

Themenreihe: Wirtschaftsrecht

Stefan Klein

**Allgemeines
Gleichbehandlungsgesetz
(AGG)**

**Haftungsrechtliche Gesichtspunkte im Rahmen der
diskriminierungsfreien Personalrekrutierung**

Teil 4

Zürich im April 2014

Alle Rechte vorbehalten.

Verfasser: Stefan Klein, Solingen
April 2014

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes
ist ohne schriftliche Zustimmung des Verfassers unzulässig und strafbar.
Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Mikroverfilmungen, Übersetzungen
sowie für die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Inhaltsverzeichnis.....	I
Abkürzungsverzeichnis.....	III
A. Einleitung / Zielsetzung.....	1
B. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG).....	1
C. Haftungsrechtliche Gesichtspunkte.....	1
I. Voraussetzungen nach § 15 AGG	2
1. Umfang des Schadensersatzes	3
2. Haftungstatbestand	3
3. Entschädigungsberechtigte Bewerber.....	4
4. Verschulden	5
5. Höhe der Entschädigung	5
II. Ansprüche aus § 21 AGG.....	6
1. Beseitigungsanspruch.....	6
2. Unterlassung	6
3. Kontrahierungszwang.....	6
III. Beweislast nach § 22 AGG.....	7
1. Allgemeine Verteilung der Beweislast	7

2. Beweiserleichterung	8
a. Indizienbeweis	8
b. Untaugliche Indizien	9
c. Haftung aufgrund der Nichterfüllung von Organisationspflichten.....	9
d. Entlastungsbeweis des Arbeitgebers.....	9
IV. Ansprüche nach § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 12 AGG.....	10
D. Schlussbetrachtung	10
Literaturverzeichnis.....	12
Entscheidungsverzeichnis.....	13

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	-	Absatz
a.F.	-	alte Fassung
AGG	-	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
ArbG	-	Arbeitsgericht
Art.	-	Artikel
Aufl.	-	Auflage
AZR	-	Aktenzeichen Recht
BAG	-	Bundesarbeitsgericht
Beschl.	-	Beschluss
BGB	-	Bürgerliches Gesetzbuch
BT-Ducks.	-	Bundestags-Drucksache
bzw.	-	beziehungsweise
bspw.	-	beispielsweise
EG	-	Europäische Gemeinschaft
ErfK	-	Erfurter Kommentar
EU	-	Europäische Union
EuGH	-	Europäischer Gerichtshof
Evtl.	-	eventuell
EWR	-	Europäischer Wirtschaftsraum
f.	-	folgende
ff.	-	fortfolgende
Hk-BGB	-	Handkommentar – Bürgerliches Gesetzbuch
Hrsg.	-	Herausgeber
i.d.R.	-	in der Regel
i.V.m.	-	in Verbindung mit
Kap.	-	Kapitel
LAG	-	Landesarbeitsgericht
LAGE	-	Landesarbeitsgerichtsentscheidung
Nr.	-	Nummer
NZA	-	Neue Zeitschrift Arbeitsrecht
Rn.	-	Randnummer
Rs.	-	Rechtsprechung
S.	-	Seite

SGB	-	Sozialgesetzbuch
Urt.	-	Urteil
u.a.	-	unter anderem
usw.	-	und so weiter
v.	-	vom
vgl.	-	vergleiche

A. Einleitung / Zielsetzung

Es werden im Rahmen dieser Ausarbeitung, auf Grundlage von Teil 1 bis 3 zur Themenreihe, der gesetzliche Rahmen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) skizziert und im Nachgang die Haftungsrechtlichen Gesichtspunkte nach § 15 AGG sowie deren Voraussetzungen im Rahmen der Personalrekrutierung, erörtert.

Zu klären sind in diesem Kontext die Fragen nach dem Umfang des Schadensersatzes, der Haftungstatbestand grundsätzlich, wer als Bewerber und damit als Entschädigungsberechtigter qualifiziert ist, und welche Entschädigungshöhe normiert wird.

Ergänzend hierzu werden die Ansprüche aus § 21 AGG erläutert sowie die Beweislast nach § 22 AGG analysiert.

Eine Schlussbetrachtung nimmt sich der diskutierten Sachverhalte an und wertet diese im Hinblick auf ihre Relevanz aus.

B. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

Im Rahmen des Allgemeinen Gleichstellungsgesetzes (AGG) werden Arbeitnehmer vor Diskriminierungen am Arbeitsplatz geschützt. Gleichermaßen finden die Rechtsvorschriften auch im Rahmen der Personalrekrutierung, also dem Auswahlverfahren zur Besetzung bestehender Vakanzen im Unternehmen, Anwendung.

Zur Schaffung eines in sich abgestimmten Schutzes vor Ungleichbehandlung wurden die EG-Richtlinien in Form des AGG in nationales Recht transformiert.

Es kann aber dennoch zu Problemen bei der Personalbeschaffung kommen, weil bspw. Rechtsvorschriften des AGG nicht eingehalten oder nicht beachtet werden.

Damit kommen sogleich Haftungsrechtliche Gesichtspunkte zum Tragen, deren Voraussetzungen und Ausprägungen sich aus §§ 15, 21 und 22 AGG ergeben.

C. Haftungsrechtliche Gesichtspunkte

Im Rahmen des § 15 Abs. 1 AGG wird ein Schadensersatzanspruch normiert, welcher inhaltlich dem § 280 Abs. 1 BGB entspricht. Voraussetzung

dafür, dass die Rechtsnorm § 15 Abs. 1 AGG respektive § 280 Abs. 1 BGB zur Anwendung gelangt, ist ein Vertretenmüssen, also ein Verschulden des Arbeitgebers nach §§ 276 Abs. 1, 278 BGB. Dieses Verschulden kann sich bspw. wegen einer Benachteiligung gem. § 7 Abs. 1 AGG im Rahmen der Personalrekrutierung, aufgrund einer unzulässigen Frage des Arbeitgebers, ergeben.¹

I. Voraussetzungen nach § 15 AGG

Voraussetzung für die Haftung nach § 15 AGG sowie § 280 Abs. 1 BGB ist grundsätzlich, dass der Arbeitgeber eine Benachteiligung zu vertreten hat. Unter Verweis auf § 276 Abs. 1 BGB muss ein Verschulden mindestens leicht fahrlässig sein. Zudem regelt § 278 Satz 1 BGB, dass ebenfalls eine Zurechnung des Verhaltens Dritter eine Schadensersatzpflicht auslösen kann.² Als Dritte gelten dabei sämtliche Personen, die im konkreten Fall Vorgesetztenfunktion ausüben sowie für die Personalrekrutierung, beauftragte Berater.

Innerhalb des § 15 AGG normiert Abs. 1 den Ersatz für materielle Schäden und Abs. 2 einen Schadensersatz, der immaterielle Schäden inkludiert. Anwendung findet die Rechtsnorm § 15 Abs. 1 AGG nur, wenn ein rechtswidriger, also ein nicht gerechtfertigter Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot gem. § 7 Abs. 1 AGG vorliegt. Ein Bewerber muss mithin gem. § 3 AGG aufgrund eines in § 1 AGG definierten Grundes benachteiligt worden sein. Es darf zugleich folglich keine Ungleichbehandlung nach §§ 3 Abs. 2, 5, 8, 9 oder 10 AGG zulässig sein.³

Daraus folgt, dass eine Benachteiligung in einem Bewerbungsverfahren nur dann vorliegt, wenn ein Bewerber objektiv für einen Arbeitsplatz, um den er sich beworben hat, geeignet ist.⁴ Die objektive Eignung wiederum bestimmt sich nach den Anforderungen, die das Arbeitsleben nach der herrschenden Verkehrsanschauung an die betreffende Tätigkeit stellt.⁵ Ein Bewerber, der auf Schadensersatz klagt, muss folglich seine objektive Eignung nachweisen.

¹ Schleusener/Suckow/Voigt, § 15 AGG, Rn. 11.

² Schleusener/Suckow/Voigt, § 15 AGG, Rn. 13f., S. 363f.

³ Adomeit/Mohr, § 15 AGG, Rn. 23f., S. 679.

⁴ BAG Urteil v. 19.08.2010 – 8 AZR 530/09.

⁵ BAG Urteil v. 18.03.2010 – 8 AZR 77/09.

1. Umfang des Schadensersatzes

Durch den Umfang des Schadensersatzes soll eine vollkommene Wiedergutmachung des durch eine diskriminierende Handlung entstandenen Schadens erreicht werden. Diesem Verständnis folgt ebenso der EuGH.⁶ Die §§ 249ff. BGB gelten als Maßstab dafür, ob und in welcher Höhe ein Schaden ersatzfähig eingetreten ist. Lediglich dem bestqualifizierten Bewerber, der eine Stelle vor dem Hintergrund einer Diskriminierung nicht bekommen hat, kann ein entgangenes Entgelt als Schaden entstanden sein.⁷

2. Haftungstatbestand

Es muss zwingend eine objektive Kausalität zu einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot nach § 7 Abs. 1 AGG gegeben sein. Das bedeutet, dass eine mittelbare Benachteiligung vorliegen muss, die durch keine ausreichenden sachlichen Gründe gem. § 3 Abs. 2 AGG gerechtfertigt sind. Ebenso darf keine unmittelbare Benachteiligung gem. §§ 8-10 AGG zulässig sein. Auch Tatbestände nach § 3 Abs. 3-5 AGG, wie Belästigung, sexuelle Belästigung oder Anweisung zur Benachteiligung sind inkludiert. Zu beachten bleibt jedoch, dass die Verletzung von Schutzpflichten gem. § 12 AGG oder Verstöße gegen das Maßregelungsverbot nach § 16 AGG keine Entschädigungsansprüche auslösen. In der Regel findet man Motivbündel, nicht einzelne Merkmale gem. § 1 AGG vor, die jedoch bereits einen Entschädigungsanspruch auslösen, wenn ein pönalisiertes Motiv mit ursächlich für das Verhalten des Arbeitgebers war.⁸ Hinsichtlich eines Bewerbungsverfahrens besteht für den objektiv geeigneten Bewerber ein Anspruch auf Entschädigung, wenn eine Benachteiligung im gesamten Auswahlverfahren stattgefunden hat.

Daraus folgt, dass bereits die Nichteinladung zu einem Vorstellungsgespräch eine Benachteiligung nach § 15 Abs. 2 AGG darstellt. So zumindest stellt dies das BAG klar.⁹ Ein Entschädigungsanspruch entfällt jedoch dann, wenn eine Arbeitsstelle endgültig nicht besetzt wird und damit wegfällt.¹⁰ Ebenso verhält es sich, wenn die Stelle bei Bewerbungseingang bereits vergeben

⁶ EuGH Urteil v. 02.08.1993, C-271/91.

⁷ Schleusener/Suckow/Voigt, § 15 AGG, Rn. 15ff..

⁸ Schleusener/Suckow/Voigt, § 15 AGG, Rn. 29ff..

⁹ BAG Urteil v. 28.05.2009 – 8 AZR 536/08.

¹⁰ LAG Düsseldorf Urteil v. 01.02.2002 – 9 Sa 1451/01; LAGE § 611a BGB Nr. 5.

war¹¹ oder die Bewerbung zurückgezogen wird, nachdem das Fehlverhalten im Auswahlverfahren bereits stattgefunden hat.¹² Fraglich ist nämlich hierbei, ob eine bereits vorliegende Benachteiligung geheilt werden kann und ebenso, dass es einer konkret bevorzugten Vergleichsperson gem. § 3 Abs. 2 AGG, nicht bedarf.¹³ Ein Verstoß gegen besondere Verfahrensvorschriften der §§ 81, 82 SGB IX allein stellt ebenfalls keine Benachteiligung dar, aus der sich Schadensersatzansprüche ergeben könnten.

3. Entschädigungsberechtigte Bewerber

Entschädigungsberechtigte sind alle Bewerber, welche sich subjektiv ernstlich um eine zu besetzende Stelle beworben haben, für die sie objektiv geeignet sind. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die nicht subjektiv ernstliche Bewerbung eines objektiv nicht geeigneten Bewerbers einen Entschädigungsanspruch obsolet werden lässt.¹⁴ Das Kriterium der objektiven Eignung gem. § 3 Abs. 1 AGG wurde bereits u.a. in Teil 2 zur Themenreihe (Kap. B. III. unter 7. S. 7), erörtert. Nicht unberücksichtigt bleiben darf jedoch, dass das Defizit nach objektiven Maßstäben so extrem sein muss, dass eine Prüfung der Bewerbung nicht ernstlich in Betracht kommt.

Daraus folgt, dass der Schutzbereich des AGG nicht unzulässig reduziert werden darf. Diese Prämisse muss insbesondere deshalb Anwendung finden, weil allen objektiv geeigneten, benachteiligten Bewerbern und nicht nur den Bestbewerbern ein Entschädigungsanspruch zusteht.¹⁵

Durch die Tatsache, dass ein Bewerber eine große Anzahl von Bewerbungen versendet, kann jedoch nicht ein rechtsmissbräuchliches Verhalten hinreichend qualifiziert werden, zumal die Ernsthaftigkeit nach § 2 SGB II dies ebenfalls im Fokus einer aktiven Arbeitsplatzsuche nicht in Frage stellt. Indizien für eine fehlende Ernsthaftigkeit wurden bereits u.a. im Rahmen des Teil 1 zur Themenreihe in Kap. B. II. 1a erörtert, sodass hierauf verwiesen wird.

¹¹ LAG Baden-Württemberg Urteil v. 26.03.2008 – 11 Sa 83/08; Revision BAG – 8 AZR 370/09.

¹² LAG Köln Urteil v. 21.01.09 – 7 Sa 980/08.

¹³ Schleusener/Suckow/Voigt, § 15 AGG, Rn. 34.

¹⁴ EuGH Urteil v. 08.11.1990, C-177/88; BAG Urteil v. 12.11.1989 – 8 AZR 365/97.

¹⁵ Schleusener/Suckow/Voigt, § 15 AGG, Rn. 36ff., S. 369ff.

4. Verschulden

Für Schadensersatz setzt das BGB zumindest die Fahrlässigkeit des Handelnden voraus. Das hat jedoch im Hinblick auf § 15 Abs. 2 AGG keine Gültigkeit. Demnach ist bereits der objektive Verstoß gegen ein Benachteiligungsverbot sanktionsfähig.

5. Höhe der Entschädigung

§ 15 Abs. 1 AGG orientiert sich im Wesentlichen an den bisherigen Maßstäben von § 611a BGB a.F. Die Rechtsnormierung des § 611a a.F. sowie § 81 Abs. 2 SGB IX a.F. nehmen ausschließlich Bezug auf den Sachverhalt der Nichteinstellung. Im Sinne des § 15 Abs. 2 AGG gilt ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot gem. § 7 Abs. 1 AGG i.V.m. § 1 AGG als Tatbestandsvoraussetzung.¹⁶ § 15 Abs. 2 AGG bezieht auch Benachteiligungen innerhalb von bestehenden Arbeitsverhältnissen mit ein. Bemessungsgrundlage ist i.d.R. die Summe der Geld- und Sachleistungen im ersten Tätigkeitsmonat.¹⁷ Maßgeblich für die Höhe der Entschädigung sind zudem die Schwere und Art des Verstoßes. Fraglich kann bleiben, ob die wirtschaftliche Lage des Unternehmens Einfluss haben darf, zumal dies zumindest die Quantität der Benachteiligungen steigern könnte. Nach der Rechtsauffassung des EuGH soll die Höhe der Entschädigung eine Abschreckungswirkung entfalten und somit präventiv wirken. Anhaltspunkte für die Höhe könnte so bspw. § 15 Abs. 2 AGG dahingehend geben, dass eine Begrenzung auf maximal drei Monatsgehälter im Falle der Nichteinstellung eines nicht Bestqualifizierten Bewerbers normiert wird.

Ergänzend sei angemerkt, dass der geschädigte Bewerber angehalten ist, die Höhe seines Schadens konkret zu berechnen.¹⁸ Ebenso muss der Geschädigte seinen Schaden der Höhe nach beweisen können. Insofern findet § 22 AGG keine Anwendung. Sämtliche Ansprüche auf Entschädigung oder Schadensersatz nach § 15 Abs. 1, 2 AGG müssen gem. § 15 Abs. 4 AGG binnen einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden. Fristbeginn ist im Falle einer Bewerbung der Zugang der Ablehnung. In sonstigen Fällen einer Benachteiligung beginnt die Frist mit der Kenntnisnahme der Benachteiligung durch den Geschädigten.

¹⁶ BAG Urteil v. 17.08.2010 -9 AZR 839/08; BAG Urteil v. 24.09.2009 – 8 AZR 705/08.

¹⁷ Schleusener/Suckow/Voigt, § 15 AGG, Rn. 48.

¹⁸ ArbG Düsseldorf Urteil v. 19.08.2010 – 11 Ca 754/08.

II. Ansprüche aus § 21 AGG

In § 21 AGG werden die Ansprüche und Rechtsfolgen aufgrund von Verstößen gegen ein Verbot der Benachteiligung im Rahmen zivilrechtlicher Ansprüche normiert.¹⁹

1. Beseitigungsanspruch

Nach § 21 Abs. 1 AGG steht dem Benachteiligten ein Beseitigungsanspruch zu. Als Maßstab der dazu geltenden Regeln kann man auf § 1004 BGB Bezug nehmen. Zwingende Voraussetzung für einen Beseitigungsanspruch ist ein aktuell benachteiligender Zustand nach § 21 Abs. 1 Satz 2 AGG. Eine Benachteiligung ist dann hinreichend qualifiziert, wenn der betroffene eine ungünstigere Behandlung erfährt, welche ein geschütztes Merkmal tangiert.²⁰ Bloße Benachteiligung reicht nicht aus.²¹ Die notwendige Rechtswidrigkeit ergibt sich ihrerseits wiederum aus dem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot selbst.²² Das Erfordernis eines Vertretenmüssens besteht mithin nicht. Sinn eines Beseitigungsanspruchs ist, einen benachteiligenden Zustand zukünftig zu vermeiden. Der Beseitigungsanspruch hat folglich nicht den Charakter eines Schadensersatzes.

2. Unterlassung

Sofern hinsichtlich einer Benachteiligung Wiederholungsgefahr besteht, kann der Benachteiligte nach § 21 Abs. 1 Satz 2 AGG Unterlassung beanspruchen. Entsprechend geltende Regeln hierzu finden sich in § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB. Der Anspruch erlischt jedoch, sobald die Beeinträchtigung nicht mehr besteht.²³

3. Kontrahierungszwang

Der Anspruch auf Beseitigung orientiert sich an der Rückgängigmachung eines rechtswidrigen Zustands, hinsichtlich einer Benachteiligung gem. § 19 Abs. 1 oder 2 AGG ausschließlich, aufgrund eines geschützten Merkmals.

¹⁹ MünchKomm BGB, Thüsing § 21 AGG Rn. 1, S. 361.

²⁰ Adomeit/Mohr § 21 AGG, Rn. 5, S. 802.

²¹ Erman/Armbrüster § 21 Rn. 2.

²² MünchKomm BGB, Thüsing § 21, Rn. 6, 8, S. 363f.

²³ MünchKomm BGB, Thüsing § 21, Rn. 36.

Danach besteht kein Kontrahierungszwang.²⁴ Eine verbotene Benachteiligung nach § 1 Abs. 2 AGG ist gegeben, wenn sie aus einem Grund gem. § 1 AGG hervorgeht. Daher normiert § 21 Abs. 2 AGG eine verschuldensabhängige Verpflichtung zum Schadensersatz. Daraus folgt, dass ein schuldhafter Verstoß gegen § 19 Abs. 1 und 2 AGG, welcher nicht gerechtfertigt ist, gem. § 21 Abs. 2 Satz 1 AGG einen Schadensersatzanspruch begründet. Der Anspruchsgegner trägt in diesem Falle die Darlegungs- und Beweislast entsprechend § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB. § 249ff. BGB regelt dabei den Inhalt des Ersatzanspruchs.²⁵ Auch immaterielle Schäden sind nach § 21 Abs. 2 Satz 3 AGG entgegen der Rechtsnorm § 253 Abs. 1 BGB ersatzfähig. Allerdings muss hier auf den Präventionszweck gem. § 15 Abs. 2 AGG verwiesen werden, wenn es um die Wiedergutmachung der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts geht. Insofern bemisst sich auch die Höhe der Entschädigung sowie ihrer Berechnung nach § 15 AGG.

III. Beweislast nach § 22 AGG

Im Rahmen des Arbeitsrechts erlangt § 22 AGG für alle Ansprüche Rechtskraft, welche durch einen Arbeitnehmer, aufgrund unzulässiger Benachteiligung nach §§ 1, 7 AGG, gegen Arbeitgeber geltend gemacht werden.²⁶ Hierbei gelten die Entschädigungsansprüche gem. § 15 AGG als maßgebend. Der Arbeitnehmer trägt hierfür die vollumfängliche Beweislast.²⁷

1. Allgemeine Verteilung der Beweislast

Derjenige, welcher ein Recht für sich beansprucht, trägt die Beweislast hinsichtlich Anspruchs begründender Tatsachen. Dem Anspruchsgegner obliegt die Verpflichtung, die Rechtshindernden, Rechtsvernichtenden und Rechtshemmenden Tatsachen zu replizieren. Daraus folgt, dass sofern ein Bewerber gegenüber einem potentiellen Arbeitgeber einen Anspruch nach § 15 Abs. 2 AGG geltend macht, er auch die über den Geltungsbereich des §§ 2 und 6 AGG hinausgehenden tatbestandlichen Voraussetzungen seines Anspruchs nachweisen muss. Demzufolge ergibt sich ein Zurechnungs-

²⁴ Adomeit/Mohr, § 21 AGG, Rn. 10.

²⁵ Adomeit/Mohr, § 21 AGG, Rn. 12f..

²⁶ Schleusener/Suckow/Voigt, § 22 AGG, Rn. 8.

²⁷ Boemke/Dankó, § 10 Beweislast (§22 AGG), Rn. 8.

zusammenhang gem. § 7 Abs. 1 i.V.m. § 3 AGG hinsichtlich benachteiligungsgeschützter Merkmale.²⁸ Darüber hinaus obliegt ihm ebenfalls die Darlegungs- und Beweispflicht zur begehrten Rechtsfolge gem. § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG. Allerdings gilt die Einschränkung, dass die Notwendigkeit, persönliche Merkmale wie bspw. ethnische Herkunft, sexuelle Identität oder Religion zu offenbaren obsolet sein kann, zumal § 7 Abs. 1 Halbsatz 2 AGG die Anknüpfung an unzulässige Merkmale an sich bereits unzulässig macht.²⁹

2. Beweiserleichterung

Sofern eine Benachteiligung insbesondere wegen eines geschützten Merkmals erfolgt ist³⁰, kann der Nachweis durch den Kläger mittels Vollbeweis erfolgen. Erschließt sich diese Option für den Benachteiligten nicht, gilt der Vortrag von Indizien als Weg der Beweiserleichterung. Inhaltlich muss die unterschiedliche Behandlung auf einem nach § 1 AGG normierten Merkmal beruhen.³¹

a. Indizienbeweis

Der Indizienbeweis kann nur zur Anwendung gelangen, wenn die bewiesenen Indizien das Tatbestandsmerkmal tatsächlich beweisen.³² Der Indizienbeweis bedarf jedoch nicht zwingend einer Kausalität zwischen einer Benachteiligung selbst und einem Benachteiligungstatbestand. Entscheidend ist vielmehr, dass nach der allgemeinen Lebenserfahrung eine signifikante Wahrscheinlichkeit besteht.³³ Indizien, die beweisen, dass ein Arbeitgeber gegen gesetzliche Vorschriften verstoßen hat, gelten demnach als ausreichend. So ist bspw. der Verstoß gegen ein Verbot diskriminierender Stellenanzeigen nach § 11 AGG, als starkes Indiz zu werten. Auch Fragen des Arbeitgebers nach einem geschützten Merkmal sowie ein unvermitteltes Verhalten von Arbeitgebern im Verlauf eines Auswahlverfahrens können als

²⁸ BAG Urteil v. 17.08.2010 – 9 AZR 839/08.

²⁹ Rust/Falke, § 22 AGG, Rn. 50.

³⁰ BAG Urteil vom 05.02.2004 – 8 AZR 112/03.

³¹ BT-Drucks. 16/1780; BT-Drucks. 16/2022.

³² ErfK/Schlachter, § 22 AGG, Rn. 4.

³³ BAG Urteil vom 17.12.2009 – 8 AZR 670/08; NZA 2010, S. 383, Rn. 19.

Indizien dienen. Maßgeblich ist letztlich eine Gesamtbetrachtung sämtlicher, eine Vermutungswirkung, begründender Umstände.³⁴

b. Untaugliche Indizien

Ein Indiz für eine unzulässige Benachteiligung ist nicht darstellbar, wenn lediglich ein geschütztes Merkmal in Relation zu einer ablehnenden Entscheidung steht. So bspw., wenn ein Benachteiligungsindiz bereits darin zu sehen sei, wenn ein Bewerber vorträgt, schon einen Gleichbehandlungsanspruch annehmen zu können, wenn seine Bewerbung beim Unternehmen eingegangen, und das Anforderungsprofil erfüllt ist. Dies kann insbesondere deshalb nicht gelten, weil die Rechtsfolge dessen, konträr zu § 22 AGG dazu führt, dass sich aus der unsubstantiierten Behauptung eine Beweislastumkehr ergibt.

c. Haftung aufgrund der Nichterfüllung von Organisationspflichten

Die Ansicht, die Nichterfüllung von Organisationspflichten selbst seien Indiz für einen Benachteiligungsvorsatz des Arbeitgebers kann nicht gelten. Eine eigene Haftung des Arbeitgebers neben dem Täter, ist bei Unterlassen der Organisationspflichten nicht gegeben, weil nur eine subjektiv-kausale Benachteiligung haftungstauglich ist.³⁵

d. Entlastungsbeweis des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber trägt dann die Beweislast dafür, dass keine Benachteiligung vorliegt, sofern dem Kläger seinerseits der Nachweis eines Vermutungstatbestandes gelungen ist.³⁶

In diesem Fall obliegt es dem Arbeitgeber, den Gegenbeweis dafür zu führen, dass keine vermutete Benachteiligung gem. §§ 1, 7 Abs. 1 AGG tatbestandlich vorgelegen hat. Der Gegenbeweis kann dem Arbeitgeber jedoch nur gelingen, wenn er anhand einer aussagefähigen Dokumentation im Auswahlverfahren eine Benachteiligung, entkräftet. Sofern der Arbeitgeber mit seinem Gegenbeweis scheitert, besteht ferner die Option, Gründe vorzutragen, welche einen sachlichen Grund gem. § 3 Abs. 2 AGG

³⁴ BAG Urteil vom 24.04.2008 – 8 AZR 257/07; Adomeit/Mohr, § 22 AGG, Rn. 34f., S. 824f.

³⁵ Adomeit/Mohr, § 22 AGG, Rn. 46; § 3 AGG, Rn. 21; § 12, Rn. 56.

³⁶ Schleusener/Suckow/Voigt, § 22 AGG, Rn. 46.

erfüllen oder alternativ einen Rechtfertigungsgrund gem. §§ 8 bis 10 AGG darstellen.³⁷

IV. Ansprüche nach § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 12 AGG

Der Arbeitgeber gilt gegenüber Benachteiligten als Verantwortlicher im arbeitsrechtlichen Bereich des AGG. So bspw., wenn der Arbeitgeber gegen seine Organisationspflicht nach § 12 AGG verstößt. Zu berücksichtigen ist, dass einzelne Beschäftigte nicht in Anspruch genommen werden können. In Relation der Beschäftigten untereinander lassen sich lediglich deliktrechtliche Bestimmungen des allgemeinen Zivilrechts, so bspw. bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. § 823 Abs. 1 BGB, fassen.³⁸ Insofern gelten die Regelungen des § 823 Abs. 1 BGB für das AGG als unbedeutend.³⁹ Das BAG neigt seinerseits ebenfalls inzwischen dazu, eine Anwendbarkeit des § 823 Abs. 1 BGB zu verneinen.⁴⁰

D. Schlussbetrachtung

Im Rahmen der Personalbeschaffung gilt es grundsätzlich Benachteiligungen gem. AGG, bspw. nach §§ 1, 7 Abs. 1 AGG, zu vermeiden. Gelingt dies nämlich nicht, dann können Haftungsrechtliche Gesichtspunkte gem. § 15 AGG gegen einen Arbeitgeber wirken, insbesondere dann, wenn er einen Verstoß gegen das AGG verschuldet hat bzw. vertreten muss.

Nach § 276 Abs. 1 BGB muss ein Verschulden mindestens leicht fahrlässigem Handeln geschuldet sein oder aus der Zurechnung des Verhaltens Dritter gem. § 278 Satz 1 BGB resultieren.

Zugleich wird nach § 15 AGG zwischen materiellen und immateriellen Schäden differenziert. Zudem sind nur Bewerber Schadensersatzberechtigte, wenn sie gem. § 3 AGG, aufgrund eines in § 1 AGG definierten Grundes, benachteiligt worden sind. Daraus folgt jedoch einschränkend, dass eine Ungleichbehandlung nach §§ 3 Abs. 2, 5, 8, 9 und / oder 10 AGG nicht tangiert sein dürfen. Demzufolge muss eine mittelbare Benachteiligung vorliegen, welche nach § 7 Abs. 1 AGG normiert ist. Die Bemessungsgrundlagen für den Umfang eines Schadensersatzanspruchs resultieren aus

³⁷ Schleusener/Suckow/Voigt, § 22 AGG, Rn. 47ff., S. 446f.

³⁸ Adomeit/Mohr, § 12 AGG, Rn. 31.

³⁹ Palandt Kommentar § 823 BGB, Rn. 20, S. 1311.

⁴⁰ Staudinger Hk-BGB § 823, Rn. 42 f., S. 1163f.

§§ 249 ff. BGB. Entschädigungsberechtigte sind jene Bewerber, die sich subjektiv ernsthaft um eine zu besetzende Stelle beworben haben, für die sie objektiv geeignet sind.

Neben einer monetär bemessenen Entschädigung normiert § 21 AGG zivilrechtliche Ansprüche in Form eines Beseitigungsanspruchs oder einer Unterlassung.

Hinsichtlich der Beweislast wird konstatiert, dass der Arbeitgeber nach § 22 AGG die vollumfängliche Beweislast dafür trägt, dass eine unzulässige Benachteiligung gem. §§ 1, 7 AGG nicht erfolgt ist.

Der Bewerber hingegen trägt seinerseits die Beweislast für alle Anspruchsbegründenden Tatbestände gegenüber dem Arbeitgeber.

Die Beweisführung kann mittels Vollbeweis einerseits sowie durch Indizienbeweis andererseits, erfolgen. Zudem muss eine subjektiv-kausale Benachteiligung vorliegen, weil nur diese haftungstauglich sein kann. So gilt bspw. eine Nichterfüllung der Organisationspflichten nicht als ausreichendes Indiz.

Ist dem Kläger seinerseits der Beweis eines Vermutungstatbestandes gelungen, so trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass keine Benachteiligung gem. §§ 1, 7 Abs. 1 AGG stattgefunden hat. Dabei ist eine Aussagefähige Dokumentation des Auswahlverfahrens, wie in Teil 1 bis 3 zur Themenreihe beschrieben, unerlässlich. Gelingt ihm das nicht, so bleibt die Möglichkeit, einen sachlichen Rechtfertigungsgrund gem. § 3 Abs. 2 AGG oder nach §§ 8-10 AGG als Entlastungsbeweis darzustellen.

Insgesamt bleibt zu bedenken, dass hinsichtlich der Haftungsrechtlichen Gesichtspunkte für einen Arbeitgeber zahlreiche Optionen bestehen, sich vor Entschädigungsklagen zu schützen, sei es präventiv oder pro aktiv im Rahmen der Beweislastverteilung.

Literaturverzeichnis

Adomeit, Klaus / Mohr, Jochen: AGG – Kommentar zum Allgemeinen Gleichstellungsgesetz, 2. Auflage 2011, Boorberg Verlag Stuttgart

Boemke, Burkhard / Danko, Franz-Ludwig, AGG im Arbeitsrecht, Springer Verlag Heidelberg / Berlin 2007

Dörner, Heinrich / Ebert, Ina / Hoeren, Thomas / Kemper, Rainer / Saenger, Ingo / Schreiber, Klaus / Schulte-Nölke, Hans / Schulze, Reiner / Staudinger, Ansgar: Bürgerliches Gesetzbuch –Handkommentar-, 7. Auflage 2012, Nomos Verlag Baden-Baden

Erman, Walter / Armbrüster, Christian: BGB Kommentar, Band 1 Allgemeiner Teil – Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 12. Auflage 2008, Otto Schmidt Verlag Köln

Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 71. neu bearbeitete Auflage 2012, Beck Verlag München

Rust, Ursula (Hrsg.) / Falke, Josef: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, G. Schmidt Verlag Berlin, 2007

Schlachter, Monika / Dieterich, Thomas / Schaub, Günter / Hanau, Peter – Müller-Glöge, Rudi / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12. neu bearbeitete Auflage 2012, Band 51, C.H. Beck Verlag München

Schleusener, Aino / Suckow, Jens / Voigt, Burkhard: AGG - Kommentar zum Allgemeinen Gleichstellungsgesetz, 3. neu überarbeitete Auflage, Luchterhand Verlag 2011

Staudinger, Ansgar / Annuß, Georg: BGB – Kommentar, Buch II: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 611-651, 13. Auflage 2006

Thüsing, Gregor: Münchner Kommentar, BGB Band I Allgemeiner Teil, 2. Halbband - Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 5. Auflage 2007, Beck Verlag München

Sonstige Quellen

BT-Drucks. 16/1780 v. 08.06.2006 – Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung;

BT-Drucks. 16/2022 v. 28.06.2006 – Beschlussempfehlung und Bericht

Entscheidungsverzeichnis

EuGH

EuGH Urteil v. 08.11.1990, C-177/88

EuGH Urteil v. 02.08.1993, C-271/91

BAG

BAG Urteil v. 12.11.1989 – 8 AZR 365/97

BAG Urteil v. 05.02.2004 – 8 AZR 112/03

BAG Urteil v. 24.04.2008 – 8 AZR 257/07

BAG Urteil v. 28.05.2009 – 8 AZR 536/08

BAG Urteil v. 24.09.2009 – 8 AZR 705/08

BAG Urteil v. 17.12.2009 – 8 AZR 670/08; NZA 2010, S. 383, Rn. 19

BAG Urteil v. 18.03.2010 – 8 AZR 77/09

BAG Urteil v. 17.08.2010 - 9 AZR 839/08

BAG Urteil v. 19.08.2010 – 8 AZR 530/09

LAG

LAG Düsseldorf Urteil v. 01.02.2002 – 9 Sa 1451/01; LAGE § 611a BGB Nr. 5

LAG Baden-Württemberg Urteil v. 26.03.2008 – 11 Sa 83/08; Revision BAG – 8 AZR 370/09

LAG Köln Urteil v. 21.01.2009 – 7 Sa 980/08

Sonstige

ArbG Düsseldorf Urteil v. 19.08.2010 – 11 Ca 754/08