a, 208 ff, *Wolmerath*, *Mobbing*, 3. Aufl., Rn. 361 ff. Vor dem Inkrafttreten des AGG und unter Rücksichtnahme auf Antidiskriminierungsgesetzentwurf (ADG-Entwurf) vgl. ähnliche Bemerkungen von *Benecke*, *Mobbing*, 2005, Rn. 82, 445 ff (456, 462, 485). Anderer Meinung scheinbar *Adomeit/Mohr* KommAGG § 3 Rdn. 129 und *Voigt* in *Schleusener/Suckow/Voigt* 3. Aufl. § 15 Rn. 25, dem zufolge die Mobbingproblematik in ihrer rechtlichen Struktur vom Diskriminierungsschutz des AGG unabhängig sei, „auch wenn etwa Frauen oder ausländische Arbeitnehmer Opfer von Mobbinghandlungen werden“.

² Vgl. *Benecke*, *Mobbing*, Rn. 200-202, 447, 473 ff (477-478, 490), dies. *RuA*, 6/2008, 357 ff (363), auch *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein*, § 3 Rn. 38. Die privilegierte Stelle der wegen eines Merkmals des § 1 AGG gemobbten Arbeitnehmer ergibt sich bereits daraus, dass durch das AGG ein höheres im Vergleich zu den allgemeinen Regelungen Schutzniveau für die von ihm erfassten Konstellationen, insbesondere für Belästigungs- und sexueller Belästigungsoffer, bezweckt wird, *BT-Drucks* 16/1780, 20, ins. 23. Ein detaillierter „eins zu eins“ Vergleich, überschreitet durchaus den Rahmen dieses Beitrags und kann hier nicht stattfinden. Es genügt an dieser Stelle nur beispielweise der verschuldensunabhängige Anspruch des betroffenen Arbeitnehmers gem. § 15 Abs. 2 AGG auf Ersatz des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, in Verbindung mit dem Anspruch bzw. Pflicht auf Eingreifen gem. § 12 Abs. 3 AGG erwähnt zu werden, vgl. *BAG Urteil vom 22.1.2009*, 8 *AZR* 73/08, Rn. 61 ff, unter Berufung auf die herrschende Lehre, bereits vom *BAG Urteil vom 18.3.2010*, 8 *AZR* 1044/08 Rn. 36-37 bestätigt.

³ Ausdrücklich *Benecke*, RdA 6/2008, 357 ff (359), *Kollmer* (Fn. 1), Rn. 208 ff, *Schraber/Schubert* (Fn. 1), § 3 Rn. 13, 72, *Eggert – Weyand* (Fn.1), § 3 Rn. 65, *Wendeling-Schröder* (Fn.2), § 3 Rn. 38, *Grosch*, AuA 9/2009, 516 (518), *MünchHdb ArbR/Reichold* § 83 Rn. 10, vgl. auch *Schleusener/Suckow/Voigt - Schleusener*, § 3 Rn. 149. Es wurde trotzdem teilweise zugegeben, dass unter diesen Voraussetzungen § 3 Abs. 3 bzw. § 1 AGG zugleich die erste gesetzliche Regelung des Mobbingphänomens ist, so ausdrücklich *Eggert – Weyand* (Fn.1), § 3 Rn. 66, *Kollmer* (Fn. 1) Rn. 208, 214, die, wie auch schon früher *Benecke*, *Mobbing*, Rn. 370, den Terminus „diskriminierenden Mobbing“ benutzen, auch im Ergebnis *Hey* (Hrsg), § 3 Rn. 30, *Adomeit/Mohr* (Fn.1), § 3 Rn. 129. Vgl. dazu *Wendeling-Schröder* (Fn.2), § 3 Rn. 28, die den Terminus „diskriminierende Belästigungen“ bevorzugen.

⁴ *Däubler/Bertzbach* AGG – *Däubler*, § 1 Rn. 6 ff, *Adomeit/Mohr* (Fn.1) § 1 Rn. 6, *Thüsing*, *Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz*, 89 ff., *Kock*, MDR 19/2006, 1088, *Eggert – Weyand* (Fn.1), § 3 Rn. 55, *Wendeling-Schröder* (Fn.2), Einl. Rn. 60, § 1 Rn. 8. Ins. für Mobbingkonstellationen vgl. auch *Benecke*, *Mobbing*, Rn. 430, 431, 456, „nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 1 ADG-Entwurfs ist die Aufzählung abschließend, eine Analogie ist ebenfalls nicht möglich“, 485 ff.

Das BAG ist bereits über diese, als geringfügige für Mobbingfälle bezeichnete⁵ Bedeutung des § 3 Abs. 3 AGG hinausgegangen. Mit seinem Urteil vom 25.10.2007⁶ geht das Gericht davon aus, dass zwar der Gesetzgeber mit der im § 3 Abs. 3 AGG gegebenen Definition der “Belästigung” letztlich auch den Begriff des “Mobbing” umschrieben habe, insoweit dieses seine Ursachen in den Gründen des § 1 AGG habe, derselbe aber „*Begriff des Mobbings*“ auf alle Benachteiligungsfälle - „*gleich aus welchem Grunde*“ - übertragen werden könne⁷. Folgend ist das Gericht in dem fraglichen Fall zu dem Ergebnis gekommen, dass eine *analoge Anwendung* des § 12 Abs. 3 AGG auch auf Mobbingkonstellationen, die nicht von einem der in § 1 AGG erfassten Merkmalen veranlassen werden, wohl möglich ist („...Für “*Mobbing*”-Fälle nach Inkrafttreten des AGG (ab 18. August 2006) kommt eine analoge Anwendung in Frage, für frühere Fälle kann die allgemeine Fürsorgepflicht des Arbeitgebers entsprechend den in den gesetzlichen Regelungen zum Ausdruck kommenden Grundsätzen konkretisiert werden“)⁸.

Bis heute wurde die Perspektive einer analogen Anwendung des AGG in allen Mobbingfällen in der Literatur geringfügige Aufmerksamkeit gewidmet⁹ und die daraus folgenden Möglichkeiten am Rand der arbeitsrechtlichen Praxis geschoben¹⁰. Dies könnte, unter anderen, auf die unsichere Formulierung der fraglichen Entscheidung des BAG, ihre mangelhafte Begründungen im Bezug auf die Voraussetzungen einer Analogie und die im Urteil fehlende Auseinandersetzung mit den Argumenten der in der Lehre herrschenden Gegenauffassung zurückgeführt

⁵ So *Benecke*, Mobbing, Rn. 82, 486-488; dies. RdA 6/2008, 359. Mit einem Fall „*geschlechtsdiskriminierendes Mobbings*“ hatte BAG in seinem Urteil vom 22.7.2010, 8 AZR 1012/08, auseinanderzusetzen, vgl. auch ArbG Kiel – Urteil vom 27.2.1997, NZA-PP 1988, 212 ff, kurzdargelegt in *Kollmer* (Fn.1), Rn. 32, 90.

⁶ 8 AZR 593/06, NZA 4/2008, 223 ff = ArztRecht 12/2008, 316 ff = SAE 7/2008, 307 ff u.a.

⁷ Soweit bestätigt auch vom BAG – Urteil vom 22.7.2010, 8 AZR 1012/08, Rn. 90.

⁸ Die Ablehnung einer analogen Anwendung des § 15 Abs. 4 AGG und etwa des § 22 AGG auf Mobbingfällen, wie das BAG mit seinem Urteil vom 11.12.2014, 8 AZR 838-13, anscheinend angenommen hat, ist nicht auf einem fehlenden Zusammenhang mit einem der im Europarech explizit erfassten Diskriminierungsmerkmalen begründet, sondern im allgemeinen darauf, dass etwas „*es an den Voraussetzungen einer Analogiebildung fehlt*“. Ob es wirklich so ist, wird es hier nicht behandelt werden.

⁹ Von manchen Anmerkungen bzw. Beiträgen abgesehen, die aber nur gelegentlich und im Kurzen - vgl. *Wolmerath*, jurisPR-ArbR 9/2008 Anm. 1, der sich eher für eine Analogie äußert, auch unklar *Lange*, SAE 7/2008, 285 ff (288), und vor allem *Benecke*, RdA 6/2008, 357 ff, die ausdrücklich dagegen ist - oder kaum mit der Thematik einer möglichen analogen Anwendung des AGG in Mobbingfällen sich beschäftigen, *Oberthür*, BB 13/2008, 675, *Giesecke*, AuA 7/2008, 436, ins. *Andreas*, ArztRecht 12/2008, 316 ff (325-326), *Müller-Mundt*, ArbRB 4/2008, 102 (103), *Grosch*, AuA 9/2009, 516 (518), die diese Dimension der fraglichen Entscheidung vollkommen ignorieren. Im Bezug auf andere Aspekte derselben Entscheidung des BAG s. auch *Gehlhaar*, NZA 2009, 825 ff, *Bieder*, DB 12/2008, 638 ff.

¹⁰ Zwar scheint die begriffliche Entsprechung zwischen „*Mobbing*“ und „*Belästigung*“ i.S.d. § 3 Abs. 3 AGG in Rechtsprechung vom BAG nun mehr gefestigt zu sein, s. BAG – Urteil vom 28.10.2010, 8 AZR 546/09, Rn. 17; 22.7.2010, 8 AZR 1012/08, Rn. 90; 24.4.2008, 8 AZR 347/07, Rn. 29, jedoch stützt sich, soweit ersichtlich, keine Mobbingklage auf eine analoge Anwendung des AGG als besondere Anspruchsgrundlage, vgl. auch *Wolmerath*, jurisPR-ArbR 38/2009 Anm. 6.

werden. Es liegt trotzdem insbesondere vom Standpunkt der arbeitsrechtlichen Praxis aus nahe, sich dieser Rechtsprechung nicht einfach als *unglücklichen Moment* des BAG in Vergessenheit geraten zu lassen¹¹. Vor diesem Hintergrund wird hiermit der Versuch unternommen werden, die schon vom BAG im Betracht gezogene Möglichkeit einer analogen Anwendung des AGG in allen Mobbingfällen dogmatisch zu begründen.

II. Analoge Anwendung des AGG in Mobbingfällen

1. Richtlinienkonformes Analogieverbot?

a. Der Fall *Chacón Navas* - Entscheidung des EuGH vom 11.7.2006

Eine analoge Anwendung der begrifflichen Bestimmungen und der rechtlichen Folgen des AGG in Fällen, die von dem Wortlaut des § 1 AGG nicht eindeutig erfasst werden, wird, wie schon erwähnt, im Allgemeinen abgelehnt. Diese Auffassung beruft sich im Wesentlichen auf ein angebliches *Analogieverbot*, das wiederum grundsätzlich auf das *Enumerationsprinzip* zurückzuführen ist, von dem die einschlägigen Richtlinien, insbesondere die Richtlinie 2000/78, und folglich das AGG erfasst werden sollen: Der EuGH habe in seiner *Entscheidung vom 11.7.2006 – Rs. C – 13/05 (Chacón Navas)* eine analoge Anwendung der Bestimmungen der Richtlinie 2000/78 auf von ihr nicht explizit erfassten Diskriminierungsmerkmalen ausdrücklich abgelehnt bzw. verboten, was konsequenterweise bei der Auslegung des AGG, unter Berücksichtigung der Anordnung einer richtlinienkonforme Auslegung, zu der Annahme eines Analogieverbots, auch im Rahmen der deutschen Rechtsordnung, führt¹².

Methodisch gesehen, setzt ein europarechtliches Analogieverbot zunächst die Annahme voraus, dass, trotz der Feststellung einer Lücke im Rahmen der gesamten Unionsrechtsordnung, ein besonderes Bedürfnis nach Rechtssicherheit das Zurückziehen des Gleichheitssatzes fordert bzw. die Lückenausfüllung verhindert¹³. Ist aber der EuGH durch die fragliche Entscheidung tatsächlich zu einem solchen Ergebnis gekommen?

An dieser Stelle kann man einer näheren Betrachtung der *Chacón Navas* Konstellation nicht entgehen. Der EuGH hatte auf Anlass einer zweistufigen Vorlagefrage des *Juzgado de lo Social Madrid* über den im Anschluss zusammengefasst dargestellten Fall eine Vorabentscheidung zu treffen:

¹¹ So aber *Benecke*, RdA 6/2008, 357 ff (364).

¹² Siehe in Fn. 3, 4 verwiesene Literatur.

¹³ *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1964, §§ 175 ff.

Eine Arbeitnehmerin wurde krankgeschrieben, ohne es vorhersehbar zu sein, wann sie wieder arbeitsfähig sein würde. Der Arbeitgeber kündigte sie deshalb aus diesem Grund. Die Arbeitnehmerin war mit der Kündigung nicht einverstanden, und ließ die Kündigung vor Gericht überprüfen. Wegen der sehr unterschiedlichen Rechtsfolgen einer rechtswidrigen Kündigung wegen „Krankheit“ im Vergleich zu einer ebenfalls rechtswidrigen Kündigung wegen „Behinderung“, wurde also dem EuHG die Vorlagefrage gestellt, ob der dem *Juzgado de lo Social Madrid* zur Entscheidung vorliegenden Sachverhalt in den Anwendungsbereich des Europarechts bzw. der Richtlinie 2000/78 fällt¹⁴, und zwar in zweierlei Hinsicht: Erstens, ob unter dem Rechtsbegriff „Behinderung“ auch der Begriff „Krankheit“ zuzuordnen ist, und falls darauf eine negative Antwort zutrifft, zweitens ob der Schutzbereich der Richtlinie sich neben dem in ihr genannten Diskriminierungsgründe, nämlich im vorhandenen Fall dem Identitätsmerkmal „Behinderung“, auch auf andere, nicht ausdrücklich genannten Gründe, nämlich das Identitätsmerkmal „Krankheit“, über ihren Wortlaut hinaus ausdehnt werden könne.

Methodisch lässt sich die Vorlagefrage des *Juzgado de lo Social Madrid* über zwei Bereiche erstrecken. Zunächst kam eine *Rechtsfindung secundum legem* bzw. eine Auslegung i.e.S. der Richtlinie 2000/78 in Frage: es kam darauf an, ob der Begriff von „Krankheit“ unter dem möglichen Wortsinne des Identitätsmerkmals „Behinderung“ im Wege einer ausdehnender Auslegung fallen kann. Hilfsweise wurde die Möglichkeit einer *Rechtsfindung praeter legem* untersucht, falls der in Frage gestellte Sachverhalt über den „Bedeutungshof“¹⁵ des Wortlauts der Richtlinie hinausging.

Nach der EuGH-Entscheidung ist auf der einen Seite die „Krankheit“ nicht als verbotenes Diskriminierungsmerkmal im Sinne der Richtlinie 2000/78 heranzuziehen bzw. wurde grundsätzlich eine Subsumtion des Begriffs „Krankheit“ unter dem möglichen Wortsinne der Richtlinie bzw. unter dem Tatbestandsmerkmal der „Behinderung“ abgelehnt. Auf der anderen dürfe es *“der Geltungsbereich der Richtlinie 2000/78 in entsprechender Anwendung über die Diskriminierungen wegen der in Artikel 1 dieser Richtlinie abschließend aufgezählten Gründe hinaus (nicht) ausgedehnt werden”*¹⁶.

¹⁴ Schlussanträge des Generalanwalts L.A. Geelhoed vom 16. März 2006, Rn. 33.

¹⁵ *Canaris* (Fn.12), § 10.

¹⁶ Wenn aber der EuGH darauf hinweist, *„dass der Geltungsbereich der Richtlinie im Hinblick auf Art. 13 EG nicht über die Diskriminierungen wegen der in Art. 1 dieser Richtlinie abschließend aufgezählten Gründe hinaus ausgedehnt werden darf, so dass eine Person, die von ihrem Arbeitgeber ausschließlich wegen Krankheit entlassen wurde, nicht in den von der Richtlinie 2000/78 geschaffenen allgemeinen Rahmen fällt“*, bedeutet dies keinesfalls, dass nach dem Urteil vom 11.7.2006 (*Chacón Navas*) des EuGH *„der Gleichbehandlungsgrundsatz und der sachliche Geltungsbereich dieser Richtlinie hinsichtlich dieser Gründe restriktiv ausgelegt werden müssen“*, so in EuGH - Urteil vom 17.7.2008 (S. Coleman) Rn. 46.

b. Keine Lücke im Europarecht

Ist dem EuGH aber damit tatsächlich gelungen, aus dem Fehlen jeder ausdrücklichen einschlägigen Regelung des sekundären Europarechts eine Lücke vom Gesichtspunkt der Unionsrechtsordnung aus festzustellen, was eine unentbehrliche Voraussetzung einer Analogie bzw. eines Analogieverbots darstellt? Zutreffender scheint es negativ auf diese Frage zu antworten.

Der Feststellung eine Lücke setzt voraus, dass eine Frage nicht in den sogenannten „rechtsfreien Raum“ fällt bzw. gemessen am Maßstab einer gewissen Rechtsordnung nicht indifferent ist, damit das Fehlen eine rechtliche Antwort eine „planwidrige Unvollständigkeit“ darstellt. Ohne die auf jeden Fall nicht unerheblichen rechtsphilosophischen und methodologischen Schwierigkeiten verleugnen zu wollen, die jeder Versuch die Grenzen zwischen einem „rechtsirrelevantem“ und einem rechtlich bedeutsamen Raum abzustecken mit sich zieht, scheint es tatsächlich hilfreich zu sein, die Ungewissheit dadurch aufzuklären, indem dem „rechtsfreien Raum“ bzw. der „rechtlichen Irrelevanz“ eine feste Aufgabe zugewiesen wird¹⁷. Im vorliegenden Fall kann die Kompetenzverteilung zwischen der Unionsrechtsordnung und den innenstaatlichen Rechtsordnungen einen, zwar im Bezug auf seine im Verlauf des Integrationsprozesses wandelnde Ausdehnung immer wieder zu überprüfenden¹⁸, aber in seinem Kern zuverlässigen Maßstab zur Abgrenzung eines vom Standpunkt der Unionsrechtsordnung aus *rechtsfreien* Raums darstellen. Da eine Frage, die außerhalb der Kompetenz der Gemeinschaft bzw. der Union und deren Organen liegt, keine Antwort in Rahmen der europäischen Rechtsordnung finden kann, ist keine Lücke im Rahmen der gesamten Unionsrechtsordnung festzustellen^{19 20}.

¹⁷ *Canaris* (Fn.12), § 32.

¹⁸ Vgl. *Hobe*, Europarecht, Rn. 79-83, 99.

¹⁹ Wie *Canaris* (Fn.12), s. 43 § 34, hinweist: „dabei ist hervorzuheben, dass die Grenze zwischen beiden Bereichen durch das positive Recht jeweils verschoben werden kann, dass dieses also die Macht hat, das Gebiet des rechtlich Irrelevanten zu vergrößern oder zu verkleinern“. Im Rahmen der Unionsrechtsordnung ist aber diese Befugnis nicht dem Unionsgesetzgeber vorbehalten, sondern den Mitgliedstaaten, vgl. *Hobe* (Fn.17), Rn. 73 ff.

²⁰ Es ist hiermit im Zusammenhang zu bemerken, dass auf eine europarecht- bzw. richtlinienkonforme Auslegung auch dann Rücksichtzunehmen ist, wenn der vom nationalen Gericht zu würdigende Tatbestand nicht von der entsprechenden Gemeinschaftsregelung erfasst wird, vgl. „Ausstrahlungswirkung auf das richtlinienfreie Recht“, *Canaris*, FS für Franz Bydlinski, 2002, 47 ff (74). Unter diesem Gesichtspunkt scheint die mögliche Einwendung, dass eine Frage immer auch dann im weiteren Sinne von gemeinschaftsrechtlicher Bedeutung ist, wenn im Rahmen der nationalen Rechtsordnung eine rechtliche Antwort erforderlich ist, nachvollziehbar. Da aber einerseits als Lücke eine planwidrige Unvollständigkeit festgestellt am Maßstab der gesamten rechtlichen Rechtsordnung zu verstehen ist, andererseits die europäische Rechtsordnung eine unabhängige von derjenigen der Mitgliedstaaten Rechtsordnung darstellt, ist der schöpferische Vorgang der Rechtsfindung *praeter legem* bzw. die Feststellung und Ausfüllung eine Lücke im Gemeinschaftsrecht ausschließlich im Rahmen der Gemeinschafts- bzw. Unionsrechtsordnung durchzuführen. Da sie aber von Definition aus keine vollständige Rechtsordnung darstellt, gibt es Lebensbereiche die von gemeinschaftsrechtlicher Indifferenz sind und mit diesem Sinne, in einen „gemeinschaftsrechtlichen freien Raum“ fallen. Damit

Von diesem Blickwinkel aus ist der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH kein Analogieverbot zu entnehmen. Wie zutreffend hingewiesen wird²¹, hat sich der EuGH im Falle *Chacón Navas* kaum damit beschäftigt, ob die Voraussetzungen einer Analogie zu bejahen wären oder nicht. Er hat vielmehr die Ablehnung einer Erweiterung des Schutzbereichs der Richtlinie über ihren möglichen wörtlichen Sinn lediglich darauf gestützt, dass sich aus dem EG-Vertrag²² keine Kompetenz der Gemeinschaft für die gegebene Angelegenheit zu ergeben war²³. Die Frage konnte im Rahmen des Europarechts nicht beantwortet werden, sie war vom Standpunkt der Unionsrechtsordnung aus indifferent. Folgerichtig wurde also vom EuGH keine Lücke in europäischer Rechtsordnung entdeckt und erst recht kein Analogieverbot festgestellt.

c. *Antidiskriminierungsrichtlinien: Festlegung von „Mindestanforderungen“*

Wenn man dennoch davon ausgeht, dass die fehlende Kompetenz der Gemeinschaft die Feststellung einer Lücke im sekundären Unionsrecht nicht ausschließt, sondern nur ihre Ausfüllung, und damit der fraglichen Entscheidung der EuGH ein Analogieverbot entnimmt, ist jedoch dieses im Rahmen der Unionsrechtsordnung angeblich festgestellte Analogieverbot nicht ohne weiteres in den Bereich der inneren Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten übertragbar.

Wie schon erwähnt, stellt ein Analogieverbot die korrigierende Auswirkung des Rechtssicherheitsgebots auf das Ungleichbehandlungsverbot dar²⁴. Die besonderen Bedürfnisse nach Rechtssicherheit, die einen ausnahmsweisen Verstoß gegen das

ist aber nicht bereits entschieden, dass eine solche Frage überhaupt keine rechtlich bedeutsame Frage ist, da für dieselbe Tatsache und vom Gesichtspunkt z.B. einer nationalen Rechtsordnung aus eine rechtliche Antwort gefordert werden kann.

²¹ *Domröse*, NZA 23/2006, 1320 ff (1322), der aber unzutreffend von einer Inkompetenz des Gerichtshofs „Lücken“ im sekundären Gemeinschaftsrecht auszufüllen, „wenn dies auch der für die Rechtsetzung kompetente Gemeinschaftsgesetzgeber (nicht) tun dürfte“, ausgeht. Wenn aber ein Tatbestand nicht unter der Kompetenz der „Gemeinschaftsgesetzgebers“ fällt, kann eher von keiner Lücke im Rahmen derselben Rechtsordnung die Rede sein.

²² Nämlich aus Art. 13 EGV vgl. nunmehr Art. 19 Abs. 1 AEUV.

²³ Vgl. auch EuGH - Urteil vom 17.7.2008 Rn. 46, s. auch *Travlos-Tzanetatos*, Kündigung wegen Krankheit, EEA 2011, 321 ff (griech.). An dieser Stelle ist die folgende Anmerkung unentbehrlich. Der EuGH hat in diesem Falle seine Kompetenz überprüft und abgelehnt, indem er die Kompetenznorm der Art. 13 EGV unter Berücksichtigung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung eher restriktiv ausgelegt hat. Zwar ist in Bezug auf Kompetenznormen keinesfalls die Feststellung einer Lücke ohne weiteres abzulehnen, vgl. *Travlos-Tzanetatos*, 337 ff, was aber die Kompetenz bzw. die Handlungsbefugnisse der Gemeinschaft selbst betrifft, ist eher davon auszugehen, dass das Entstehen einer Lücke unmöglich ist. Im vorliegenden Fall sind die Grenzen der Unionskompetenz identisch mit den Grenzen der Unionsrechtsordnung. Eine Rechtsordnung als Ganzes kann aber nicht gemäß sich selbst als lückenhaft bezeichnet werden, da der Standpunkt, woraus eine planwidrige Unvollständigkeit zu beurteilen ist, nicht außerhalb der Rechtsordnung selbst liegen kann, *Canaris* (Fn.12), § 28. Die beschränkte Kompetenz der Gemeinschaft bzw. der Union mag im vorliegenden Fall ein rechtspolitischer Fehler sein, vgl. Anmerkungen von *Däubler* (Fn.4), § 1 Rn. 6-7, *Adomeit/Mohr* (Fn.1), § 1 Rn. 21, kann aber keine Lücke darstellen.

²⁴ *Canaris* (Fn.12), Rn. 175 ff.

Gleichheitsgebot, Gleiches gleich zu behandeln, rechtfertigen können, sind aber im Rahmen verschiedenen Rechtsordnungen nicht ohne weiteres identisch zu beurteilen. Dies zeigt sich besonders deutlich im Spannungsfeld zwischen unions- und innenstaatlichen Rechtsordnungen, vor allem im Rahmen des Rechtsangleichungsverfahrens durch Richtlinien, wo den Mitgliedstaaten ein gewisser Gestaltungsspielraum zusteht, dessen Grenzen nur nach der Zielsetzung der Richtlinie zu messen sind²⁵.

Mit dem vorliegenden Fall im Zusammenhang ist besonders zu berücksichtigen, dass durch die Richtlinie 2000/78 zwar „die Schaffung gleicher Ausgangsbedingungen in der Gemeinschaft bezüglich der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf“ beabsichtigt wird, gleichzeitig aber mit ihr nur „Mindestanforderungen festgelegt“ werden bzw. „günstigere Vorschriften einzuführen oder beizubehalten“ den Mitgliedstaaten frei steht²⁶. Daraus ergibt sich, dass zwar die allgemeine Tragweite des Schutzes in jedem Mitgliedstaat nicht dem von dem sekundären Europarecht festgelegten Schutzniveau unterlegen sein darf, es aber den einzelnen innenstaatlichen Rechtsordnungen zusteht zu ermitteln, ob eine Ausdehnung des Schutzes über diese Schwelle hinaus möglich bzw. erforderlich ist. Um im Falle *Chacón Navas* zu bleiben, ist der spanische Gesetzgeber, ohne natürlich dem Europarecht zuwiderzulaufen, z.B. davon ausgegangen, dass über die in Artikel 1 der Richtlinie 2000/78 bzw. in Artikel 13 EGV erwähnten Merkmale hinaus, ein gleichermaßen Diskriminierungsschutz auch dann erforderlich ist, wenn eine Benachteiligung bzw. Begünstigung wegen des Familienstands, der sozialen Zugehörigkeit, oder aufgrund politischer Ideen, der Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einer Gewerkschaft oder des Beitritts oder Nichtbeitritts zu gewerkschaftlichen Vereinbarungen, aufgrund der Verwandtschaft mit anderen Arbeitnehmern im Betrieb und aufgrund der Sprache verursacht wird²⁷. Entsprechend hat auch der deutsche Gesetzgeber den zivilrechtlichen Diskriminierungsschutz auf die Merkmale der Religion, einer Behinderung, des Alters und der sexuellen Ausrichtung ohne gemeinschaftrechtlichen Anlass ausgedehnt²⁸.

Was aber dem nationalen Gesetzgeber vom Gesichtspunkt des Europarechts aus gestattet ist, kann nicht aus der schöpferischen Rechtsfindung der nationalen Rechtsprechung bzw. der *Rechtsfortbildung secundum, praeter²⁹ und extra legem*,

²⁵ Hobe (Fn.17), Rn 28 ff, vgl. auch Travlos-Tzanetatos (Fn. 22), 332 ff.

²⁶ Begründungsgedanken der Richtlinie 2000/78, Nr. 28 und 37. Dass die „überschießende Umsetzung von Richtlinien“, nämlich die „Erstreckung des Regelungsplans der Richtlinie auf Sachverhalte, die nicht im Anwendungsbereich der Richtlinie liegen“, grundsätzlich zulässig ist, s. Habersack/Mayer, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 2. Aufl. § 15 Rn. 21, Travlos-Tzanetatos (Fn. 22), 333 ff.

²⁷ EuGH – Entscheidung vom 11.7.2006 – Rs. C – 13/05 (*Chacón Navas*), Rn. 16. Für die Einbeziehung noch weiterer Merkmale von verschiedenen Mitgliedstaaten während der Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien s. Däubler (Fn.4), § 1 Rn. 8 mit Hinweisen.

²⁸ BT-Drucks 16/1780, 2, MünchKommBGB/Thüsing Einl. AGG Rn. 3, vgl. auch Adomeit/Mohr (Fn.1), § 1 Rn. 20.

²⁹ Mit der möglichen Ausnahme einer teleologische Reduktion.

freilich unter Berücksichtigung ihrer allgemeinen Grenzen, entnommen werden³⁰. Die Feststellung und Ausfüllung von Lücken im Rahmen der innenstaatlichen Rechtsordnung ist also von sich selbst zu messen, und zwar unabhängig davon, ob die Entstehung von Lücken auf das Integrations- bzw. Rechtsangleichungsverfahren durch Europarecht zurückzuführen ist³¹. Mag man also ein Analogieverbot im Rahmen der Unionsrechtsordnung annehmen, muss man noch die Voraussetzungen eines Analogieverbots bzw. die Entstehung einer Lücke und das besondere Bedürfnis nach Rechtsicherheit im Rahmen des nationalen bzw. des deutschen Rechts überprüfen.

2. Ergibt sich im Rahmen der deutschen Rechtsordnung eine „Mobbinglücke“?

a. Schutz- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers: Persönlichkeitsrecht und Gesundheitsschutz

Das BAG hält, wie gesagt, eine analoge Anwendung der Vorschriften vom AGG in Mobbingfällen für möglich. Im Urteil stehen aber keine ausführlichen Begründungen, weder für die Feststellung einer Lücke noch für deren Ausfüllung durch Analogie. Die Annahme einer Gesetzeslücke im Bezug auf Mobbingkonstellationen, die nichts mit einem im § 1 AGG genannten Gründen zu tun haben, stellt trotzdem keine Selbstverständlichkeit dar.

Dass Mobbingfälle im Arbeitsleben keine rechtlich irrelevanten Fragen aufwerfen, entspricht schon seit langem der einstimmigen These der Lehre und Rechtsprechung³². An dieser Stelle liegt es nahe auch ohne weiterer Erörterung davon auszugehen, dass die als „Mobbing“ zu kennzeichnen Tatbestände nicht in den „*rechtfreien Raum*“ fallen, sondern eine rechtliche Antwort bzw. eine Rechtsfolge mit sich ziehen müssen³³.

³⁰ Vgl. auch *Lorho/Hilp*, European Parliament Working Paper: Bullying at Work, Social Affairs Series, 2001, S. 27-28, *Travlos-Tzanetatos* (Fn. 22) 342 ff.

³¹ Dies ergibt sich folgerichtig auch daraus, dass die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung zu dem Wortsinn und dem klar erkennbaren Willen des (nationalen) Gesetzgebers nicht in Widerspruch treten dürfe, BAG – Urteil vom 22.1.2009, AZR 8 73/08, Rn. 66 mit Hinweisen. Erst recht darf sie nicht den Grundprinzipien, Grundwerten und Grundwürdigungen der innenstaatlichen Rechtsordnung zuwiderlaufen.

³² BAG – Urteil vom 16.5.2007, aaO, Rn. 58, „*die unter dem Begriff Mobbing zusammengefassten tatsächlichen Erscheinungen rechtliche Fragestellungen aufwerfen ...*“, vgl. auch *Kollmer* (Fn.1), Rn. 3, 72b.

³³ Das BAG geht mit Recht davon aus, „*dass im Arbeitsleben übliche Konfliktsituationen, die sich durchaus auch über einen längeren Zeitraum erstrecken können, nicht geeignet sind, derartige rechtliche Tatbestände zu erfüllen [...] und es daher gilt sog. folgenloses [...] oder sozial- und rechtsadäquates Verhalten [...] auf Grund einer objektiven Betrachtungsweise, dh. ohne Rücksicht auf das subjektive Empfinden des betroffenen Arbeitnehmers, von der rechtlichen Bewertung auszunehmen*“, BAG – Urteil vom 16.5.2007 aaO Rn. 85. Wie aber *Benecke* in *RdA* 6/2008, 357 ff

Es fragt sich also nun, ob eine entsprechende rechtliche Antwort schon gegeben ist, und zwar ob ein Mobbingfall unter eine bereits vorhandene Regelung des positiven Rechts zu subsumieren ist. Hierzu wird die Ansicht vertreten, „*dass mit verständiger Würdigung des Tatbestandes das geltende Recht durchaus ausreicht, Phänomene wie Mobbing zu erfassen [...] Eine Gesetzeslücke besteht nicht, da ein Verhalten, das die Rechtsgüter des Betroffenen nicht verletzt, auch kein Mobbing sein kann*“³⁴. Damit wird im Allgemeinen die Auffassung angedeutet, dass jeder Mobbingtatbestand eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Mobbingopfers darstellt bzw. dessen Gesundheit gefährdet oder schadet, und deswegen die entsprechenden Vorschriften unmittelbare Anwendung finden.

Nach dem BAG und Mobbinglehre ergibt sich aus der arbeitgeberseitigen Schutz- bzw. Fürsorgepflicht, insbesondere unter der Ausprägung der Achtung auf das Persönlichkeitsrechts und die Gesundheit des Arbeitnehmers, die besondere Pflicht des Arbeitgebers den Arbeitnehmer vom Mobbing zu schützen³⁵. Gegenüber dem Arbeitgeber, der diese Pflicht verletzt, können von dem betroffenen Arbeitnehmer vertragliche und deliktische Ansprüche geltend gemacht werden. Von diesem Gesichtspunkt aus scheint es für jede Mobbing-Angelegenheit eine gesetzliche Vorschrift vorhanden zu sein, d.h. eine Subsumtion der als Mobbing zu beurteilenden Tatbestände unter bestimmte Regelungen bzw. deren Anknüpfung mit bestimmten rechtlichen Folgen kann „*unmittelbar auf die Autorität des Befehles des Gesetzes*“³⁶ begründet werden, ohne dass eine weitere besondere Begründung erforderlich ist. Der Umfang des rechtlichen Schutzes des gemobbten Arbeitnehmers bzw. die entsprechenden Rechtsfolgen sind nach der vertraglichen und deliktischen Haftung des Mobbingtäters bzw. des Arbeitgebers wegen Verletzung der Fürsorgepflicht, des Persönlichkeitsrechts bzw. der Gesundheit des Arbeitnehmers zu bestimmen³⁷.

b. *Die sachlich ungerechtfertigte Ungleichbehandlung der Mobbingopfer: Die Entstehung einer „Mobbinglücke“ im Gesetz.*

Damit ist aber bereits die Feststellung einer Lücke nicht ohne Weiteres ausgeschlossen. Nach zutreffender Meinung ist eine Lücke auch dann anzunehmen, wenn verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen eine unterschiedliche Behandlung

(359) zutreffend hinweist, „*ein Verhalten, das die Rechtsgüter des Betroffenen nicht verletzt, auch kein Mobbing sein kann*“.

³⁴ Benecke, RdA 6/2008, 357 ff (359), vgl. aber unzutreffende Formulierung des BAG – Urteil vom 22.7.2010, 8 AZR 1012/08, Rn. 90, der nach „*nicht alles, was als „Mobbing“ bezeichnet wird, ist von rechtlicher, insbesondere arbeitsrechtlicher oder schadensrechtlicher Relevanz*“.

³⁵ Vgl. BAG – Urteil vom 16.5.2007, aaO, Rn. 72-73.

³⁶ Canaris (Fn.12), § 8.

³⁷ Vgl. BAG – Urteil vom 28.10.2010, 8 AZR 546/09, Rn. 17; BAG – Urteil vom 22.7.2010, 8 AZR 1012/08, Rn. 90; BAG – Urteil vom 24.4.2008, 8 AZR 347/07, Rn. 28; BAG – Urteil vom 13.3.2008, 2 AZR 88/07, Rn. 44, DB 2009, 68; BAG – Urteil vom 25.10.2007, 8 AZR 593/06 Rn. 60, NZA 4/2008, 223 = ArztRecht 12/2008, 316; BAG – Urteil vom 16.5.2007, 8 AZR 709/06, NZA 2007, 1154.

rechtsähnliche Sachverhalte zu entnehmen ist und „auf diese Weise die unerlässliche wertungmäßige Einheit der Rechtsordnung nicht zu verwirklichen ist“³⁸. Wie schon erwähnt, ist die rechtliche Behandlung zwischen Mobbingkonstellationen, die auf einen im § 1 AGG genannten Grund zurückzuführen sind, und den sonstigen „AGG-irrelevanten“ Angelegenheiten erheblich unterschiedlich. Im Vergleich zu den letzten ist nämlich den ersten eine privilegierte rechtliche Stelle vorbehalten³⁹. Dennoch ist damit bezüglich der Feststellung einer Lücke nicht viel gewonnen, da es noch zu untersuchen bleibt, ob die unbestrittene Ungleichbehandlung durch einen sachlichen Grund zu rechtfertigen ist bzw. keine „planwidrige Unvollständigkeit“ darstellt. Die Gestaltung eines höheren Schutzniveaus ausschließlich für Arbeitnehmer, die wegen eines im § 1 AGG enthaltenen Merkmals gemobbt bzw. belästigt werden, bedarf nämlich noch eines sachlichen Grundes, um dem Ungleichbehandlungsvorwurf zu entgehen.

Es ist eher davon auszugehen, dass kein sachlicher Grund ersichtlich ist, der eine verschiedene rechtliche Behandlung der Mobbingopfer je nach dem mobbingauslösenden Motiv des Mobbingtäters rechtfertigen kann⁴⁰.

In der Mobbingfachliteratur herrscht auf der einen Seite Einigkeit darüber, dass die „personenbedingten“ Ursachen, die Mobbing am Arbeitsplatz herbeiführen, der unterschiedlichster Art sein können⁴¹. Andererseits ist davon auszugehen, dass entsprechend „so unterschiedlich wie das Persönlichkeitsprofil der Schikanetäter [...] auch die Zielgruppe der Mobbing-Opfer“ ist⁴². Zwar tauchen ab und zu Untersuchungen auf, die etwa besonders für Mobbing anfällige Personengruppen, wie beispielweise Frauen oder jüngeren Angestellten, aufzeigen⁴³. Daraus lässt sich ein bedeutsam häufiger Zusammenhang von Mobbingüberfällen mit bestimmten Merkmalen der Mobbingopfer dennoch nicht ermitteln⁴⁴. Vielmehr sind die

³⁸ *Canaris*, SAE 1971, 111, Anmerkung zum BAG 5.12.1969 – 3 AZR 514/68. Mit dieser Entscheidung hat das BAG aus der Ungleichbehandlung bzw. aus dem verschiedenen Schutzniveau zwischen kaufmännischen und sonstigen Arbeitnehmern im Bezug auf vereinbarte Wettbewerbsverbote eine Lücke festgestellt und durch Analogie ausgefüllt. Vgl. auch *Larenz*, Methodenlehre, 1992, 2. Aufl., 268, der denselben Fall für eine zulässige, einen nachträglichen Wertungswiderspruch überwindene „gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung“ hält.

³⁹ Vgl. oben Fn. 2.

⁴⁰ Skeptisch über die Auswahl der in Antidiskriminierungsrichtlinien und AGG aufgezählten Merkmale im Allgemeinen auch *Adomeit/Mohr* (Fn.1), § 1 Rn. 19 ff, *Däubler* (Fn.4), § 1 Rn. 6, vgl. auch *Thüsing*, ZfA 2001, 397, (411-412) im Bezug auf den Belästigungsbegriff.

⁴¹ *Benecke*, Mobbing, Rn. 20, 226, *Wolmerath* (Fn.1), Rn. 62 ff., *Kollmer* (Fn.1), Rn. 42 ff. ins. das Schaubild auf Seite 28, *HMR-Wickler*, Teil 1 Rn. 10 ff, vgl. auch *Däubler* (Fn.4), § 4 Rn. 12.

⁴² *Kollmer* (Fn.1), Rn. 42.

⁴³ *Kollmer* (Fn.1), Rn. 53 ff. Vgl. auch Gesetzentwurfsbegründungen, BT-Drucks 16/1780, 24, unter Berufung auf (empirische) Untersuchungen, die angeblich ein besonders häufig Vorkommen von Belästigungen gegen ausländische bzw. behinderte Beschäftigten belegt haben.

⁴⁴ Es ist z.B. nicht ersichtlich wann eine Frau wegen ihres Geschlechts und wann wegen ihres Aussehens belästigt bzw. gemobbt wird. Die angebliche besondere Anfälligkeit der Frauen bzw. die erhöhte Quoten von gemobbten Frauen rechtfertigt also nicht ohne weiteres eine privilegierte rechtliche Behandlung der wegen ihres Geschlechts gemobbten Arbeitnehmer, vgl. auch *Lorho/Hilp* (Fn.29), s. 24, die zutreffend darauf hinweisen, dass „bullying activities misuse someone’s different attributes to

Eingruppierungen der Mobbingopfer in besonders Schutzbedürftige Arbeitnehmergruppen einerseits wissenschaftlich schwer zu bestätigen und andererseits für die fragliche Ungleichbehandlung jedenfalls irrelevant. Erstens, weil die Ergebnisse der einschlägigen Untersuchungen sich von den im Einzelfall ausgewählten Lösungen zu dem „*Berg von methodischen Problemen*“⁴⁵, die sich bei jeder statistischen Abbildung von Mobbingquoten aufbauen, abhängen⁴⁶. Zweitens, weil durch das AGG der rechtliche Schutz vor Benachteiligung „*nicht auf den Schutz besonderer Gruppen, sondern auf den Schutz vor Benachteiligungen, die an die in den Richtlinien genannten Merkmale anknüpfen*“ abzielt⁴⁷.

Dazu kommt, dass es kein zwingender Zusammenhang bzw. Kausalität zwischen bestimmten belästigungs- bzw. mobbingauslösenden „personenbedingten“ Gründen und der Art und Weise, der Heftigkeit und den Folgen des Mobbingverlaufs zu ermitteln ist, so dass bestimmte „Mobbingmotive“ zugleich ein höheres Maß von Schutzbedürftigkeit des Mobbingopfers bedeuten müssen⁴⁸. Im Gegenteil bleiben die

bully him/her, but are in most cases not the real motivation for the bullying“, ebenfalls Zapf, Mobbing – Eine extreme Form sozialer Belastungen in Organisationen, in: Musahl, H.-P. & Eisenhauer, T. (2000) (Hrsg.), Psychologie der Arbeitssicherheit. Beiträge zur Förderung von Sicherheit und Gesundheit in Arbeitssystemen, S. 142-149, vgl. Brinkmann, Mobbing, Bullying, Bossing, Treibjagd am Arbeitsplatz, 2. Aufl. 2002, sel. 114, auch Niedl, Mobbing/Bullying am Arbeitsplatz, 47 ff., 237 „Mobbing (ist) kein Problem einer spezifischen Minderheit mit bestimmten Merkmalen“. Dazu kommt, dass es nach einer von Leymann durchgeführten Studie davon auszugehen ist, dass Männer hauptsächlich Männer und Frauen hauptsächlich Frauen mobben, Leymann, Mobbing, 14. Aufl. 2009, 87, Kollmer (Fn.1), Rn. 55.

⁴⁵ Leymann (Fn.43), 82.

⁴⁶ Nach Leymann (Fn. 43), 85, zeigt z.B. eine schwedische Untersuchung im Wesentlichen keinen signifikanten Unterschied zwischen Arbeitnehmergruppen. In der Einleitung der europäischen Raumvereinbarung vom 26. April 2007 zu Belästigung und Gewalt am Arbeitsplatz erkennen die Sozialpartner an, „*dass Belästigung und Gewalt potenziell jeden Arbeitsplatz und jeden Arbeitnehmer betreffen können, unabhängig von der Größe des Unternehmens, dem Tätigkeitsbereich oder der Art des Arbeitsvertrags bzw. Beschäftigungsverhältnisses. Gleichwohl können bestimmte Gruppen oder Branchen einem größerem Risiko ausgesetzt sein. In der Praxis sind nicht alle Arbeitsplätze und nicht alle Arbeitnehmer betroffen*“, vgl. auch Zuschlag, Mobbing, 1994, Rn. 30. Daraus könnte sich vielleicht das Treffen besondere öffentlich-rechtlich Arbeits- bzw. Mobbingschutzmaßnahmen bzw. Vorkehrungen z.B. in bestimmten Branchen rechtfertigen. Eine Ungleichbehandlung der Mobbingopfer, die dem Grundgedanke widerspricht, dass jeder Arbeitnehmer Mobbingopfer werden kann bzw. jedem die gleichen Abwehrmöglichkeiten zur Verfügung stehen müssen, ist aber abzulehnen, vgl. dazu Meskutat/Stackelbeck/Langenhoff, Der Mobbing-Report, 2002, S. 37-38.

⁴⁷ BT-Drucks. 16/1780, 30, vgl. aber Adomeit/Mohr (Fn.1), § 1 Rn. 19 ff.

⁴⁸ Wie Benecke, Mobbing, Rn. 50 zugibt, ist der Wille des Mobbingtäters „*für den Effekt auf den Betroffenen nicht entscheidend*“, vgl. auch Kollmer (Fn.1), Rn. 47 ff., Niedl (Fn. 43), 54-55. Nach Meskutat/Stackelbeck/Langenhoff (Fn. 45), S. 47, sind „*differenziert nach Geschlecht, Alter, beruflichem Status und Tätigkeitsniveau merkmaltypische Mobbinghandlungen zu beobachten*“. Dies darf aber ein differenziertes Schutzniveau nicht rechtfertigen, da keine heftigkeitsbedingte Rangordnung zwischen den „merkmaltypischen“ oder zwischen diesen und anderen „Mobbinghandlungen“ zu entnehmen ist. Wie Meskutat/Stackelbeck/Langenhoff (Fn. 45), S. 44, hinweisen, geht es nur darum, dass „*die Aktivitäten der Mobber bewusst oder intuitiv auf Schwachstellen der betroffenen ausgerichtet sind*“. Man darf außerdem nicht vergessen, dass in jeder mobbingrelevanten Erhebung diese Merkmale oder Opfergruppe statistisch abgebildet sind, nach dem der Forscher jeweils gesucht hat. So wurde im Rahmen des Mobbing-Reports auf die Merkmale Geschlecht, Alter, Status, hierarchische Position, Tätigkeitsniveau und Dauer der Betriebszugehörigkeit Rücksicht genommen, nicht aber das Ansehen, die Behinderung usw. Auf jeden Fall, wie der Mobbing-

Gründe bzw. die bezweckenden Ziele, die den Mobbingtäter in Bewegung gesetzt haben, unklar, sind praktisch unmöglich zu ermitteln und deswegen werden regelmäßig beiseitegeschoben. In Vordergrund stehen eher entweder ursprüngliche Konflikte, von denen die „*unerwünschten Verhaltensweisen*“ bzw. die Mobbinghandlungen ableiten⁴⁹, sowie allgemeine gesellschaftliche bzw. wirtschaftliche Entwicklungen oder arbeitsplatzbezogene organisatorische Faktoren, die mit der Arbeitsgestaltung, der Arbeitsleitung, der Arbeitsumwelt usw. zu tun haben⁵⁰. Es ist also nicht unzutreffend zu sagen, dass es der Natur der Mobbingphänomene immanent ist, dass die Motive der Täter ungewisse bzw. gleichgültig bleiben. Verschiedene rechtliche Behandlungen nach den Motiven des mobbenden Arbeitnehmers vorzusehen, ist deshalb in grober Weise sachwidrig.

Dieses Ergebnis steht mit der schon bekannt gewordenen Rechtsprechung im Einklang. Soweit ersichtlich, sind den in den verschiedenen Entscheidungen erscheinenden Tatbeständen kaum die Motive der Mobbingtäter, manchmal der ursprüngliche Konflikttatbestand und immer die Art und Weise der Mobbinghandlungen zu entnehmen. Wie aber schon erwähnt, kann ein bestimmtes Mobbingverhalten nicht zwangsmäßig an einem spezifischen Motiv angeknüpft werden. Zutreffend setzt die Rechtsprechung also ausnahmslos bis heute die Darstellung bzw. den Beweis weder irgendeines Motivs des Mobbingtäters noch eines bestimmten Anlasses voraus, um die Zulässigkeit der Mobbingklage zu bejahen bzw. die entsprechenden Rechtsfolgen auszusprechen⁵¹.

Es fragt sich im Anschluss, ob die ausschließliche Aufzählung bestimmter Gründe in Richtlinie 2000/78 bzw. in EU-Vertrag, gleich ob man daraus eine fehlende Kompetenz der Gemeinschaft bzw. der Union oder ein Analogieverbot schließt, selbst einen sachlichen Grund für eine rechtliche Ungleichbehandlung im Rahmen der innenstaatlichen Rechtsordnung darstellt. Die Annahme einer solchen Auffassung würde dazu führen, dass es dem nationalen Gesetzgeber nicht gestattet wäre, die gleichen Rechtsfolgen, die er für die von der Richtlinie erfassten Tatsachen vorbehalten hat, auf andere Diskriminierungsfälle darüber hinaus zu erstrecken. Das würde sich zwar folgerichtig aus dem negativen Gleichheitsgebot, Ungleiches ungleich zu behalten, ergeben, widerspricht aber offensichtlich der Zielsetzung des

Report gezeigt hat, nur „*geringere Einzelnennungen erhalten Motive, in denen zum Ausdruck kommt, dass die Betroffenen mit „besonderen“, sie gegenüber dem Gros der Beschäftigten möglicherweise zu Außenseitern „prädestinierenden Merkmalen, ausgestattet sind, wie Nationalität oder persönliche Lebensstil, sexuelle Orientierung und Aussehen sowie Geschlecht*“, Meskutat/Stackelbeck/Langenhoff (Fn. 45), S. 112.

⁴⁹ Spamer, Mobbing, 36 ff. Vgl. auch die klassische Kategorisierung der Mobbinghandlungen vom Leymann (Fn.43), 23 ff.

⁵⁰ Vgl. auch Leymann (Fn.43), 85-86, HMR-Wickler, Teil 1 Rn. 4 ff., Kollmer (Fn.1), Rn. 54, 201, unter Berufung auf die Handlungsanleitung der Arbeitsschutzverwaltungen der Länder vom September 2003.

⁵¹ Soweit die Beweggründe der Mobbenden erkennbar und beweisbar sind, sind sie dennoch bei der Bemessung des Schmerzensgelds bzw. der Entschädigung zu berücksichtigen, Kollmer (Fn.1), Rn. 157a.

Gemeinschaftsgesetzgebers, der, wie schon erwähnt, auf die Feststellung nur „*Mindestanforderungen*“ abgezielt hat und die Einführung oder Beibehaltung „*günstigere Vorschriften*“ dem Mitgliedstaaten vorbehalten hat. Eine solche Meinung ist deshalb abzulehnen⁵².

Die Ablehnung eines die Ungleichbehandlung zwischen den verschiedenen Mobbingkonstellationen rechtfertigenden sachlichen Grundes, und zwar im Wesentlichen wegen der der Natur des Mobbingphänomens immanenten Gleichgültigkeit der unterschiedlichen Motive des jeweiligen Mobbingtäters, führt zwangsmäßig zu der Feststellung einer Lücke und zwar im doppelten Sinne. Zunächst ist damit ein *argumentum a contrario* zu verweigern, da ein Umkehrschluss „*rechtfertigt sich*“ ebenfalls „*aus dem Gebot der Gerechtigkeitsidee, Ungleiches ungleich zu behandeln*“⁵³. Demnächst ist die Annahme einer planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes, nämlich einer Lücke durch den der Rechtsidee immanenten Gleichheitssatz, der sich auch durch die Natur der Sache überprüfen lässt, festzustellen⁵⁴.

3. Die Zulässigkeit einer analogen Anwendung des AGG auf Mobbingfällen: Die Planwidrigkeit der „Mobbinglücke“

Es stellt sich also nun die Frage, wie diese Lücke auszufüllen ist, und ob sie überhaupt ausgefüllt werden darf. Zunächst ist es nicht zu verleugnen, dass AGG nach dem Enumerationsprinzip erfasst wurde⁵⁵, was auf den ersten Blick einer Rechtsanalogie entgegen steht. Da der Wortlaut des Gesetzes dennoch keine eindeutig ausschließende Formulierung enthält⁵⁶, könnte vielleicht weiter diskutiert werden, ob daraus ein Analogieverbot oder ein sogenanntes „*Induktionsverbot*“ zu entnehmen wäre⁵⁷. Im Zusammenhang mit der hier zu erörternden Problematik kann aber diese Frage dahingestellt bleiben: In dem fraglichen Urteil des BAG geht es um eine analoge Anwendung des AGG nicht nur in Mobbingfällen, die etwa von den in § 1 AGG genannten Gründen ähnlichen bzw. gleichstellenden oder vergleichbaren Motiven ausgelöst werden, sondern um eine allgemeine Anwendung des AGG in Mobbingfällen, „*gleich aus welchem Grund*“ herbeigeführt werden mögen.

⁵² Hiermit in Zusammenhang ist noch zuzufügen, dass eine unterschiedliche rechtliche Behandlung nicht etwa damit sachlich rechtfertigt werden kann, dass man in Angelegenheiten, die unter dem Anwendungsbereich des AGG fallen, immer vor einer Ungleichbehandlung steht. Wie noch zu erörtern ist, ist in Fällen von Belästigungen kein Vergleich zu anderen Arbeitnehmern erforderlich, die Rechtswidrigkeit ist auf die Verletzung der Würde bzw. des Persönlichkeitsrechts und nicht auf eine bloße Ungleichbehandlung bzw. Diskriminierung zurückzuführen, s. unten.

⁵³ *Canaris* (Fn.12), §§ 35-39, insb. § 36 mit Hinweisen.

⁵⁴ Vgl. *Canaris* (Fn.12), §§ 84-117.

⁵⁵ BT-Drucks. 16/1780, 30.

⁵⁶ Es fehlt z.B. an einem „*nur*“ in der gesetzlichen Formulierung, vgl. *Canaris* (Fn.12), § 177.

⁵⁷ Auf den Unterschied zwischen Analogie- und Induktionsverbot weist *Canaris* hin (Fn.12), § 176 ff.

Nach dem ersten Anschein lässt es sich also daran zweifeln, ob der Gesetzgeber auf eine so weit hinausgehende Tragweite des AGG abgezielt hat, so dass die ausgewählten und im § 1 niedergelegten Kriterien ohne weiteres umgangen werden dürfen. Dass das BAG im Ergebnis eine Rechtsanalogie ausdrücklich für zulässig erklärt hat, scheint vor diesem Hintergrund und im Rahmen einer Rechtsfindung *praeter legem* als unzutreffend⁵⁸.

Eine nähere Betrachtung führt dennoch zu anderen Ergebnissen. Wie zutreffend hingewiesen wird, hat „*der Gesetzgeber die Belästigung aus nachvollziehbaren gesetzestechnischen Gründen als Unterfall der Benachteiligung zugeordnet, wengleich beide an sich nichts miteinander zu tun haben*“⁵⁹. Es liegt in der Tat nahe, Belästigungen von sonstigen Benachteiligungen zu unterscheiden.

Es geht im Wesentlichen darum, dass eine unmittelbare bzw. mittelbare Benachteiligung nach § 3 Abs. 1, 2 AGG auch dann rechtswidrig ist, wenn sie kein herabwürdigendes, persönlichkeitsrechtsverletzendes Verhalten darstellt⁶⁰. Damit wird deutlich, dass das rechtswidrige Gehalt dieser Art von Benachteiligungen sich aus der Anknüpfung an den Merkmalen des § 1 AGG ergibt: Jede – ungünstigere - Ungleichbehandlung stellt ohne weiteres eine rechtswidrige Benachteiligung bzw. Diskriminierung dar, sei es auch nur deswegen, weil sie auf einen im § 1 AGG genannten Grund zurückzuführen ist bzw. im Zusammenhang steht⁶¹. „*Sanktioniert wird die unterschiedliche Behandlung an sich nicht gleich gelagerter Fälle vor dem*

⁵⁸ Zu verschiedenen Einschätzungen könnte man dennoch kommen, wenn die Auffassung des BAG als Ergebnis einer ihm gestatteten Rechtsfortbildung *extra legem* angenommen wird. In der Tat bedeutet die Annahme eines Induktions- bzw. Rechtsanalogieverbots im vorliegenden Fall einen groben Verstoß der gesetzlichen Regelung gegen die Natur der Sache, nämlich des Mobbingphänomens, und gegen das Gleichheitsgebot, öffnet also den Weg einer das Gesetz berichtigenden „*gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung*“, Larenz (Fn.37), 307, vgl. auch Canaris (Fn.12), § 108. Hiermit im Zusammenhang ist noch darauf hinzuweisen, dass ein gesetzliches Analogieverbot höchstwahrscheinlich die Gefahr der Verfassungswidrigkeit läuft, „*da das Gleichbehandlungsgebot, wo nicht unmittelbar aus Art. 3 GG zu entnehmen, so doch zweifellos Bestandteil des Rechtsstaatsgedankens und damit unserer Verfassung ist*“, Canaris, aaO, § 175 ff. Es wird also damit deutlich, dass einerseits die Annahme einer möglichen Analogie bzw. eines möglichen „*Induktions-*“ bzw. „*Rechtsanalogieverbots*“ statt eines Analogieverbots, die vorzuziehende alternative einer verfassungskonformen Auslegung bietet, andererseits, wenn vom Wortlaut der einschlägigen Bestimmung oder dem Wille des Gesetzgebers unzweideutig ein Analogieverbot zu entnehmen ist, obwohl kein besonderes Bedürfnis nach Rechtssicherheit zu bejahen ist, eine Gleichbehandlungsgebots- bzw. Verfassungswidrigkeit auf der Hand liegt.

⁵⁹ Bauer/Göpfert/Krieger (Fn.1), Einl, Rn. 10, § 3, Rn. 39.

⁶⁰ Vgl. auch Eggert – Weyand (Fn.1), § 3 Rn. 39.

⁶¹ Unter der selbstverständliche Vorbehaltung, dass keine Rechtfertigung iSd §§ 8, 9 und 10 AGG gegeben ist, Schrader/Schubert (Fn.1), § 3 Rn. 7. Wie Bauer/Göpfert/Krieger (Fn.1), Einl Rn. 10, zutreffend hinweisen, dass die Benachteiligungen ihre (wider)rechtliche Bedeutung grundsätzlich aus dem Zusammenhang mit den Merkmalen des § 1 AGG gewinnen, macht die Bestimmung des § 7 Abs. 1 Halbs. 2 deutlich.

*intergrund eines vermeintlich gemeinsamen europäisch- abendländischen Wertkontextes*⁶².

Bei Belästigung bzw. beim „Mobbing“ ist das dennoch nicht der Fall. Dass eine Belästigungskonstellation auch eine Ungleichbehandlung bzw. Benachteiligung im Sinne des § 3 Abs. 1, 2 AGG für den betroffenen Arbeitnehmer bedeuten kann, will man natürlich hiermit nicht bestreiten. Zwar wird dies meistens der Fall sein, es stellt aber keine maßgebliche Voraussetzung ihres rechtlichen Demeriten dar⁶³. Vielmehr zieht ein Belästigungstatbestand seine rechtliche Bedeutung bzw. seine Rechtswidrigkeit, wie *Thüsing* zutreffend hinweist⁶⁴, weder daraus, dass er eine Verletzung des Gleichheitssatzes darstellt, noch weil er im Zusammenhang mit einem im § 1 AGG genannten Grund steht, sondern weil ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Arbeitsumfeld die Würde und das Persönlichkeitsrecht des betroffenen Arbeitnehmers verletzt⁶⁵. Es ist also keine „begriffliche Abhängigkeit“ des Rechtsbegriffs „Belästigung“ vom Anwendungsbereich des AGG anzunehmen, so dass sein begrifflicher Inhalt ausschließlich im Rahmen der Tragweite dieses Gesetzes begrenzt werden müsste.

*„Der Tatbestand der Belästigung und der sexuellen Belästigung ist deshalb im Grunde systemwidrig zu den übrigen Verboten des AGG“*⁶⁶. Belästigungen sind von ihrer rechtlichen Natur aus ganz unterschiedlich von unmittelbaren bzw. mittelbaren Benachteiligungen⁶⁷. Im Gegensatz zu den letzten ist den ersten ein rechtswidriger Gehalt immanent und unwiderlegbar.

Dieser dogmatische Unterschied spiegelt sich auch in der Praxis wieder. Wie das BAG in seinem Urteil von 22.1.2009⁶⁸ feststellt, setzt *„eine Entschädigung nach § 15*

⁶² *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn.1), Einl Rn. 10. Auch nach *Däubler* zugrunde der Auswahl der verpönten Merkmale *„liegt letztlich eine Politische Wertentscheidung bei der Schaffung des Art. 13 EG“*, (Fn.1), § 1 Rn. 7.

⁶³ *Thüsing*, ZfA 2001, 397 (411); Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 114, Rn 278, der zutreffend darauf hinweist, dass eine Belästigung werde nicht dadurch akzeptabler, *„dass der Arbeitgeber unterschiedslos alle seine Arbeitnehmer beleidigt“*, ihm anschließend *Adomeit/Mohr* (Fn.1), § 3 Rn. 117, vgl. auch *Benecke*, Mobbing, Rn. 370. Deswegen unzutreffend a.M. *Eggert – Weyand* (Fn.1), § 3 Rn. 41, vgl. auch *Kollmer* (Fn.1), Rn. 210.

⁶⁴ *Thüsing*, ZfA 2001, 397 (411); ders. Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 114, Rn. 278, ders. MünchKommBGB § 3 RdNr. 52, dem nach *„das Unrecht liegt in der Handlung selbst, nicht im Vergleich zu anderen Handlungen“*, vgl. auch *Adomeit/Mohr* (Fn.1) § 3 Rn. 119, denen nach *„Belästigungen wurden ansonsten vornehmlich vom allgemeinen zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz erfasst“*.

⁶⁵ So auch *Adomeit/Mohr* (Fn.1), § 3 Rn. 117, *Bauer/Göpfert/Krieger*, (Fn.1)§ 3 Rn. 39, *Hey* (Hrsg), § 3 Rn. 27, *Schleusener/Suckow/Voigt*, § 3 Rn. 112, *Wendeling-Schröder* (Fn.2), § 3 Rn. 28.

⁶⁶ *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn.1), § 3 Rn. 39.

⁶⁷ Freilich kann Mobbing bzw. Belästigung im Wege einer unmittelbaren oder mittelbaren Benachteiligung erfolgen, *Wolmerath* (Fn.1), Rn. 363. Auch in diesem Fall liegt es aber nahe, die infrage kommenden einzelnen Benachteiligungs- bzw. Mobbinghandlungen, auch wenn eine Einzelausgangspunkt bieten, in einem Gesamttatbestand absorbieren zu lassen.

⁶⁸ BAG – Urteil vom 22.1.2009, Rn. 70, bereits vom *Urteil vom 18.3.2010*, 8 AZR 1044/08 Rn. 36-37 bestätigt.

Abs. 2 AGG (weder) eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in der Weise einer „Herabwürdigung“ des Beschäftigten (voraus), soweit nicht das entsprechende Merkmal in § 3 Abs. 3 oder 4 AGG zur Anwendung kommen soll, noch bedarf es neben der Feststellung eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot jeweils einer gesonderten Feststellung eines weiteren immateriellen Schadens“. Genau wie beim Mobbingbegriff und im Gegensatz zu den sonstigen Benachteiligungsformen, setzt also die Annahme einer „Belästigung“ Verhaltensweisen von einer gewissen Erheblichkeit voraus⁶⁹. Die Anknüpfung an einem Merkmal des § 1 AGG allein reicht nicht.

Vielmehr wird die Systemwidrigkeit der Belästigung zu den übrigen AGG-Verboten auch dadurch offenkundig, dass keine „zulässige“ bzw. „gerechtfertigte“ Belästigung vorstellbar ist. Damit scheidet die Anwendung der §§ 8, 9 und 10 AGG auf Belästigungskonstellationen aus, was ein einheitliches Handhaben des ganzen Benachteiligungssortiments des AGG ex definitione ausschließt⁷⁰.

Daraus folgt, dass Bedenken gegen eine richterliche Rechtsfortbildung bzw. gegen eine Ausdehnung der überwiegend „formalen Rechtswidrigkeit“ der Benachteiligungskonstellationen des § 3 Abs. 1, 2 AGG über die Grenze des § 1 AGG, mögen sie auch nachvollziehbar sein, nicht aber ohne weiteres auf „Belästigungsfällen“ übertragen werden können. Im vorliegenden Fall geht es nicht um die Ausdehnung des rechtswidrigen Gehalts bestimmter Tatbestände auf anderen im Gesetz nicht vorgesehenen Tatsachen bzw. um die richterliche Schöpfung neues „Unrechts“ selbst, sondern um die analoge Anwendung bestimmter Rechtsfolgen auf bereits rechtsverletzenden Handlungen. Darüber hinaus ist, wie schon oben gezeigt, auch im Rahmen des AGG selbst von einer unterschiedlichen rechtlichen Behandlung zwischen Belästigungen und sonstigen Benachteiligungen auszugehen.

Vielmehr fordert ein besonderes Bedürfnis nach Rechtsicherheit die einheitliche Behandlung aller Belästigungs- bzw. Mobbingfälle und zwar unabhängig davon, aus welchem Grund sie ausgelöst werden. Zunächst weil dadurch das Rechtsunsicherheit verursachende Kernproblem der rechtlichen Folgen der Mobbingtatbestände vereinfacht wird⁷¹. Im Wesentlichen aber deswegen, weil die Spaltung der Mobbingkonstellationen in AGG-relevant und AGG-irrelevant den Arbeitgeber unerträglicher Rechtsunsicherheit aussetzt. Da die Motive des Mobbingtäters fast immer ungewiss bleiben und der äußere Zusammenhang spezifischer

⁶⁹ Ausdrücklich *Adomeit/Mohr* (Fn.1) § 3 Rn. 127 ff (132-133), *Schraber/Schubert* (Fn.1), § 3 Rn. 66 ff, *MünchKommBGB/Thüsing* § 3 RdNr. 55 ff, *Schleusener/Suckow/Voigitt-Schleusener*, § 3 Rn. 142 ff, *Hey* (Hrsg), § 3 Rn. 27 ff, *Kollmer* (Fn.1), Rn. 209, vgl. BAG – Urteil vom 24.9.2009, 8 AZR 705/08, und im Ergebnis BAG – Urteil vom 22.1.2009, Rn. 70. Dass auch geringfügige Eingriffe bzw. Konflikte die Standards des Mobbingbegriffs nicht erfüllen und folgerichtig keine rechtlichen Folgen mit sich ziehen, weist BAG eindeutig hin, Urteil vom 22.7.2010 aaO Rn. 90; Urteil vom 13.3.2008 Rn. 51; Urteil vom 16.5.2007 aaO Rn. 85, s. auch *Leymann* (Fn.43), 9, vgl. auch LAG Kiel 23.12.2009 – 6 Sa 158/09, jurisPR-Arb 9/2010 Anm. 1, LAG Düsseldorf 18.6.2008 – 7 Sa 383/08.

⁷⁰ Vgl. *Adomeit/Mohr* (Fn.1), § 8 Rn. 3.

⁷¹ Anderer Meinung *Lange*, SAE 7/2008, 285 ff (291).

Mobbinghandlungen mit einem in § 1 AGG genannten Gründen reinen Zufall darstellt, liegen die Pflichten des Arbeitgebers, der nicht selbst mobbt, im Rahmen eines solchen Unterschieds zwischen AGG- und „non-AGG“ Mobbingfällen immer im Dunkel. Das folgende Beispiel soll es deutlich machen: BAG und herrschende Lehre gehen zwar davon aus, dass was non-AGG-Mobbingfälle betrifft „*die Anforderungen an die Organisationspflicht des Arbeitgebers mit der Folge einer deliktischen Haftung nicht überspannt werden dürfen, zumal eine generelle Aussage darüber, wie Mobbing bzw. Persönlichkeitsrechtsverletzungen in einem Betrieb verhindert werden können, kaum möglich sei*“⁷². Würde aber ein Zusammenhang des Mobbingüberfalls mit einem der in § 1 AGG genannten Gründen bewiesen bzw. vermutet gemäß § 22 AGG werden lassen, wäre die Haftung des Arbeitgebers nachträglich nach den erheblich höheren Maßstäben des § 12 bzw. des § 15 Abs. 2 AGG zu bemessen. Dazu kommt, dass es kaum vorstellbar ist, wie vorbeugende Maßnahme, z.B. *Frühwarnsysteme*⁷³, exklusiv gegen Belästigungen bzw. Mobbingfälle, die nur mit einem im § 1 AGG genannten Grund zu tun haben, getroffen werden können, nämlich ohne dass der Arbeitgeber sich gegen das ganze Belästigungs- bzw. Mobbingspektrum - „*gleich aus welchem Grund*“ – engagiert. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass dem Arbeitgeber immer zu empfehlen wäre, seine Anti-Belästigungs- bzw. Anti-Mobbingmaßnahmen immer nach dem strengeren Maßstab des AGG zu richten.

Nicht nur also der Gleichheitssatz bzw. die Natur der Sache, sondern auch ein besonderes Bedürfnis nach Rechtsicherheit fordern die Ausfüllung der Lücke, die nach dem Inkrafttreten des AGG im Bezug auf Mobbingangelegenheiten entstanden ist. Eine analoge Anwendung der AGG auf Mobbingfällen, die durch den Belästigungsbegriff des § 3 Abs. 3 AGG möglich geworden ist, ist nach dem BAG und der hier vertretenen Auffassung dogmatisch gerechtfertigt und methodisch begründet; angesichts des Schutzes der betroffenen Arbeitnehmer ist dies auch sehr hilfreich und kaum überflüssig⁷⁴.

III. Zusammenfassung.

Durch die Würdigung eines Mobbingtatbestandes durch das AGG entstehen erhebliche Vorteile für die Mobbingopfer. Die Auffassung, unter das AGG fallen ausschließlich diejenigen Mobbingkonstellationen, die im Zusammenhang mit einem im § 1 AGG genannten Grund ständen, führt deswegen zu der Entstehung einer „*Zweiklassengesellschaft von Mobbingopfern*“⁷⁵, die zwar dem Wortlaut des Gesetzes entspricht, dem Gerechtigkeitsgebot bzw. dem Gleichheitssatz, der Natur der

⁷² BAG – Urteil vom 16.5.2007 aaO, Rn. 107, unter Berufung auf *Benecke*, Mobbing, Rn. 239 und *Rieble/Klumpp*, FA 2002, 307.

⁷³ *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn.1) § 12 Rn. 31.

⁷⁴ Anderer Meinung *Benecke*, RdA 6/2008 357 ff (364).

⁷⁵ *Benecke*, Mobbing, Rn. 490.

Sache bzw. des Mobbingphänomens und dem Gebot der Rechtsicherheit aber zuwiderläuft. Damit ist bereits eine Lücke entstanden, deren Ausfüllung im Wesentlichen nichts im Rahmen des Europa- bzw. des deutschen Rechts entgegensteht. Das BAG hat bereits mit seinem Urteil vom 25.10.2007 den Weg auf eine analoge Anwendung des AGG in allen Mobbingfällen geöffnet, ohne ihn eindeutig zu begründen. Die Zurückhaltung der arbeitsrechtlichen Praxis, Ansprüche auf eine analoge Anwendung der Bestimmungen des AGG zu stützen, hat bis heute jedoch den Gerichten die Gelegenheit beraubt, sich ausführlicher darüber zu äußern. Nach dem Urteil vom 22.7.2010⁷⁶, in dem das BAG noch mal ausdrücklich wiederholt hat, dass es *„entsprechend für die Fälle des „Mobbings“ eines Arbeitnehmers, gleich aus welchen Gründen, an § 3 Abs. 3 AGG angeknüpft werden“* kann, scheint es eher unzutreffend, die ursprüngliche Entscheidung vom 25.10.2007 bzw. die Verweisung auf eine analoge Anwendung der AGG auch in Mobbingfällen, die mit einem der im § 1 AGG erhaltenen Gründe nichts zu tun haben, noch als richterliches Versehen zu betrachten.

⁷⁶ 8 AZR 1012/08, Rn. 90.