

Harald Hohmann/Christiane Moors

Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz im Recht der USA (und Deutschlands)^{*}

Einführung

Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz ist ein altes und weitverbreitetes, aber heute erst thematisiertes Problem, das in der betrieblichen Realität und Politik Deutschlands trotz zunehmender Brisanz noch überwiegend tabuisiert oder als Kavaliersdelikt behandelt wird. Vor allem wirft es erhebliche Auslegungsprobleme für die Rechtsprechung auf, wie im folgenden zu zeigen sein wird.

Einer 1991 vom Bundesministerium für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit in Auftrag gegebenen und vom Landesinstitut Sozialforschungsstelle in Dortmund durchgeführten Studie¹ lässt sich entnehmen: Im Vergleich zu anderen Staaten, z. B. USA, England, Australien, die in umfangreichen Studien eine hohe Betroffenheit nachweisen konnten und erste Konsequenzen in einer verbesserten rechtlichen Situation für Belästigungsopten gezogen haben, steht die Bundesrepublik Deutschland gegenwärtig noch am Anfang einer umsetzungsorientierten Auseinandersetzung mit der Thematik². Wissenschaftliche Erhebungen in den USA und Deutschland zeigen, daß mindestens 35% der befragten Frauen sich als Opfer von sexuellen Belästigungen am Arbeitsplatz schen³.

Spätestens seit dem spektakulären Anhörungsverfahren 1991 von Supreme Court-Richter *Clarence Thomas*, der von seiner langjährigen Mitarbeiterin *Anita Hill* der sexuellen Belästigung bezichtigt wurde⁴, ist das Thema *sexual harassment* zu einem

^{*} Die Autoren danken *Christina Rieck* und *Annette Rieck* (beide: Frankfurt/Main) für verschiedene Anregungen.

¹ *Monika Holzbecker/Anne Braszeit et alii*, für: Der Bundesminister für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit Hrsg., *Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz*, Band 260 der Schriftenreihe des Bundesministers für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit, Stuttgart/Berlin/Köln (Kohlhammer) 1991 – nachfolgend zitiert: Dortmunder Studie.

² Dortmunder Studie a. a. O. (Fn. 1), S. 27; vgl. auch *Ulrike Gerhart et alii*, in: *U. Gerhart/A. Heiliger/A. Stehr* Hrsg., *Tatort Arbeitsplatz, Sexuelle Belästigung von Frauen*, München (Frauenoffensive) 1992, S. 9 ff.

³ Die deutsche Studie (Dortmunder Studie, wie Fn. 1, S. 29) nennt etwa 73% der Befragten (die Repräsentativität wird bezweifelt von *F. Gerbert*, *Focus* 19/1994, S. 172), wobei die Zahl abnimmt, wenn man – wie *Hohmann*, *Thesen zur Weiterentwicklung des Beschäftigtenenschutzgesetzes*, ZRP 1995, 167 vorschlägt – sie beschränkt auf unerwünschte Einladungen mit eindeutiger Absicht (35%), Po-Kneifen (34%), pornographische Bilder am Arbeitsplatz (33%), aufgedrängte Küsse (15%), Aufforderung zu sexuellem Verkehr (12%), Erzwingen sexueller Handlungen (3%) (Angaben Fn., S. 276); sie ist höher, wenn man bereits das Anstarren und die anzuglichen Witze (81–84%) hinzunehmen würde. Amerikanische Untersuchungen (vgl. *Susan Estrich*, *Sex at Work*, 43 *Stanford Law Review* [1991], 813 ff. [821 f.]) nennen mindestens 36–53% der Befragten (ohne Aufschlüsselung).

⁴ Vgl. *N. Zeppos/C. Thomas*, in: *Kermit L. Hall* ed., *The Oxford Companion to the Supreme Court of the US*, Oxford (Oxford Univ. Press) 1992, S. 870 f. und *R. Solomon*, *Nominations, Controversial*, ebda., S. 595 f.; vgl. auch *Ellen Bravo/Ellen Casedy*, *Sexual Harassment*, New York u. a. 1992, S. 100 und *Sabine Gleß*, »Ist doch nur Spaß« – nicht mehr, *Streit (feministische Rechtszeitschrift)* 1994, 15. Zahlreiche Bücher und Vorträge in den USA befassen sich derzeit mit der Frage, ob *Anita Hill* recht oder gelogen hat; vgl.

der spektakulärsten und aktuellsten »Dauerbrenner« in den US-Medien geworden⁵. Da vor allem die Rechtsprechung des US *Supreme Court* seit den 1980er Jahren die Voraussetzungen einer Schadensersatzklage wegen *sexual harassment* präzisiert hat, soll hier die deutsche mit der US-amerikanischen Rechtslage verglichen und zugleich die Bedeutung des *Supreme Court*-Urteils *Harris v. Forklift Systems* vom 9. November 1993⁶ hierfür aufgezeigt werden. Die Rechtsprechung zu *sexual harassment* sah sich besonderen Problemen vor allem deswegen ausgesetzt, weil auch in den USA zunächst eine eindeutig männlich-orientierte Auslegung vorherrschte, die von chauvinistischen Implikationen durchsetzt war⁷. Von den Gerichten ist nämlich die schwierige Abgrenzung zu treffen, wann anzügliche Bemerkungen oder sexistisches Verhalten eine Belästigung darstellen, die nicht mehr als »sozialüblich« toleriert werden muß, sondern gegen die sich die Betroffene mit Hilfe der Gerichte zur Wehr setzen kann.

Trotz unveränderter US-amerikanischer Gesetzeslage, die dargelegt wird, hat sich die Auslegung durch US-Gerichte gewandelt, was im folgenden Abschnitt A dieses Aufsatzes aufgezeigt wird. Diese US-Rechtsprechung ist für Deutschland vor allem deswegen von aktueller Bedeutung, weil sie etwa für das im September 1994 inkraftgetretene Beschäftigtenschutzgesetz fruchtbar gemacht werden kann. Im Abschnitt B des Aufsatzes wird nach einer Darstellung der rechtlichen Grundlagen Deutschlands ein wertender Vergleich mit dem US-Recht angedeutet.

auch *L. Blumenfeld*, Washington Post 13. Okt. 1992, E 5 und *E. Hudson* San Francisco Chronicle 7. Sept. 1993, A 11.

⁵ Im Mai 1994 wurde selbst US-Präsident Clinton von einer ehemaligen Staatsbediensteten aus Arkansas auf 700.000 \$ Schadensersatz verklagt, da er sie vor 3 Jahren sexuell belästigt haben soll; vgl. San Francisco Chronicle 8. 5. 1994, A 1 und Spiegel Nr. 20/1994, S. 148 f. Weiter in den US-Medien diskutierte Vorwürfe von sexueller Belästigung betreffen u. a. den Polizeichef von San Francisco (San Francisco Chronicle 15. Okt. 1993, A 1 und A 19), ein Vorstandsmitglied einer Bundesbehörde (vgl. San Francisco Chronicle 26. Nov. 1993, A 4), Senator Bob Packwood (vgl. San Francisco Chronicle 10. Nov. 1993, A 3). Zur neuesten Entscheidung *Weeks v. Baker McKenzie* vgl. S. Nayyar/S. Miller, Newsweek 12. September 1994, S. 35.

Es geht auch um *political correctness*. Vgl. hierzu *M. Tushnet*, Political correctness, the law, and the legal academy, Yale Journal of Law & the Humanities 4 (1992) 127 ff., sowie *M. Matussek* in: Der Spiegel 20/1944, S. 152 ff. und *H. Kurthen/K. M. Losey*, in: Aus Politik ... Zeitgeschichte B 21-22/1995, S. 3 ff. Neuerdings wird *sexual harassment* auch zum Thema bei anwaltlichen Tagungen, vgl. etwa die Proceedings der CTLA 31st Annual Convention, S. 207 ff., und der CTLA 32nd Annual Convention, S. 121 ff.

Literatur zur Bewältigung der psychologischen Probleme stammen fast ausschließlich aus den USA, sind inzwischen aber teilweise ins Deutsche übersetzt; vgl. etwa *Ellen Bass & Laura Davis*, Trotz allem. Wege zur Selbstheilung für sexuell missbrauchte Frauen, 4. Aufl. Berlin (Orlanda Frauenverlag) 1992.

⁶ Case No. 92-1168, Urteil vom 9. November 1993, 114 S. Ct. 367 (1993), deutsch, als Anhang am Ende des Artikels abgedruckt (übersetzt von Christiane Moors in Zusammenarbeit mit Harald Hohmann).

⁷ Vgl. S. ESTRICH a. O. (Fn. 3), 813 ff.

1. Rechtliche Grundlagen

a) Kapitel VII des Civil Rights Act

Kapitel VII des Civil Rights Act von 1964 verbietet für Unternehmen mit mindestens 15 Angestellten Diskriminierung auf der Basis von Rasse, Religion, nationaler Herkunft oder Geschlecht⁸.

Die ursprüngliche Fassung enthielt keinen Schutz vor geschlechtsbezogener Diskriminierung, sondern beschränkte sich auf das Verbot der Benachteiligung auf Grund von Rasse, Hautfarbe, Religion oder nationaler Herkunft. Einen Tag vor der Abstimmung brachten einige konservative Kongressabgeordnete, die die Verabschiebung des Gesetzes verhindern wollten, den Zusatz ein, daß auch das Geschlecht als Merkmal einer unzulässigen Diskriminierung aufgenommen werden sollte. Ihre Strategie bestand darin, durch diesen Zusatz die ihrer Meinung nach bestehende Absurdität des Gesetzes offenkundig zu machen. Der Versuch schlug fehl, denn es fanden weder zusätzliche Anhörungen statt, noch wurden neue Debatten ausgelöst, sondern das Gesetz wurde problemlos mit dem neuen Zusatz in Haus und Senat verabschiedet⁹. Daher bietet die Geschichte der Gesetzgebung keinen Hinweis für die Gerichte, wie sexuelle Diskriminierung zu definieren ist.

Die Rechtsfolgen einer Verletzung des Kapitel VII sind vielfältig: Aufgrund der ursprünglichen Fassung (Civil Rights Act von 1964) konnte das negative Interesse, evtl. zusätzlich auch die unrechtmäßig unterlassene Beförderung oder Versetzung etc. erstritten werden. Nach einer 1991 durchgeföhrten Reform (Kapitel IX des Civil Rights Act von 1991) kann die Frau stets *das positive Interesse* – Kompensation für psychische und andere immaterielle Schäden – sowie zusätzlich »punitive damages«, einen selbständigen Schadensersatz mit Straffunktion, der sich bis auf die dreifache Höhe des an sich zuerkannten Schadensersatzes belaufen kann, verlangen¹⁰.

b) Die EEOC-Richtlinien

Die eigentliche Streitfrage, was nämlich eine sexuelle Diskriminierung darstellt, wurde durch den Civil Rights Act nicht definiert; hier sind die EEOC-Richtlinien von großer Bedeutung. Zur Durchsetzung der im Kapitel VII Civil Rights Act festgesetzten Ziele wurde die *Equal Employment Opportunity Commission (EEOC)* geschaffen; diese Bundesbehörde bringt ihre Gesetzesinterpretation in der Form von Richtlinien zum Ausdruck. Diese Richtlinien sind zwar nicht unmittelbar verpflichtend für die Gerichte; der US Supreme Court versteht sie aber als ein Expertenurteil, welches die Gerichte grundsätzlich als Grundlage für ihre Entscheidung heranziehen sollen.

1980 wurden von der EEOC Richtlinien zur Definition von sexueller Belästigung erlassen. Dort heißt es¹¹:

⁸ 42 U.S.C. § 2000e (1988). Titel VII verbietet einem privaten oder öffentlichen Arbeitgeber mit mindestens 15 Angestellten die Diskriminierung in »compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of an individual's race, color, religion, sex, or national origin« (§ 2000e-2 (a)).

⁹ Vgl. *Estrich* (Fn. 3), S. 816 f.

¹⁰ Vgl. *Gleß* (Fn. 4), S. 16.

¹¹ *Guidelines on Discrimination on the Basis of Sex*, Equal Employment Opportunity Commission,

»Unerwünschte sexuelle Annäherung, das Fordern von sexuellem Entgegenkommen, sowie verbale Äußerungen oder physische Gesten mit sexuellen Anspielungen erfüllen den Tatbestand einer sexuellen Belästigung, wenn

1. ein direktes oder indirektes Eingehen darauf ein Bestandteil oder eine Bedingung des Beschäftigungsverhältnisses ist,
2. das Zulassen oder Zurückweisen Einfluß auf Unternehmensentscheidungen hat, *oder* wenn
3. solch ein Verhalten das Ziel oder die Auswirkungen hat, die individuelle Arbeitsleistung unverhältnismäßig zu behindern *oder* eine einschüchternde, feindselige oder aggressive Arbeitsatmosphäre zu schaffen.«.

Eine Auslegung von Gesetz und Richtlinie, die *faktisch* gleiche Bedeutung wie ein Gesetz hat, ergibt, daß Prävention geschuldet wird¹²: Hoher Schadensersatz und *punitive damages* sowie die zunehmende Häufigkeit von Gerichtsprozessen und die weiten Definitionen führen faktisch zu der Verpflichtung, die Frauen zu schützen, che es zu einer Belästigung kommt. Der Civil Rights Act verpflichtet daher den Arbeitgeber, zumindest insoweit präventiv tätig zu werden, daß Trainingsprogramme zur Verhinderung von *sexual harassment* eingerichtet werden und sofort Beschwerden weiblicher Angestellten nachgegangen werden kann. Interessant sind hier Kostenvergleiche: Wenn man etwa allein die höchste Einzelentschädigung, die bis 1991 ein US-Gericht einer Betroffenen zusprach (etwa 1 Million DM plus Kosten des Gerichtsverfahrens), mit den wesentlich niedrigeren Kosten eines Trainingsprogramms zur Verhinderung von *sexual harassment* vergleicht¹³, dann ist zu verstehen, warum amerikanische Firmen heute mehr Wert auf präventive Maßnahmen legen. Gleichwohl gibt es noch immer einige wenige Firmen, deren Neigung, solche Schulungen durchzuführen, gering ist¹⁴.

Die Notwendigkeit präventiver Maßnahmen wird jetzt explizit vom 1993 von der EEOC vorgeschlagenen § 1609.2 der Guidelines über die Belästigung aufgrund von Rasse, Hautfarbe, Religion, Geschlecht, nationaler Abstammung, Alter oder Ge-
brechlichkeit statuiert¹⁵. Dort heißt es jetzt unter § 1609.2 (d):

»Prävention ist das beste Mittel für die Beseitigung der Belästigung. Ein Unternehmer sollte alle notwendigen Schritte ergreifen, um Belästigungen von vorneherein zu vermeiden, einschließlich einer expliziten Politik gegen Belästigung, bei der den Angestellten deutlich und regelmäßig mitgeteilt wird, welche Sanktionen im Falle einer Belästigung erfolgen; weiter sollen Methoden zur Sensibilisierung aller leitenden und nicht-leitenden Angestellten über Belästigungs-Belange entwickelt werden, und die Angestellten über ihre Möglichkeiten zu rechtlichen Maßnahmen nach Kapitel VII Civil Rights Act, nach dem Age Discrimination in Employment Act (ADEA, 29 U.S.C. 621 *et seq.*), the Americans with Disabilities Act (ADA, 42 U.S.C. 12101 *et seq.*) und dem Rehabilitation Act von 1973 (29 U.S.C. 701 *et seq.*) mitsamt den dazugehörigen Prozeduren informiert werden. Ein Arbeitgeber sollte ein effektives Beschwer-

¹² Washington DC Nov. 10, 1980, seit 1985 – ergänzt 1992 – modifiziert und zusammengefaßt in: 29 C.F.R. § 1604.11 (a) (1985/1992) (Hervorhebungen hinzugefügt); die deutsche Übersetzung dieser und der folgenden amerikanischen Dokumente durch die beiden Verfasser des Aufsatzes.

¹³ § 1604.11 (b) der Guideline (1992) legt folgendes fest: »In determining whether alleged conduct constitutes sexual harassment, the Commission will look at the record as a whole and at the totality of the circumstances, such as the nature of the sexual advances and the context in which the alleged incidents occurred. The determination of a particular action will be made from the facts, on a case by case basis.«

¹⁴ Vgl. Dortmunder Studie (Fn. 1), S. 419 (ohne Begründung).

¹⁵ Vgl. die Berechnungen in: Working Women 12/1988, zitiert nach: Dortmunder Studie (Fn. 1), S. 419: Für ein Unternehmen mit 24 000 Beschäftigten soll ein solches Trainingsprogramm rund 200 000 \$ kosten; bei einem solchen Unternehmen würde es etwa 6,7 Mio. \$ Entschädigungszahlungen kosten, wenn das Problem ignoriert würde.

¹⁶ Vgl. Sexual Harassment in the Federal Government: an update, Washington DC 1988, S. 46f., zitiert nach: Dortmunder Studie (Fn. 1), S. 420.

¹⁷ 58 Fed. Reg. 51266/51269 = 29 CFR Part 1609 (1993); Übersetzung durch die Verfasser dieses Artikels. Weitgehend wortgleich ist § 1604.11 (f) der Guidelines on Discrimination Because of Sex, 29 C.F.R. 1604.11 (1992).

2. Bisherige Auslegung durch Gerichte

a) Die *quid pro quo*-Fälle

1976 und 1977 wurde zum ersten Mal von amerikanischen Gerichten in den Fällen *Williams v. Saxbe* und *Barnes v. Castle*¹⁶ sexuelle Belästigung als Verletzung von Kapitel VII Civil Rights Act anerkannt. Beiden Verfahren lagen im wesentlichen gleiche Sachverhalts-Gestaltungen zugrunde und sie wiesen ähnliche Auslegungsprobleme auf.

In *Williams v. Saxbe* hatte die Klägerin berufliche Nachteile erlitten, da sie die sexuellen Avancen ihres Vorgesetzten zurückgewiesen hatte; und in *Barnes v. Castle* klagte eine Frau aus Kapitel VII, der gekündigt worden war, weil sie sich geweigert hatte, mit ihrem Vorgesetzten Geschlechtsverkehr zu haben. Im letztgenannten Fall wies die erste Instanz die Klage ab, obwohl es die Schilderungen der Frau als bewiesen ansah. Kapitel VII sei nicht einschlägig, da die Frau »nicht deshalb diskriminiert worden sei, weil sie eine Frau sei, sondern weil sie sich geweigert habe, mit ihrem Vorgesetzten eine sexuelle Beziehung zu unterhalten«. Die gleiche »begriffs-juristische« Argumentation, welche den Regelfall des Geschlechter-Diskriminierung von Frauen übersieht, erhob der Beklagtenvertreter vergeblich in *Williams v. Saxbe*; in *Barnes v. Castle* wies das Berufungsgericht – ebenso wie das erstinstanzliche Gericht im anderen Fall – diese Begründung zurück, weil die Klägerin nur wegen ihres Geschlechts Objekt des sexuellen Begehrns ihres Vorgesetzten geworden ist. Diese Argumentation ist nun von der Rechtsprechung einhellig anerkannt.

Ein anderer häufig vorgebrachter Einwand war, daß die Existenz eines gewissen »sexuellen Gesichtspunktes« am Arbeitsplatz im Umgang zwischen Männern und Frauen nicht zu verhindern sei. Da die sexuelle Attraktion – zumindest unterschwellig – häufig eine Rolle im Verhalten und bei Personalentscheidungen spielen könne, wurde befürchtet, daß bei einem völligen Verbot jeder sexuellen Belästigung als Diskriminierung jedes Flirtverhalten Anlaß zur Klage geben könne. Die schwierige Abgrenzungsfrage zwischen Flirt und im Beschäftigungsverhältnis zu tolerierender sexueller Attraktion einer- und sexueller Belästigung andererseits¹⁷ brauchte bei diesen *quid pro quo*-Fällen nicht entschieden zu werden, weil hier berufliche Vorteile für sexuelle Gefälligkeiten versprochen werden. Vorgesetzte, die ihre berufliche Position derart ausnutzen, können wegen dieses Verhaltens seit 1976/77 (wegen der gewandelten Rechtsprechung) – nach mehr als 10 Jahren seit Inkrafttreten von Kapitel VII Civil Rights Act – zur Rechenschaft gezogen und wegen sexueller Diskriminierung auf Schadensersatz verklagt werden. Während die *quid pro quo*-Fälle

¹⁶ *Williams v. Saxbe* 413 F. Supp. 654, 657f (D.D.C. 1976), rev'd sub nom. *Williams v. Bell* 587 F.2d 1240 (D.C.Cir. 1978) (on procedural grounds), on remand, *Williams v. Civiletti* 487 F. Supp. 1387 (D.D.C. 1980); *Barnes v. Castle*, 561 F.2d 983 (D.C.Cir. 1977). In zwei früheren Verfahren war geklärt worden, daß Diskriminierung wegen Schwangerschaft keine sexuelle Diskriminierung darstellt; siehe hierzu die Sonderregelung im *Pregnancy Discrimination Act* –, während Diskriminierung auf der Basis von Geschlecht und Elternschaft eine unzulässige Diskriminierung darstellt; vgl. *Estrich* (Fn. 3), S. 817 mit Nachweisen.

¹⁷ Vgl. hierzu *Muller v. Bank of America*, 418 F. Supp. 233, 236 (N. D. Cal. 1976), rev'd 600 F.2d 211 (9th Cir. 1979).

heute kaum noch rechtliche Probleme aufweisen¹⁸, stellen sich zahlreiche Fragen bei einer zweiten Gruppe, der feindseligen Arbeitsatmosphäre.

b) Fälle der feindseligen Arbeitsatmosphäre

1986 entschied der US *Supreme Court* in *Meritor Savings Bank v. Vinson*¹⁹ seinen ersten Fall zur sexuellen Belästigung. Darin wurde nicht nur höchstrichterlich anerkannt, daß sexuelle Belästigung eine Form der sexuellen Diskriminierung darstellt, sondern zugleich stellte das Gericht – insoweit in Übereinstimmung mit den EEOC-Guidelines von 1980/85 – fest, daß – über die *quid pro quo*-Fälle hinausgehend – auch eine feindselige Arbeitsatmosphäre (»offensive or hostile working environment«) eine ersatzpflichtige sexuelle Diskriminierung darstellt.

Diesem Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Klägerin *Mechelle Vinson* arbeitete 4 Jahre bei einer Bank und wurde während dieser Zeit – allein wegen ihrer beruflichen Verdienste, wie das Gericht feststellte – mehrfach befördert (vom teller-trainee zum assistant branch manager). Sie beschuldigte ihren ehemaligen Vorgesetzten *Taylor*, sie während dieser Zeit fortlaufend sexuell belästigt zu haben. Kurz nach ihrer Einstellung sei sie von ihm zum Abendessen eingeladen worden und er habe sie dabei aufgefordert, anschließend in einem Motel Sex zu haben. Sie weigerte sich zunächst, willigte aber schließlich aus der Angst ein, sonst ihren Job zu verlieren. In den folgenden Jahren habe *Taylor* sie wiederholt zu Sex aufgefordert; sie hatten nach Schätzung der Klägerin insgesamt 40 bis 50 mal Geschlechtsverkehr. Zusätzlich habe *Taylor* sie vor anderen Angestellten unsittlich berührt, sei ihr zur Toilette gefolgt, um sich dort vor ihr zu entblößen, und er habe sie einige Male vergewaltigt. *Taylor* bestritt sämtliche Vorkommnisse.

Für den *District Court* hatte aus zwei Gründen keine sexuelle Diskriminierung vorgelegen²⁰: Einmal sei die Klägerin die sexuelle Beziehung *freiwillig* eingegangen und diese habe zum anderen keine Auswirkung auf ihr berufliches Fortkommen gehabt. Das Insistieren des *District Court* auf einem »nexus« zwischen behaupteter sexueller Belästigung und berufsbezogenen Entscheidungen, welches der damaligen Auffassung einiger anderer Gerichte entsprach, zog zu enge Grenzen für die Schadensersatzklage wegen sexueller Belästigung²¹.

Der *Court of Appeals for the District of Columbia* änderte das Urteil ab und entschied, daß eine Ersatzklage aufgrund von Kapitel VII Civil Rights Act neben den *quid pro quo*-Fällen auch auf der feindseligen Arbeitsatmosphäre beruhen könne, die hier zu bejahen sei²². Hierdurch wurden die Klagemöglichkeiten wegen sexueller Belästigung erheblich erweitert. Die Argumentation des *District Courts* mit Freiwilligkeit, die auf »provokative Kleidung und provokatives Sprechen« der Klägerin abzustellen scheint, darf nach dem Berufungsgericht hier keine Rolle spielen angesichts des Druckes, den ihr Vorgesetzter auf sie zur Fortführung der sexuellen Belästigungen ausgeübt hatte. Auch das weitere Argument des *District Court*, daß ein Unternehmen, welches das belästigende Verhalten des Vorgesetzten nicht kennt und das eine aktive Unternehmenspolitik gegen sexuelle Belästigung betreibt, nicht ersatzpflichtig sein könne, wurde vom Berufungsgericht verworfen, weil hier – wie bei allen anderen Kapitel VII-Fällen – *strict liability* gelte.

¹⁸ *Estrich* (Fn. 3), S. 834–839 weist jedoch nach, daß es keine genauen Abgrenzungskriterien zwischen beiden Gruppen gibt, daß vielmehr ein flüssiger Übergang besteht, der zu einigen Zweifelsfragen führt.

¹⁹ *Meritor Savings Bank v. Vinson* 477 U.S. 57 (1986).

²⁰ 23 FEP Cases 37, 38–39 (DC 1980), auszugsweise zitiert in: 477 U.S. 57/61 (1986).

²¹ Ebenso *Estrich* (Fn. 3), S. 824.

²² 753 F.2d 141 (1985).

Dem ist der *Supreme Court* (unter Chief Justice *Rehnquist*) weitgehend gefolgt. Unter Berufung auf die EEOC-Guidelines, einige Präzedenzfälle und einige aktuelle Entscheidungen von Berufungsgerichten entschied das Gericht, daß die Belästigung wegen feindseliger Arbeitsatmosphäre ebenso wie die *quid pro quo*-Fälle Kapitel VII des Civil Rights Act verletzen könne²³. Allerdings fügte das Gericht drei entscheidende Vorbehalte hinzu: Erstens muß die sexuelle Belästigung so schwerwiegend oder durchdringend sein, daß die Beschäftigungsbedingungen des Opfers verändert werden und eine mißbräuchliche Arbeitsatmosphäre geschaffen wird²⁴. Zweitens, der Ausschließungsgrund der Freiwilligkeit wird aufgegeben zugunsten des Erfordernisses, daß die Belästigung *unwillkommen* ist; hierfür sei – im Gegensatz zur Meinung des Berufungsgerichts – sexuell provokatives Sprechen oder Kleiden von hoher Relevanz, weil dies darauf hindeuten könnte, daß die sexuelle Belästigung willkommen sei²⁵. Drittens, im Gegensatz zu den übrigen Kapitel VII-Fällen gilt hier – nach Auffassung der Mehrheit von fünf Richtern – keine *strict liability*: wenn das Unternehmen keine Kenntnis von der sexuellen Belästigung habe und obendrein eine aktive Politik zur Vermeidung sexueller Belästigung betreibe, könne es nicht ohne weiteres für das Verhalten eines seiner Vorgesetzten haftbar gemacht werden²⁶ – erforderlich ist demnach eine Einzelfallbetrachtung; bezüglich des letztgenannten Punktes waren vier Richter der Meinung, daß das Unternehmen auch in einem solchen Falle haften müsse²⁷.

Während das Abstellen auf psychologische Momente und der Übergang vom problematischen Ausschließungsgrund der Freiwilligkeit – ist angesichts des hohen männlichen Drucks und des Arbeitsplatzrisikos noch ein freiwilliges Verhalten der Frau anzunehmen? – zum Erfordernis des Unwillkommenen als ein Sieg für die Rechte der Frauen gewertet werden kann, ist die Präzisierung des zweiten Vorbehalts (provokantes Sprechen und Kleiden) problematisch, weil er Frauen das Recht abspricht, sich so zu kleiden, wie sie es wünschen²⁸.

Die weite Interpretation der sexuellen Beeinträchtigung, die – zu Recht – auch psychologische Beeinträchtigungen einschloß, blieb nicht ohne Auslegungsprobleme. Zwei weitere Gerichtsentscheidungen zeigen dies exemplarisch.

In *Rabidue v. Osceola Refining Co.*²⁹ wies das Berufungsgericht eine Klage wegen sexueller Belästigung zurück, da die Klägerin nicht beweisen konnte, daß sie durch die Belästigungen ernsthaft in ihrem psychologischen Wohlbefinden beeinträchtigt worden ist. Während die EEOC-Richtlinie eine Belästigung dann als gegeben ansieht, wenn das Verhalten die Arbeitsleistung beeinträchtigt *oder* eine feindselige Arbeitsatmosphäre schafft, verband das Gericht beide Erfordernisse kumulativ, wobei die feindselige Arbeitsatmosphäre nur dann bejaht werden könne, wenn nachgewiesen werde, daß sich das beanstandete Verhalten in einer ernsthaften Schädigung des psychologischen Wohlbefindens der belästigten Person niederschlage. Das Gericht verlangte hierfür einen doppelten Prüfungsmaßstab: einmal den objektiven einer *reasonable person* und zum anderen den subjektiven der konkreten Belästigung

23 *Meritor* (Fn. 19), S. 66. Zur Begründung fügte es hinzu: Die Sprache des Kapitel VII Civil Rights Act sei nicht auf wirtschaftliche oder spürbare Diskriminierungen beschränkt, auch bloß psychologische Diskriminierungen („das gesamte Spektrum der unterschiedlichen Behandlung von Männern und Frauen“) seien erfaßt (ebda., S. 64).

24 *Meritor* (Fn. 19), S. 67 (vgl. auch *Rogers v. EEOC* 454 F.2d 234, 238 [CA 1971]): „mere utterance of an ethnic or racial epithet which engenders offensive feelings in an employee would not affect the conditions of employment to a sufficiently significant degree to violate Title VII.“

25 *Meritor* (Fn. 19), S. 68 f.

26 *Meritor* (Fn. 19), S. 69–72.

27 *Meritor* (Fn. 19), concurring opinion of Justice Marshall, Brennan, Blackmun und Stevens, S. 74–77.

28 Vgl. *Estrich* (Fn. 3), S. 828 f.

29 *Rabidue v. Osceola Refining Co.*, 805 F.2d 611 (6th Cir. 1986).

der Klägerin³⁰. Für die Feststellung, ob tatsächlich eine feindselige Arbeitsatmosphäre geschaffen worden ist, wäre demnach zu prüfen: unwillkommene sexuelle Belästigungen, die sich – im Gegensatz zu *quid pro quo*-Fällen, welche aus einem einzigen Vorfall bestehen könnten – durch Häufigkeit und Schwere auszeichnen müssen und die bei einer *reasonable person* in gleicher Umwelt unter gleichen Bedingungen und zusätzlich bei der Klägerin zu einer erheblichen Beeinträchtigung der individuellen Arbeitsleistung *und* einer ernsthaften Schädigung des psychologischen Wohlbefindens führen müssen.

Damit wurden zu hohe Anforderungen an die Schadensersatzklage aus Kapitel VII Civil Rights Act gestellt. Mit guten Gründen hatten die EEOC-Guidelines alternativ auf das Beeinträchtigen der individuellen Arbeitsleistung oder auf die feindselige Arbeitsatmosphäre abgestellt. Die Kumulation in *Rabidue* ist problematisch. Wenn eine Frau nach einer sexuellen Belästigung, die zu einem Brüder-Nervenzusammenbruch geführt hat, gleichwohl »mit zusammengebissenen Zähnen« zehn Tage lang ihr reguläres Arbeitspensum schafft, würde sie nach *Rabidue* keinen Schadensersatz erhalten können³¹. Die glaubhaft zu machenden psychologischen Auswirkungen sollten letztlich allein entscheidend sein, ohne daß auf dem – schwer führbaren – Nachweis der ernsthaften Schädigung des psychologischen Wohlbefindens der Klägerin bestanden wird, sofern nur genügend glaubhaft gemacht wird, daß die Arbeitsatmosphäre tatsächlich feindselig oder mißbräuchlich ist. Gerade *Rabidue* zeigt, daß der Prüfungsmaßstab der *reasonable person* (anstelle der *reasonable woman*) insofern nicht ganz unproblematisch ist, als er hier dazu diente, (durch ein männlich besetztes Gericht) eine chauvinistisch-männliche Perspektive zugrundezulegen, durch welche die sehr vulgär-sexistische Arbeitsatmosphäre dieses Betriebes als für Frauen harmlos abgetan wurde³².

Anders entschied der *Ninth Circuit Court* in der Berufungsentscheidung *Ellison v. Brady*³³. Hier wurde die Klägerin durch bizarre, sehr persönliche und sexistische Liebesbriefe eines ihr unbekannten Arbeitskollegen, der sie scheinbar dauernd beobachtete, ständig belästigt. Zunächst wiederholte das Gericht den dreifachen Test seit *Meritor*, nach der die Klägerin zur Darlegung der feindseligen Arbeitsatmosphäre zeigen muß³⁴:

1. daß sie Objekt sexueller Avancen wurde, daß sexuelle Handlungen von ihr verlangt werden oder daß sie in anderer Form verbales oder physisches sexuelles Verhalten zu dulden hatte,
2. daß dieses Verhalten unwillkommen war und
3. daß dieses Verhalten so schwerwiegend oder durchdringend ist, daß die Arbeitsbedingungen dadurch verändert werden und für das Opfer eine mißbräuchliche Arbeitsatmosphäre entsteht.

³⁰ *Rabidue* (Fn. 29), S. 620.

³¹ So auch die Entscheidung in *Staton v. Marion County*, 868 F.2d 996, 998 (8th Cir. 1989). Vgl. die berechtigte Kritik bei *Estrich* (Fn. 3), S. 846.

³² Vgl. die berechtigte Kritik bei *Jolynn Chulders, Is there a Place for a Reasonable Woman in the Law?*, Duke Law Journal 42 (1993), 854 (879).

Vgl. auch die beiden folgenden Zitate aus *Rabidue* (Fn. 29), S. 620/622: »Indeed, it cannot seriously be disputed that in some work environments, humor and language are rough hewn and vulgar. Sexual jokes, sexual conversations and girlie magazines may abound. Title VII was not meant to – or can – change this... The evidence did not demonstrate that this single employee's vulgarity substantially affected the totality of the workplace. The sexually oriented poster displays had a *de minimis* effect on the plaintiff's work environment when considered in the context of a society that condones and publicly features and commercially exploits open displays of written and pictorial erotica at the newsstands.« Eine Beurteilung aus der Sicht einer *reasonable woman* wäre vermutlich zu einem anderen Ergebnis gelangt; vgl. auch die dissenting opinion zu *Rabidue* von *Keuh* (Fn. 29), S. 623 f.

³³ *Ellison v. Brady*, 924 F.2d 872 (9th Cir. 1991).

³⁴ *Ellison* (Fn. 33), S. 875 f.

Unter ausdrücklicher Ablehnung des *Rabidue*-Testes stellte der *Ninth Circuit Court* fest, daß nicht erst abgewartet werden müßte, bis die Arbeitsatmosphäre völlig vergiftet ist oder bis die Klägerin psychiatrische Hilfe brauche; denn den Gesetzen und den EEOC-Richtlinien lasse sich entnehmen, daß der Schutz lange vorher einzette³⁵. Der Nachweis einer ernsthaften Schädigung des psychologischen Wohlbefindens wurde daher für nicht erforderlich gehalten; an seine Stelle tritt das Glaubhaftmachen der Schwere oder Häufigkeit des belästigenden Verhaltens. Und da für die sexuelle Belästigung – ähnlich wie für die rassische Diskriminierung – die Opferperspektive entscheidend sei, müsse auf die Beurteilung der *reasonable woman* und die der Klägerin abgestellt werden³⁶. Die Betrachtung anhand einer *reasonable person* laufe Gefahr, die unterschiedlichen Wahrnehmungen von Männern und Frauen zu vernachlässigen, die gerade im sensiblen Bereich sexueller Belästigungen zu verschiedenen Beurteilungen führen könnten. Dies zeigt gerade dieser Fall: Während für den männlichen Briefeschreiber es nur um den harmlosen Versuch einer Werbung ging, reagierte die Klägerin mit Angst und Bestürzung auf die bizarren Liebesbriefe eines ihr praktisch unbekannten Mannes. Da diese Reaktion aus der Sicht einer *reasonable woman* vernünftig und nachvollziehbar war, bejahte das Gericht das Verändern der Arbeitsbedingungen und das Schaffen einer feindseligen Arbeitsatmosphäre. Der Schadensersatzanspruch wegen sexueller Belästigung war daher begründet.

3. Bedeutung des Urteils *Harris v. Forklift Systems*

*Harris v. Forklift Systems*³⁷ ist der zweite Fall sexueller Belästigung, der vom *US-Supreme Court* zu entscheiden war. *Teresa Harris* hatte vorgetragen, während ihrer Anstellung als Managerin bei Forklift Systems vom Präsidenten der Firma, *Charles Hardy*, sexuell belästigt worden zu sein durch ungewollte sexuelle Andeutungen, Beleidigungen und Avancen. Angesichts der unterschiedlichen Beurteilungsmaßstäbe in *Rabidue* und *Ellison* ging es darum, höchstrichterlich zu klären, welche Voraussetzungen für das Bejahen einer sexuellen Belästigung durch eine feindselige Arbeitsatmosphäre erforderlich sind, konkret: etwa ob – wie in *Rabidue* angenommen – eine Frau in Männer-dominierten Berufen sich (ohne Gegenwehr) an die vulgär-sexistische Sprache gewöhnen muß oder ob sie sich wegen sexueller Belästigung dagegen wehren kann.

Der erinstanzliche *District Court*³⁸ hatte – trotz der Feststellung, daß es sich bei diesem Arbeitgeber um einen »vulgären und unsensiblen Mann« handele, der es liebe, Frauen zu erniedrigen – die Klage abgelehnt, weil *Hardy's* Belästigung »nicht so schwer ist, um ernsthaft ihr psychologisches Wohlbefinden zu berühren«; im übrigen sei die Arbeitsleistung der Klägerin nicht beeinträchtigt worden, und es sei ihr keine wahre psychologische »Verletzung« zugefügt worden. Das zweinstanzliche Gericht hatte die Berufung abgelehnt, ohne eine *opinion* zu schreiben; daher wandte die Klägerin sich an den *Supreme Court*. Dutzende von Frauenrechtsgruppen, unterstützt von der *Clinton*-Administration, hatten daraufhin argumentiert, daß ein niedrigerer Schwellenwert für sexuelle Belästigungen gesetzt werden müsse;

35 *Ellison* (Fn. 33), S. 878.

36 *Ellison* (Fn. 33), S. 878–880.

37 *Harris v. Forklift Systems*, wie Fn. 6, deutsch im Anhang abgedruckt.

38 US District Court for the Middle District of Tennessee, Nashville Division 28. Nov. 1990 (transcript); vgl. auch: *D. Savage*, San Francisco Chronicle 12. Okt. 1993, A 4.

es müsse ausreichen, wenn die sexuellen Bemerkungen des Arbeitgebers »genügend schwer oder schwerwiegend sind, um die Fähigkeit einer *reasonable person* zu beeinträchtigen, ihren Job auszuüben«³⁹.

Das Gericht folgte mit seinem einstimmigen (von O'Connor vorgetragenen) Urteil einer weiten Definition von *sexual harassment*, die sich weitgehend an *Ellison* anlehnt: Kapitel VII Civil Rights Act könne angewendet werden, bevor es zu einem Nervenzusammenbruch komme, denn der Nachweis einer ernsthaften Beeinträchtigung des psychologischen Wohlergehens oder einer psychologischen Verletzung (oder eines sonstigen *tangible effects*) sei kein konstitutives Element dieser Ersatzklage, sondern nur ein Indiz, welches auch durch andere ersetzt werden könne. So reiche es z. B. auch, wenn die Klägerin entmutigt werde, ihre Arbeit fortzuführen oder ihre Karriere zu planen. Weiterhin sei es nicht erforderlich – was bisher erst für rassenbedingte Diskriminierungen von der Rechtsprechung anerkannt worden war⁴⁰ –, daß die Arbeitsleistung unter der Belästigung gelitten habe. Entscheidend ist demnach – im Anschluß an *Meritor*⁴¹ – nur, ob der Arbeitsplatz ausreichend schwer von »diskriminierender Einschüchterung, Spott und Belästigung« durchdrungen ist, um die Arbeitsbedingungen des Opfers zu verändern und eine mißbräuchliche oder feindselige Arbeitsatmosphäre zu schaffen. Es gilt ein doppelter Beurteilungsmaßstab: Objektiv muß eine *reasonable person* die Arbeitsatmosphäre feindselig oder mißbräuchlich empfinden, und die Klägerin muß auch subjektiv dies empfinden. Erforderlich ist demnach eine *Fall-zu-Fall-Beurteilung*, die u. a. auf folgende Punkte abstellen sollte:

- die Häufigkeit und Schwere des diskriminierenden Verhaltens,
- die Frage, ob es physisch bedrohlich oder erniedrigend einer- oder lediglich beleidigend andererseits ist,
- die Frage, ob es unverhältnismäßig die Arbeitsleistung der Klägerin beeinträchtigt,
- die Frage von psychologischen Verletzungen.

Das Urteil läßt sich einerseits als ein Sieg für das sexuelle Selbstbestimmungsrecht von Frauen verstehen, da den restriktiven Interpretationen einzelner Bundesgerichte Einhalt geboten worden ist. Andererseits muß man hinzufügen, daß – wie Richter *Scalia* es in seiner *concurring opinion* getan hat – die Gerichte weitgehend ohne eine Anleitung bleiben, wie sie in Zukunft entscheiden sollen, ob durch sexuelle Belästigung eine feindselige Arbeitsatmosphäre geschaffen worden ist. Klar ist nur, daß die restriktive Interpretation des *Rabidue*-Gerichts keine Anwendung mehr finden wird⁴². Man kann auch sagen, daß die in *Meritor* angedeutete Möglichkeit, provokative Kleidung oder provokatives Sprechen seien von hoher Relevanz, implizit aufgegeben worden ist, um stärker abzustellen einmal auf das belästigende Verhalten als solches – anstatt auf das (sexuelle) Vor-Verhalten des Opfers (provokatives Kleiden oder Sprechen, sexuelles Vorleben) – und zum anderen auf die Auswirkungen dieses Verhaltens beim Opfer. Abgestellt wird zwar auf die *reasonable person* (an-

³⁹ Vgl. *D. Savage* (Fn. 38).

⁴⁰ Vgl. *Davis v. Monsanto Chemical Co.*, 858 F.2d 345 (6th Cir. 1988). Im Verfahren *Harris v. Forklift Systems* hatte Richterin *Ginsburg* während des mündlichen Verfahrens die – berechtigte – These aufgestellt, daß die sexuelle mit der rassischen Diskriminierung gleichbehandelt werden müsse, was auf den Widerstand von Richter *Scalia* stieß (vgl. *D. Savage*, *San Francisco Chronicle* vom 14. 10. 1993, A 1 und A 13); daher hat Richterin *Ginsburg* diese Frage in ihrer *concurring opinion* vorsichtiger formuliert als während der mündlichen Verhandlung.

⁴¹ *Meritor* (Fn. 19), S. 65/67.

⁴² In der Praxis sind die Auswirkungen dieses Urteils möglicherweise begrenzt: Die meisten Frauen, die Opfer einer sexuellen Belästigung geworden sind und dies gerichtlich anklagen, können den Beweis einer Beeinträchtigung ihres psychologischen Wohlbefindens erbringen; vgl. *D. Einstein*, *San Francisco Chronicle* vom 10. 11. 1993, A 3.

stelle der *reasonable woman*), aber durch die Bezugnahme des Gerichtes auf die EEOC-Guidelines von 1992/93 läßt sich implizit entnehmen, daß mit der *reasonable person* Personen unter Einschluß der betroffenen Opfer-Gruppe – hier: der Frauen – gemeint sind⁴³.

B. Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in Deutschland

1. Rechtliche Grundlagen

a) Übersicht über bestehende gesetzliche Normen

Die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz war bislang nicht ausdrücklich im deutschen Recht geregelt; eine Änderung ergab sich erst durch das im September 1994 inkraftgetretene Beschäftigtenschutzgesetz (BeschSG)⁴⁴. Abgesehen von den strafrechtlichen Normen – Verbot der sexuellen Nötigung und Vergewaltigung (§§ 177, 178 StGB), der Körperverletzung (§§ 223, 223 a StGB), der Sexualbeleidigung (§ 185 StGB) und des sexuellen Mißbrauchs von Schutzbefohlenen (§ 174 StGB) –, die bisher fast allein im Zentrum der Rechtsprechung standen⁴⁵, sind noch die arbeitsrechtlichen Normen über Kündigungen (insbesondere das Recht zur fristlosen oder fristgemäßen Kündigung wegen sexueller Belästigung)⁴⁶ sowie die beamtenrechtlichen Vorschriften (Disziplinarrecht), die ebenfalls die Rechtsprechung beschäftigt haben⁴⁷, zu nennen⁴⁸. Nur ausnahmsweise werden Lohn- und Schadensersatzansprüche geltend gemacht; das bedeutet, daß es bisher keine gerichtliche Auseinandersetzung gegeben hat, in der eine Frau ihren arbeitsrechtlichen Schutz während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses eingeklagt hat (z. B. Entfernung eines Belästigers oder eines sexistischen Plakates)⁴⁹.

⁴³ So heißt es im 1993 vorgeschlagenen § 1609.1 (c) der Guidelines on Harassment Based on Race ... (in: 58 Fed. Reg. 51266/51269): »The standard for determining whether verbal or physical conduct relating to race ... gender ... is sufficiently severe or pervasive to create a hostile or abusive work environment is whether a reasonable person in the same or similar circumstances would find the conduct intimidating, hostile, or abusive. The reasonable person standard includes consideration of the perspective of persons of the alleged victim's race ... gender ... It is not necessary to make an additional showing of psychological harm.«

⁴⁴ Art. 10 des 2. Gleichberechtigungsgesetzes vom 21.4.1994, BGBl. I 1994, 1406 (und BR-Drs. 325/94, S. 9 f.); vgl. hierzu A. Mittmann NJW 1994, 3048 (3050) und Worzalla NZA 1994, 1016.

Zu einem kurzen Vergleich der Rechtsschutzmöglichkeiten in den EU-Staaten vgl. European Parliament, Measures to Combat Sexual Harassment at the Workplace, Woman Rights Series W-2, Doc. EN/DV/245/245696, Luxemburg 1994 (erhältlich bei: D. G. for Research, L-2929 Luxemburg, fax: 00352-434071) sowie Gerlind Wisskirchen, Mittelbare Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben (Schriften zum Sozial- u. Arbeitsrecht Band 129), Berlin (Duncker & Humblot) 1994.

⁴⁵ Vgl. die Übersicht über strafrechtliche Urteile bei Sibylle Plogstedt/Barbara Degen, Nein heißt nein! DGB-Ratgeber gegen sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, München/Zürich (Piper) 1992, S. 106–110; vgl. auch die Dortmunder Studie (Fn. 1), S. 323 ff.

⁴⁶ Vgl. hierzu insbesondere den Beschuß des BAG vom 9.1.1986, Der Betrieb 1986, 1339, in dem die fristlose Kündigung eines schwerbehinderten Betriebsratsvorsitzenden (§§ 242, 626 BGB, § 103 BetrVG) für rechtens erklärt wurde, da dieser verschiedene weibliche Angestellte, auch Auszubildende, sexuell belästigt hatte.

⁴⁷ Vgl. die Urteils-Übersicht bei Plogstedt/Degen (Fn. 45), S. 95–106 sowie die Dortmunder Studie (Fn. 1), S. 351 ff.

⁴⁸ Zu sonstigen Normen des Betriebsverfassungs-, Gewerbe- und Sozialrechts vgl. die Dortmunder Studie (Fn. 1), S. 354 f.

⁴⁹ Vgl. Dortmunder Studie (Fn. 1), S. 375.

b) §§ 618 III, 611 a BGB und andere Schadensersatznormen

Im Gegensatz zu den USA sind die Möglichkeiten eines Schadensersatzanspruches in Deutschland gering, da bis vor kurzem eine spezifische Regelung fehlte. Vor allem die §§ 618 III und 611 a BGB sind bisher als mögliche Anspruchsgrundlagen für Schadensersatzansprüche genannt worden.

§ 618 I BGB verpflichtet den Arbeitgeber, die Arbeitnehmer gegen »Gefahren für Leben und Gesundheit« zu schützen; hierzu kann man auch die Verpflichtung rechnen, die »guten Sitten und den Anstand« aufrecht zu erhalten⁵⁰. Kommt der Arbeitgeber seiner Schutzpflicht nicht nach, würde er sich nach § 618 III BGB schadensersatzpflichtig machen. Die Zielrichtung des § 618 BGB ist scheinbar eine etwas andere als die des Kapitel VII Civil Rights Act; zumindest ist § 618 BGB bisher noch nicht auf sexuelle Belästigungen am Arbeitsplatz angewandt worden.

§ 611 a BGB, der geschaffen wurde, um sowohl Art. 3 GG als auch die Gleichbehandlungs-Richtlinie der EU⁵¹ umzusetzen, verbietet geschlechtsbezogene Benachteiligungen bei Begründung des Arbeitsverhältnisses, beim beruflichen Aufstieg, bei arbeitsrechtlichen Weisungen oder Kündigungen. Trägt eine Frau glaubhaft Tatsachen vor, die eine solche geschlechtsbezogene Diskriminierung vermuten lassen, wird der Arbeitgeber schadensersatzpflichtig, wenn er nicht sachliche Gründe für die unterschiedliche Behandlung nachweisen kann. Es ist jedoch fraglich, ob diese Regelung auf sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz angewendet werden kann; falls überhaupt, sind nur einige wenige Fallkonstellationen erfaßt⁵². Sofern eine Fallkonstellation hiervon erfaßt wird, hat § 611 a II BGB bisher *nur den Ersatz des negativen Interesses* erlaubt, was ihm die Charakterisierung als »Porto-Paragraphen« eingehandelt hat⁵³. Auch der EuGH hat 1984 festgestellt, daß die schwache Sanktion des § 611 a II BGB nicht den Erfordernissen der Richtlinie 76/207/EWG entspricht⁵⁴; eine richtlinien-konforme Auslegung des § 611 a BGB ergibt, daß er konkurrierende allgemeine Schadensersatzansprüche, etwa Ansprüche wegen Verletzung des Persönlichkeitssrechts nach § 823 I BGB oder wegen Verletzung von Schutznormen nach § 823 II BGB, nicht ausschließt⁵⁵; die gleiche Notwendigkeit ergibt sich wohl auch aus Art. 3 II GG⁵⁶. Die zum September 1994 inkraftgetretene Neufassung des § 611 a II BGB⁵⁷ erlaubt nun eine angemessene Entschädigung in Höhe von höchstens 3 Monatsverdiensten. Im Gegensatz zum amerikanischen Recht kann das positive Interesse aber nicht verlangt werden.

Nach unserer Auffassung ist allein § 823 II BGB in Verb. mit § 2 I BeschSG, welcher eine Pflicht des Arbeitgebers begründet, auch präventiv die Beschäftigten vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz zu schützen, eine erfolgversprechende Anspruchsgrundlage für Schadensersatz wegen sexueller Belästigung am Arbeitsplatz. Hier nach müssen die materiellen Schäden, die auf die sexuelle Belästigung zurückzuführen sind (Behandlungs- und Therapiekosten, Rechtsverteidigungs-Kosten, Verdienstausfall, Bewerbungskosten für neue Stelle) sowie u. U. Schmerzensgeld (§ 847

⁵⁰ Vgl. Lorenz in: Münchener Kommentar BGB 2. Aufl. 1988, § 618 BGB Rdnr. 2.

⁵¹ Richtlinie 76/207/EWG vom 9.2.1976, ABl. L 39/40 und in: Birk Hrsg., Europäisches Arbeitsrecht, München 1990, S. 212.

⁵² Die Dortmunder Studie (Fn. 1), S. 356f. und Bertelsmann, in: Arbeitsrecht im Betrieb 1987, 123 ff. nennen vier Fallkonstellationen einer solchen von § 611 a BGB möglicherweise erfaßten Geschlechtsdiskriminierung.

⁵³ Vgl. Zuleeg, Gleicher Zugang von Männern und Frauen zur beruflichen Tätigkeit, RdA 1984, 325 (327).

⁵⁴ EuGH RdA 1984, 252 und dazu: Richardi, in: Staudinger, BGB 12. Aufl. 1993, § 611 a Rdnr. 64.

⁵⁵ Vgl. Richardi (Fn. 54), Rdnr. 68.

⁵⁶ Vgl. den Beschluß des BVerfG vom 16.11.1993, NZA 1994, 745.

⁵⁷ Art. 7 des 2. Gleichberechtigungsgesetzes (Fn. 44).

BGB) gezahlt werden⁵⁸; auch hier bleibt der Schadensersatz erheblich geringer als im amerikanischen Recht⁵⁹. Eine andere Möglichkeit ist, den Schadensersatzanspruch auf § 823 I BGB wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes (Art. 2 I in Verb. mit Art. 1 I GG), der neben der informationellen auch die sexuelle Selbstbestimmung erfaßt, zu stützen.

163

c) Das Beschäftigtenschutzgesetz (BeschSG)⁶⁰

Ziel des Gesetzes ist die Wahrung der Würde von Frauen und Männern durch den Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz (§ 1 I), wobei das Gesetz alle in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst Beschäftigten erfaßt (§ 1 II). § 2 I BeschSG formuliert die Pflicht des Arbeitgebers, die Beschäftigten vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz – vor allem durch vorbeugende Maßnahmen – zu schützen. Die Definition der sexuellen Belästigung in § 2 II umfaßt »jedes vorsätzliche, sexuell bestimmte Verhalten, das die Würde von Beschäftigten am Arbeitsplatz verletzt«. Hierzu gehören alle Verhaltensweisen, die bisher schon vom Strafrecht (etwa der sexuellen Nötigung) erfaßt waren, sowie alle »sexuell bestimmten körperlichen Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie das Zeigen und sichtbare Anbringen von pornographischen Darstellungen, die von den Betroffenen erkennbar abgelehnt werden«. Diese Regelung gilt unabhängig davon, ob die Belästigung durch Kollegen, Vorgesetzte oder sogar durch Dritte erfolgt, die sich nur vorübergehend an der Dienststelle, etwa für eine Besprechung, aufhalten⁶¹. Den Belästigten steht nach § 3 I ein Beschwerderecht zu, woraufhin der Arbeitgeber »geeignete Maßnahmen« zu treffen hat, um die Fortsetzung der Belästigung zu unterbinden (§ 3 II). Dazu kann die »Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung« gehören (§ 4 I). Werden keine geeigneten Maßnahmen getroffen, so hat der belästigte Beschäftigte nach § 4 II – soweit zu seinem Schutz erforderlich – das Recht, ohne Verlust des Arbeitsentgeltes die Tätigkeit einzustellen. Nach § 4 III darf die Ausübung dieser Rechte nicht Anlaß zu einer Benachteiligung durch den Arbeitgeber sein.

2. Wertender Vergleich des BeschSG mit US-Recht

Ein wertender Vergleich des BeschSG mit dem amerikanischen Recht ergibt folgende Kritikpunkte:

Die Pflicht zu präventiven Maßnahmen nach § 2 I entspricht weitgehend den Regelungen in § 1609.2 (d) bzw. § 1604.11 (f) der EEOC-Guidelines, wobei die EEOC-Guidelines allerdings sehr viel präziser sind. Denn es bleibt letztlich im BeschSG unklar, zu welchen präventiven Maßnahmen der Arbeitgeber (außer dem Angebot zu Fortbildungsmaßnahmen, § 5) verpflichtet sein soll.

Die Definition der sexuellen Belästigung in § 2 II benutzt vor allem das Kriterium des *erkennbar abgelehnten* Verhaltens, welches teilweise dem amerikanischen Erfor-

58 Vgl. Dortmunder Studie (Fn. 1), S. 358 f. mit Nachw. und die Berechnung der Schadensatzhöhe bei Hohmann (Fn. 3), S. 169.

59 *Punitive damages* werden nicht anerkannt im deutschen Recht; auch das Schmerzensgeld ist bedeutend geringer – nur etwa ein Monatsgehalt, vgl. BAG Der Betrieb 1989, 2279.

60 Nachweis (Fn. 44).

61 Vgl. die Gesetzesbegründung in: BT-Drs. 12/5468, S. 46.

dernis des *unwillkommenen* Verhaltens entspricht. Durch die Qualifizierung *erkennbar abgelehnt* werden allerdings u. U. höhere Anforderungen gestellt, so zeigte sich an den *quid pro quo*-Fällen in den USA, daß die sexuelle Belästigung oft unter Ausnutzung einer Vorgesetztenposition geschieht, bei der die Frau aus Angst vor Arbeitsplatzverlust sexuelle Handlungen erduldet und aus Angst und Scham schweigt. Dies war der entscheidende Grund dafür, auf das *unerwünschte* Verhalten (anstatt auf den Ausschließungsgrund des freiwilligen Verhaltens) abzustellen. Ein gleiches Problem könnte sich nun in Deutschland mit dem *erkennbar abgelehnten* Verhalten stellen: Wenn sich die Klägerin aus Angst auf den Handel der beruflichen Vorteile gegen sexuelle Gefälligkeiten einläßt, könnte der Belästiger vortragen, daß für ihn die (unterschwellige) Ablehnung nicht mehr erkennbar war. Es bietet sich daher an, das »*erkennbar abgelehnte*« Verhalten durch das *unerwünschte* Verhalten zu ersetzen.

Weiterhin fällt auf, daß allein auf die Opfer-Perspektive (ohne das Korrektiv einer *reasonable person*) abgestellt wird. Darin könnte man einen Vorteil sehen, wenn man davon ausgeht, daß durch die *reasonable person* allein eine männlich-chauvinistische Interpretation zugrundegelegt wird⁶². Allerdings hat gerade *Ellison* gezeigt, daß selbst ein männlich besetztes Gericht zu einer vernünftigen Interpretation der *reasonable woman* in der Lage war. Um Beurteilungen durch hyper-sensible Frauen auszuschließen, wird man möglicherweise das Korrektiv einer *reasonable woman* brauchen⁶³.

Die Definition ist insofern weiter, als auch das Verhalten von Dritten, die zu einer Besprechung kommen, einbezogen wird, während die EEOC-Richtlinien nur auf das Verhalten von leitenden Angestellten abstellen (und auf das Verhalten von Kollegen und Nicht-Angestellten nur unter der Voraussetzung, daß der Arbeitgeber von der sexuellen Belästigung wußte oder hätte wissen müssen und nichts unternimmt, um dieses Verhalten zu korrigieren). Auswirkungen würden sich insbesondere dann ergeben, wenn tatsächlich – etwa über § 823 II BGB in Verb. mit § 2 I BeschSG – Schadensersatz eingeklagt wird, weil dann nämlich auch für das belästigende Verhalten von Dritten, die sich zu einer Besprechung aufhalten, Ersatz geleistet werden müßte. Es hätte wohl näher gelegen, etwa die präzisere, auf den EEOC-Guidelines beruhende Definition zugrundezulegen, die in der EU-Empfehlung von 1991 zum Schutz der Würde von Frauen und Männern am Arbeitsplatz⁶⁴ enthalten ist.

Der entscheidende Nachteil des BeschSG besteht darin, daß es insgesamt zu unpräzise ist, so daß – außer dem Beschwerderecht und der Notwendigkeit von Fortbildungsmaßnahmen – unklar bleibt, welche Maßnahmen erforderlich sind⁶⁵; auch sind keine wirksamen Sanktionen für einen Verstoß vorgesehen. Arbeitgebern und Arbeitnehmern wäre mit präziseren Regelungen geholfen. Daher plädieren wir dafür, auch in Deutschland Ausführungsbestimmungen vergleichbar den EEOC-Guidelines (und der US-Rechtsprechung) zu erlassen.

⁶² Vgl. *Tracy Tregger*, The Reasonable Woman? Unreasonable !!, *Whittier Law Review* 14 (1993), 675 ff.

⁶³ Ob man im deutschen Recht dieses »objektiven« Korrektiv wirklich braucht, ist auch davon abhängig, ob durch das Bejahen einer »sexuellen Belästigung« – nach entsprechenden Reformen des BeschSG (hierzu *Hohmann* Fn. 3) harte Sanktionen ausgelöst werden oder nicht. Sofern dies nicht der Fall ist, wird man dieses Korrektiv nicht brauchen, da auch über-sensitive Frauen geschützt sein sollen in dem Sinne, daß sie sich nicht den vorherrschenden vulgaren Betriebs-Sitten anzupassen haben, sondern sich dagegen wehren können, sofern sie diese erkennbar ablehnen. Im Falle einer Zuerkennung harter Sanktionen muß hier aber mit Hilfe dieses Korrektives weiter differenziert werden (entsprechend der Schwere), vgl. *Hohmann* (Fn. 3).

⁶⁴ Abgedruckt in: FG-Abl. L 49/1 vom 24.2.1992; nachgedruckt in: *Plogstedt/Degen* (Fn. 45), S. 116 ff. und in: *European Parliament* (Fn. 44), S. 115 ff.

⁶⁵ Ebenso die Kritik der Arbeitgeberseite, in: *Focus* 19/1994, S. 174; vgl. auch *Hohmann* (Fn. 3).

Die sexuelle Selbstbestimmung der Frauen ist ein hohes Gut, das auch verfassungsrechtlich geschützt ist (in Deutschland durch die Gleichberechtigung von Mann und Frau, Art. 3 II GG, das Recht zur Berufsausübung, Art. 12 GG, und durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I in Verb. mit Art. 1 I GG⁶⁶, in den USA vor allem durch die *Equal Protection Clause*⁶⁷). In den USA ist ein klarer Trend zum Schutz der Rechte der Frauen vor allem durch zwei Urteile des Supreme Court (*Meritor* und *Harris*) zu beobachten. Stichwortartig seien genannt: Ersetzung des Ausschließungsgrundes der Freiwilligkeit durch das Erfordernis des unwillkommenen Verhaltens; Abstellen auf das belästigende Verhalten – anstatt auf das sexuelle Vor-Verhalten der Klägerin – und seiner psychologischen Auswirkungen beim Opfer.

Die Auseinandersetzung in den USA zum *sexual harassment*, die in hohem Maße durch Gerichte geprägt wurde, kann für die Behandlung des Problems in Deutschland einige Anstöße geben. So bleibt zu hoffen, daß der deutsche Gesetzgeber die Chance nutzt, Ausführungsbestimmungen zu erlassen, die denen der EEOC-Richtlinien (und der US-Rechtsprechung) entsprechen. Bereits jetzt ist zu wünschen, daß die Verabschiedung des neuen BeschSG, welches in Betrieben ausgehängt und bekanntgemacht werden muß (§ 7 BeschSG), eine Bewußtmachung und Sensibilisierung für das schwierige und sehr sensible Problem der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz auslöst; dies könnte dann dazu genutzt werden, sich stärker gegen unerwünschte sexuelle Belästigungen zu wehren und insbesondere präventiv gegen sie vorzugehen.

Es ist zur Zeit kaum vorstellbar, daß ein deutsches Gericht ein Urteil wie *Harris v. Forklift* fällen würde, weil – wie gezeigt – die Öffentlichkeit Deutschlands das schwerwiegende Problem der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz noch weitgehend tabuisiert, obwohl möglicherweise gut ein Drittel der weiblichen Belegschaft von manchen Unternehmen hiervon betroffen sein könnte⁶⁸. Das Beschäftigten- schutzgesetz ist der erste Schritt in die richtige Richtung, wenngleich dieses Gesetz bisher eher Symbol-Charakter hat und daher der Verbesserung bedarf⁶⁹. Entscheidend für die deutsche Öffentlichkeit ist nunmehr dreierlei:

- erstens Brechen des Tabus durch Thematisieren dieses Problems in der Öffentlichkeit,
- Verbesserung der deutschen Rechtslage zugunsten der sexuellen Selbstverantwortung und Würde von Frauen durch gesetzgeberische Reformen (Stichworte sind: verstärkte Sanktionen, formalisiertes Beschwerdesystem, Änderungen der Beweislast durch Abstellen auf das Empfinden der betroffenen Frau – wie im Falle *Harris* –, evtl. ergänzt durch das Korrektiv einer *reasonable woman*) und

66 Die sexuelle Selbstbestimmung ist mindestens so schützenswert wie die informationelle Selbstbestimmung; zu letzterer vgl. H. Heußner und E. Denninger, in: H. Hohmann (Hrsg.), *Freiheitssicherung durch Datenschutz*, Frankfurt (Suhrkamp) 1987, S. 110 ff. und 127 ff.

67 In Betracht kommt auch – als Äquivalent des deutschen allgemeinen Persönlichkeitsrechts – das Recht auf Privacy, das bisher vor allem im Bereich der Abtreibung, dem *right to die* und dem Zugang zu bzw. der Kontrolle von Regierungs-Daten anerkannt ist bzw. diskutiert wird; vgl. Gerald Gunther, *Constitutional Law* 12th edition, Westbury N. Y. (Foundation Press) 1991, S. 491 ff., Evan Hendricks et al., *Your Right to Privacy*, 2nd edition, Carbondale (Southern Illinois University Press) 1990 und Christiane Moors, *Die Rolle des Verfassungsgerichtes im politischen Prozeß in den USA und Kanada am Beispiel des Schwangerschaftsabbruches*, Diss. Frankfurt i. E. Hingegen ist ein verfassungsrechtlicher Schutz der Berufsausübung und anderer ökonomischer Rechte in den USA kaum anerkannt – ein Punkt, auf den die Habilitation des Erstverfassers dieses Artikels eingehen wird; vgl. auch W. Brugger, *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit* in den USA, Tübingen (Mohr) 1987, S. 54 ff.

68 Vgl. die Angaben oben in Fn. 3. Zu den körperlich-seelischen Auswirkungen vgl. die Dortmunder Studie (Fn. 1), S. 88 ff. und R. Sadrozinski, in: dies. (Hrsg.), *Grenzverletzungen*, Frankfurt 1993, S. 43 ff.

69 Vgl. die Mangel-Analyse und die Verbesserungsvorschläge bei Hohmann (Fn. 3).

– drittens Festschreiben der Schutz- und Vorsorgepflichten, die den Arbeitgebern gegenüber den bei ihnen angestellten Frauen obliegen.

Teresa Harris könnte auch für die Rechte der deutschen Frauen einen bedeutenden Sieg errungen haben, wenn Gesetzgeber, Öffentlichkeit und Gerichte diese Punkte umsetzen.

D) Anhang

Entscheidung des Supreme Court der Vereinigten Staaten vom 9. November 1993

No.-92-1168

Teresa Harris v. Forklift Systems, Inc.

Richterin O'Connor ist die Verfasserin der Meinung des Gerichtes.

In diesem Fall überprüfen wir die Definition einer diskriminierenden »mißbräuchlichen Arbeitsatmosphäre« (auch bekannt als »feindselige Arbeitsatmosphäre«) nach Kapitel VII des Civil Rights Act von 1964, 78 Stat. 253, wie ergänzt, 42 U.S.C. § 2000e et seq. (1988 ed., Supp. III).

I

Teresa Harris arbeitete von April 1985 bis Oktober 1987 als leitende Angestellte bei Forklift Systems, Inc., einer Verleihfirma für Zubehör. Charles Hardy war Unternehmensleiter von Forklift.

Der Eingangsrichter stellte fest, daß Harris während ihrer Zeit bei Forklift häufig wegen ihres Geschlechtes von Hardy beleidigt und zum Ziel ungewollter sexueller Andeutungen gemacht wurde. Hardy sagte bei mehreren Gelegenheiten und in Anwesenheit anderer Angestellter zu Harris: »Sie sind eine Frau, was wissen Sie schon« und: »Wir brauchen einen Mann als Leiter der Verleihgeschäfte«; mindestens einmal sagte er zu ihr, sie sei »ein dummer Arsch von Frau«. Wiederum in Anwesenheit von anderen schlug er vor, daß die beiden »ins Holiday Inn gehen sollten, um über ihre (Harris') Gehaltserhöhung zu verhandeln«. Gelegentlich forderte Hardy von Harris und anderen weiblichen Angestellten, Münzen aus seiner vorderen Hosentasche zu holen. Er warf Gegenstände vor Harris und anderen Frauen auf den Boden und verlangte von diesen, die Gegenstände aufzuheben. Er machte sexuelle Anspielungen über die Kleidung von Harris und anderen Frauen.

Mitte August 1987 beschwerte sich Harris bei Hardy über sein Verhalten. Hardy sagte, er sei überrascht, daß Harris beleidigt sei, beteuerte, daß er nur scherze, und entschuldigte sich. Er versprach zudem, das beanstandete Verhalten einzustellen, und auf diese Versicherung hin setzte Harris ihre Arbeit fort. Aber Anfang September begann Hardy von neuem. Während Harris eine Vereinbarung mit einem Kunden von Forklift traf, fragte er, wiederum in Anwesenheit weiterer Angestellter: »Was haben Sie gemacht ... dem Typ etwas (Sex) für Samstag abend versprochen?« Am 1. Oktober nahm Harris ihren Gehaltsscheck und verließ die Firma.

Anschließend verklagte Harris Forklift mit der Behauptung, daß Hardy's Verhalten für sie eine mißbräuchliche Arbeitsatmosphäre wegen ihres Geschlechtes geschaffen habe. Das US-Bezirksgericht des mittleren Verwaltungsbezirkes von Tennessee übernahm Bericht und Empfehlung des Eingangsrichters dergestalt, daß dies ein »Grenzfall« sei, aber daß das Verhalten von Hardy keine mißbräuchliche Arbeitsatmosphäre geschaffen habe. Das Gericht stellte fest, daß einige der Bemerkungen von Hardy »Harris verletzten und jede vernünftige Frau verletzt hätten«, aber sie seien nicht

»so schwerwiegend, daß zu erwarten sei, daß Harris psychologisches Wohlergehen ernsthaft beeinträchtigt würde. Jede vernünftige weibliche Angestellte hätte sich unter denselben Umständen von Hardy beleidigt gefühlt, aber sein Verhalten hat nicht einen solchen Intensitätsgrad erreicht, daß die Arbeitsleistung davon beeinträchtigt würde.«

»Genausowenig glaube ich, daß Harris subjektiv so beleidigt war, daß sie eine Verletzung erlitt ... Obwohl Hardy sie zeitweise wirklich beleidigt haben mag, glaube ich nicht, daß er eine so vergiftete Arbeitsatmosphäre geschaffen hat, daß dies einschüchternd oder mißbräuchlich auf Harris wirkte.«

Bei der Konzentration auf das psychologische Wohlergehen der Angestellten folgte das Bezirksgericht den Vorgaben des Bundesberufungsgerichtes des 6. Bezirkes (vgl. *Rabidue v. Osceola Refining Co.*, 805 F. 2d 611, 620 (CA6, 1986) (Revision nicht zugelassen, 481 U.S. 1041 (1987))). Das Bundesberufungsgericht des 6. Bezirks bestätigte die Entscheidung des Bezirksgerichtes in einer kurzen unveröffentlichten Entscheidung, 976 F. 2d 733 (CA6, 1992).

Wir lassen die Revision zu, um einen Konflikt zwischen den Berufungsgerichten zu lösen, ob die Belästigung durch das Schaffen einer »mißbräuchlichen Arbeitsatmosphäre« nur dann tatbestandsmäßig ist (es geht hierbei nicht um eine Form der *quid pro quo* Belästigung), wenn »das psychologische Wohlergehen der Angestellten ernsthaft beeinträchtigt wird« oder die Klägerin dadurch eine »Verletzung erleidet«. Vergleiche *Rabidue* (mit dem Erfordernis einer ernsthaften Einwirkung auf das psychologische Wohlbefinden); *Vance v. Southern Bell Telephone & Telegraph Co.*, 863 F. 2d 1503, 1510 (CA11 1989) (ebenso); und *Downes v. FAA*, 775 F. 2d 288, 292 (CA Fed. 1985) (ebenso), mit *Ellison v. Brady*, 924 F. 2d 872, 877-878 (CA9 1991) (ebendies Erfordernis verneinend).

II

Nach Kapitel VII des Civil Rights Act von 1964 ist es eine »unrechtmäßige Gestaltung des Dienstverhältnisses durch den Arbeitgeber, wenn er einen Einzelnen auf Grund dessen Rasse, Hautfarbe, Religion, Geschlecht oder nationaler Herkunft in Bezug auf Gehalt, Bestimmungen, Bedingungen oder Vorrechten bei der Arbeit diskriminiert.« 42 U.S. C. § 2000e-2 (a) (1). Wie wir in *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 U.S. 57 (1986) deutlich gemacht haben, ist die Terminologie »nicht auf »ökonomische« oder »körperliche« Diskriminierung beschränkt. Der Ausdruck »Bestimmungen, Bedingungen oder Vorrechte bei der Arbeit« bekundet die Absicht des Kongresses, »das ganze Spektrum der ungleichen Behandlung von Männern und Frauen im Arbeitsverhältnis zu treffen«; dazu gehört es, wenn von Menschen verlangt wird, in einer diskriminierenden, feindseligen oder mißbräuchlichen Atmosphäre zu arbeiten. (*Meritor*, a. a. O., S. 64, *Los Angeles Dept. of Water and Power v. Manhart* zitierend, 435 U.S. 702, 707, Anmerkung 13 (1978)). Wenn der Arbeitsplatz von »diskriminierender Einschüchterung, Spott und Beleidigung« durchdrungen ist (*Meritor*, a. a. O., S. 65), die »ausreichend schwer oder durchdringend ist, um die Arbeitsbedingungen des Opfers zu verändern und eine mißbräuchliche Atmosphäre zu schaffen« (ebda., S. 67), so ist Kapitel VII verletzt.

Dieser Maßstab, den wir heute bekräftigen, schlägt einen Mittelweg ein zwischen der Möglichkeit, entweder jedes Verhalten belästigbar zu machen, das lediglich beleidigend ist, oder andererseits zu verlangen, daß das Verhalten eine greifbare psychologische Verletzung hervorgerufen hat. Wie wir in *Meritor* bemerkt haben, ist die »bloße Äußerung eines ... Attributes, das beleidigte Gefühle bei einer Angestellten erzeugt«, ebda., nicht ausreichend, um die Arbeitsbedingungen im Sinne des Kapitels VII zu tangieren. Ein Verhalten, das nicht so schwerwiegend oder durchdringend ist, um eine objektiv feindselige oder mißbräuchliche Arbeits-

atmosphäre zu schaffen – d. h. eine Arbeitsatmosphäre, die von einer vernünftigen Person als feindselig oder mißbräuchlich bewertet würde –, liegt außerhalb des Geltungsbereiches des Kapitels VII. Ebenso gilt: Falls das Opfer die Arbeitsatmosphäre nicht subjektiv als mißbräuchlich empfindet, hat das Verhalten nicht tatsächlich die Arbeitsbedingungen des Opfers verändert, und eine Verletzung von Kapitel VII liegt nicht vor.

Aber Kapitel VII kommt auch zur Anwendung, bevor das Opfer einen Nervenzusammenbruch erleidet. Eine diskriminierende mißbräuchliche Arbeitsatmosphäre kann und wird oftmals, selbst wenn keine ernsthafte Beeinträchtigung des psychologischen Wohlbefindens vorliegt, zu einer ernsthaften Beeinträchtigung der Arbeitsleistung des Opfers führen, Angestellte davon abhalten, ihren Arbeitsplatz zu behalten oder ihre Karriere fortzuführen. Darüber hinaus ist, ungeachtet dieser greifbaren Folgen, die umfassende Regelung des Kapitels VII zur Gleichheit am Arbeitsplatz schon dann verletzt, wenn das diskriminierende Verhalten so schwerwiegend und durchdringend war, daß für Arbeitnehmer auf Grund von Rasse, Geschlecht, Religion oder nationaler Herkunft eine mißbräuchliche Atmosphäre geschaffen wird. Das erschreckende Verhalten, das in *Meritor* vorgebracht wurde, und der Hinweis in diesem Fall auf eine Arbeitsatmosphäre, die »so schwer diskriminierend war, daß die emotionale und psychologische Stabilität von Angestellten, die Minderheiten angehören, völlig zerstört wurde« (ebda., S. 66, *Rogers v. EEOC* zitierend, 454 F. 2d 234, 238 (CA5 1971), Revision nicht zugelassen, 406 U. S. 957 (1972)), stellen nur einige besonders unerhörte Beispiele von Belästigung dar. Sie ziehen keine Grenze für das, was belastbar ist.

Wir glauben daher, daß das Bezirksgericht irrite, als es sich darauf stützte, ob das Verhalten »ernsthaft das psychologische Wohlbefinden der Klägerin beeinträchtigt habe« oder ob sie dadurch »eine Verletzung erlitten habe«. Eine solche Untersuchung kann überflüssigerweise den Schwerpunkt der Tatsachenfeststellung darauf lenken, ob ein konkreter psychologischer Schaden eingetreten ist, ein Erfordernis, das nicht in Kapitel VII enthalten ist. Selbstverständlich verbietet Kapitel VII ein Verhalten, das das psychologische Wohlbefinden einer vernünftigen Person beeinträchtigen würde, aber das Gesetz ist nicht auf ein solches Verhalten beschränkt. So lange wie die Atmosphäre vernünftigerweise als feindselig oder mißbräuchlich erkannt würde und wird (*Meritor*, a. a. O., S. 67), besteht kein Bedürfnis für die zusätzliche Feststellung einer psychologischen Verletzung.

Dies ist kein mathematisch präziser Test, und er kann es von seiner Natur her auch nicht sein. Wir brauchen heute nicht alle denkbaren Fragen, die in diesem Zusammenhang möglich sind, zu beantworten oder insbesondere auf die neuen Regelungen der EEOC zu diesem Thema einzugehen, siehe §8 Fed. Reg. 51266 (1993) (vorgeschlagener 29 CFR §§ 1609.1, 1609.2); siehe auch 29 CFR § 1604.11 (1992). Aber wir können sagen, daß die Feststellung, ob eine Atmosphäre »feindselig« oder »mißbräuchlich« ist, nur bestimmt werden kann, wenn alle Umstände betrachtet werden. Dazu kann die Häufigkeit oder Schwere des diskriminierenden Verhaltens gehören; ob es physisch bedrohlich war oder erniedrigend oder eine rein beleidigende Äußerung; und ob es in unangemessener Weise die Arbeitsleistung eines Angestellten beeinträchtigt. Die Wirkung auf das psychologische Wohlbefinden der Angestellten ist selbstverständlich erheblich bei der Feststellung, ob die Klägerin die Atmosphäre als mißbräuchlich empfunden hat. Aber während ein psychologischer Schaden, wie jeder andere erhebliche Faktor, zur Beurteilung herangezogen werden kann, ist keiner dieser Faktoren erforderlich.

Forklift räumte zwar ein, daß die Voraussetzung, daß das Verhalten eine ernsthafte Beeinträchtigung des psychologischen Wohlbefindens hervorgerufen habe, nicht erforderlich sei, argumentierte aber trotzdem, daß das Bezirksgericht den *Meritor* Standard korrekt angewandt habe. Wir sind anderer Ansicht. Obwohl das Bezirksgericht den Schluß gezogen hat, daß die Arbeitsatmosphäre nicht »einschüchternd oder mißbräuchlich für Harris« war, tat es dies erst nach der Feststellung, daß das Verhalten nicht »so schwerwiegend war, daß eine ernsthafte Beeinträchtigung des psychologischen Wohlbefindens der Klägerin zu befürchten war«, und daß Harris »subjektiv nicht so beleidigt wurde, daß sie eine Verletzung erlitt«. Die Anwendung der falschen Standards durch das Bezirksgericht kann die letztendliche Feststellung beeinflußt haben, insbesondere wenn man berücksichtigt, daß das Gericht dies für einen »Grenzfall« hielt.

Wirheben daher das Urteil des Berufungsgerichtes auf und verweisen den Fall zur weiteren Verhandlung unter Berücksichtigung der hier vertretenen Meinung zurück.

So beschlossen.

Richter Scalia verfaßt ein zustimmendes Sondervotum.

In *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 U.S. 57 (1986) wurde für Recht erkannt, daß Kapitel VII sexuelle Belästigung in der Form einer feindseligen Arbeitsatmosphäre verbietet. Das Gericht stellte fest, daß sexuelle Belästigung dann belangbar ist, wenn sie »ausreichend schwer oder durchdringend« die Arbeitsbedingungen des Opfers verändert und eine mißbräuchliche Arbeitsatmosphäre schafft.« *Ebda.*, S. 67 (*Henson v. Dundee* zitierend, 682 F. 2d 897, 904 (CA11 1982)). Das heutige Urteil arbeitet aus, daß das beanstandete Verhalten schwer oder durchdringend genug sein muß, um »eine objektiv feindselige oder mißbräuchliche Arbeitsatmosphäre zu schaffen – eine Atmosphäre, die von einer vernünftigen Person als feindselig oder mißbräuchlich empfunden würde.« (*slip opinion*, S. 4).

»Mißbräuchlich« (oder »feindselig«, das meiner Meinung nach in diesem Zusammenhang gleichbedeutend ist) scheint mir kein sehr klarer Maßstab zu sein – und ich glaube, daß mehr Klarheit weder durch die Ergänzung des Adverbs »objektiv« erreicht wird, noch indem zur Bestimmung der vagen Bedeutung auf die Empfindung einer »vernünftigen Person« abgestellt wird. Das heutige Urteil zählt eine Reihe von Faktoren auf, die zu einem Mißbrauch beitragen (siehe *slip opinion*, oben, S. 5), aber da weder festgestellt wird, in welchem Ausmaß jeder einzelne Faktor vorhanden sein muß (eine unmögliche Aufgabe), noch ein einzelner Faktor als bestimmt gekennzeichnet ist, wird dadurch wenig an Sicherheit beigetragen. Von der praktischen Bedeutung her gesehen, läßt die heutige Entscheidung Geschworene fast ohne jeden Anhaltspunkt darüber entscheiden, ob das sexuell bedeutsame Verhalten eines Arbeitgebers (oder seine Duldung eines solchen Verhaltens) so ungeheuerlich ist, daß ein Schadenersatz gerechtfertigt erscheint. Man könnte einwenden, daß die Frage, wann »Fahrlässigkeit« vorliegt (eine traditionelle Geschworenenfrage), nicht klarer oder sicherer zu entscheiden ist als das Merkmal der »Mißbräuchlichkeit«. Vielleicht ist das so. Aber die Gruppe der Kläger, die wegen einer Fahrlässigkeit Entschädigung suchen, ist auf diejenigen beschränkt, die einen Schaden erlitten haben, während unter diesem Gesetz »Mißbräuchlichkeit« zum Test dafür gemacht wird, ob überhaupt ein rechtlicher Schaden erlitten wurde, und so das Feld für weitere Prozesse eröffnet wird.

Wie auch immer, ich kenne keine Alternative zu dem heute vom Gericht beschrittenen Weg. Einer der Faktoren, der in der unvollständigen Aufzählung des Gerichtes

erwähnt wird – ob das Verhalten unverhältnismäßig die Arbeitsleistung einer Angestellten beeinträchtigt – würde, wenn er zu einem absoluten Test erhoben würde, als Auslegungsrichtlinie mehr Sicherheit für Geschworene und Arbeitgeber bieten. Aber ich sehe in dem Wortlaut des Gesetzes keine Basis für eine solche Beschränkung. Akzeptiert man die Interpretation von *Meritor* bezüglich des Begriffes »Arbeitsbedingungen« als das geltende Recht, so ist die Frage nicht, ob die Arbeit beeinträchtigt wurde, sondern ob die Arbeitsbedingungen in einer diskriminierenden Form verändert wurden. Ich kenne keinen Maßstab, der der Gesetzessprache innewohnenden Vagheit gerechter wird als der heute vom Gericht gewählte. Daher stimme ich dem Urteil des Gerichtes zu.

Richterin Ginsburg verfaßt ein zustimmendes Sondervotum.

Heute hat das Gericht die Entscheidung in *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 U.S. 57, 66 (1986) bestätigt: »Ein Kläger kann eine Verletzung von Kapitel VII geltend machen, indem gezeigt wird, daß eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes eine feindselige oder mißbräuchliche Arbeitsatmosphäre geschaffen hat.« Der kritische Punkt, der Wortlaut von Kapitel VII bringt es zum Ausdruck, ist die Frage, ob Angehörige des einen Geschlechtes benachteiligenden Bestimmungen und Bedingungen ausgesetzt werden können, denen die Angehörigen des anderen Geschlechtes nicht ausgesetzt sind. Siehe 42 U.S.C. § 2000e-2 (a) (1) (Diskriminierung u. a. bezüglich »Bestimmungen« oder »Bedingungen« der Arbeit für unrechtmäßig erklärend). Wie von der *Equal Employment Opportunity Commission* betont wurde (siehe Schriftsatz für die Vereinigten Staaten und *Equal Employment Opportunity Commission* als *Amici Curiae*), sollte die Untersuchung des Richters hauptsächlich dahin gehen, ob das diskriminierende Verhalten unverhältnismäßig die Arbeitsleistung der Klägerin beeinträchtigt hat. Um diese Beeinträchtigung darzulegen, »braucht die Klägerin nicht zu beweisen, daß ihre oder seine Produktivität als Folge der Belästigung spürbar nachgelassen hat.« *Davis v. Monsanto Chemical Co.*, 858 F. 2d 345, 349 (CA6 1988). Es genügt der Beweis, daß eine vernünftige Person, falls sie einem derartigen diskriminierenden Verhalten ausgesetzt wäre, wie die Klägerin feststellt, daß die Belästigung die Arbeitsbedingungen derartig verändert, daß »es schwieriger wird, die Arbeit zu erfüllen.« (Siehe *ebda*). *Davis* behandelte rassistische Diskriminierung, aber dieser Unterschied ändert nichts an der Untersuchung; mit Ausnahme des seltenen Falles, in dem zulässigerweise die Essenz der beruflichen Qualifikation tangiert wird <»except in rare cases in which a bona fide occupational qualification is shown«> (siehe *Automobile Workers v. Johnson Controls, Inc.*, 499 U.S. 187, 200–207 (1991)) (42 U.S.C. § 2000e (e) (1) auslegend), erklärt Kapitel VII jede auf Rasse, Geschlecht, Religion oder nationaler Herkunft diskriminierende Praxis für unrechtmäßig.⁸

Die Meinung des Gerichtes, der ich mich anschließe, scheint mir in Übereinstimmung mit dem hier vertretenen Sondervotum zu stehen.

(Übersetzt von C. Moors, unter Mitwirkung von H. Hohmann)

⁸ Tatsächlich bleibt selbst unter der Gleichberechtigungs-Rechtsprechung des Gerichtes, welche eine »sehr überzeugende Rechtfertigung« (»exceedingly persuasive justification«) für geschlechtsbezogene Klassifizierungen verlangt (vgl. *Kirchberg v. Feenstra* 450 U.S. 455, 461 (1981)), es eine offene Frage, ob »Klassifizierungen auf der Basis des Geschlechts von vorneherein verdächtig (inherently suspect) sind« (siehe *Mississippi Univ. for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718, 724 und Fn. 9 (1982)). <Amtliche Fußnote>

In Ergänzung zu dem oben im Aufsatz Gesagten wollen wir nur noch einen Punkt hervorheben in dieser Anmerkung:

Rabidue (805 F. 2d 611, 6th Cir. 1986) hatte erhebliche Hürden für eine solche Klage geschaffen, weil der geforderte Nachweis einer ernsthaften Beeinträchtigung des psychologischen Wohlbefindens vor Gericht schwer zu führen ist und er meist psychologisch bedeutet, das Trauma und seine Demütigung erneut zu durchleben, wodurch manche Frauen von einer Klage abgehalten wurden. Vor der Entscheidung hatten Dutzende von Frauenrechtsgruppen (angesichts der – in Anlehnung an *Rabidue* – ablehnenden Entscheidung des District Court) argumentiert, daß ein niedrigerer Schwellenwert für sexuelle Belästigungen gesetzt werden müsse. Die in den amerikanischen Zeitungen vieldiskutierte *Harris*-Entscheidung bedeutet einen Sieg für die Rechte der Frau (oder genauer für die sexuelle Selbstbestimmung der Frau), weil einstimmig entschieden wurde, auf die Empfindungen der Frau (und einer objektiven Betrachterin) abzustellen und entsprechend *Ellison* keinen Nachweis einer psychologischen Beeinträchtigung (bzw. sonstiger *tangible effects*) oder einer unverhältnismäßigen Reduzierung der Arbeitsleistung zu verlangen. Dieses sind vielmehr zwei mögliche Indizien, die auch durch andere ersetzt werden können. Weitere zentrale Indizien der erforderlichen Fall-zu-Fall Beurteilung sind u. a.:

- Häufigkeit und Schwere des diskriminierenden Verhaltens,
- die Frage, ob es als physisch bedrohlich oder erniedrigend einer- oder lediglich beleidigend andererseits empfunden wurde.

Im Falle des Nachweises psychologischer Verletzungen oder unverhältnismäßiger Beeinträchtigungen der Arbeitsleistung wird die Antwort leicht sein; in anderen Fällen wird es zu einer umfassenden Abwägung aller Tat-Faktoren vor allem mit den beiden genannten Indikatoren kommen. Dieser *flexible approach* hat den Nachteil schwererer Vorhersehbarkeit einer gerichtlichen Entscheidung (wie Richter *Scalia* richtig anmerkt), aber den Vorteil, die individuellen Tat-Umstände und das konkrete Empfinden der Frau berücksichtigen zu können; zusätzlich scheint wieder das Korrektiv einer objektiven Beurteilung durch eine *reasonable person* (*reasonable woman?*) bestätigt worden zu sein.