

4 Schriften zum Zivilverfahrensrecht
und Insolvenzrecht

Herausgegeben von Martin Ahrens

Sven Schulze

Die Beweislastregel des § 22 AGG

A. Einleitung

I. Einführung in die Problematik

Seit längerem ist anerkannt, dass die prozessuale Durchsetzbarkeit von Benachteiligungsverboten mit der Beweislastverteilung steht und fällt.¹ So trat bereits im Jahre 1980 mit § 611a I 3 BGB a.F. eine Beweislastregel in Kraft,² die Arbeitnehmern den Nachweis erleichtern sollte, dass sie wegen ihres Geschlechts benachteiligt wurden.³ Ihr nachgebildet war die in § 81 II 2 Nr. 1 S. 3 SGB IX a.F.⁴ enthaltene Regelung.⁵ Die Beweislastvorschrift des § 611a I 3 BGB a.F. blieb bis zu ihrer Aufhebung und der zeitgleichen Einführung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes am 18.8.2006⁶ unverändert und lautete:

„Wenn im Streitfall der Arbeitnehmer Tatsachen glaubhaft macht, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen, trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass nicht auf das Geschlecht bezogene, sachliche Gründe eine unterschiedliche

1 Prütting, Beweislast, S. 335; ders., in: FS 50 Jahre BAG, S. 1312.

2 Eingeführt durch das Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz und über die Erhaltung von Ansprüchen bei Betriebsübergang (Arbeitsrechtliches EG-Anpassungsgesetz) v. 13.8.1980, BGBl. I 1980, S. 1308.

3 BT-Drs. 8/3317, S. 9.

4 § 81 II 2 Nr. 1 S. 3 SGB IX a.F. lautete: „Macht im Streitfall der schwerbehinderte Beschäftigte Tatsachen glaubhaft, die eine Benachteiligung wegen der Behinderung vermuten lassen, trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass nicht auf die Behinderung bezogene, sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen oder eine bestimmte körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung für diese Tätigkeit ist.“ Die Vorschrift wurde eingeführt mit dem Neunten Buch des Sozialgesetzbuches (SGB IX) zur Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen v. 19.6.2001, BGBl. I 2001, S. 1071. Ihre Aufhebung erfolgte durch das Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung v. 14.8.2006, BGBl. I 2006, S. 1909.

5 BT-Drs. 14/5074, S. 113.

6 Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung v. 14.8.2006, BGBl. I 2006, S. 1897, 1909.

Behandlung rechtfertigen oder das Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die ausübende Tätigkeit ist.“⁷

Mit dem Erlass der Beweislastrichtlinie 97/80/EG am 15. Dezember 1997⁸ gewann § 611a I 3 BGB a.F. eine europarechtliche Dimension. Art. 4 I RL 97/80/EG regelte die Beweislast bei geschlechtsbezogenen Diskriminierungen und wies sprachliche Parallelen zu § 611a I 3 BGB a.F. auf:

„Die Mitgliedstaaten ergreifen im Einklang mit dem System ihrer nationalen Gerichtsbarkeit die erforderlichen Maßnahmen, nach denen dann, wenn Personen, die sich durch die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für beschwert halten und bei einem Gericht bzw. einer anderen zuständigen Stelle Tatsachen glaubhaft machen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, es dem Beklagten obliegt zu beweisen, daß keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat.“⁹

Die Einführung von Art. 4 I RL 97/80/EG zog eine Kontroverse um die Beweislastregel aus § 611a I 3 BGB a.F. nach sich. Zuvor bestand im Schrifttum noch Einigkeit darüber, dass jene nur den Beweis der Kausalität der Geschlechtszugehörigkeit erleichterte.¹⁰ Nun plädierten einige Vertreter dafür, § 611a I 3 BGB a.F. im Wege der richtlinienkonformen Auslegung auch auf die Tatsachenvoraussetzung der objektiven Benachteiligung zu erstrecken, weil jene ebenfalls dem Begriff der „Diskriminierung“ nach Art. 4 I RL 97/80/EG unterfalle.¹¹

Im Rahmen des § 22 AGG kehrt diese Problematik exakt wieder. Der Maßstab der Beweislastrichtlinie ist nach wie vor relevant. Art. 4 I RL 97/80/EG bildete den Vorläufer für die nahezu wortgleichen Beweislastbestimmungen in den späteren Antidiskriminierungsrichtlinien (Art. 8 I RL 2000/43/EG¹², Art. 10 I RL 2000/78/EG¹³ sowie Art. 9 I RL 2004/113/EG¹⁴) und ging selbst in Art. 19 I RL 2006/54/

7 Hervorhebungen hinzugefügt.

8 ABl. EG 1998 Nr. L 14, S. 6; aufgehoben mit Wirkung vom 15.8.2009 gem. Art. 34 I RL 2006/54/EG.

9 Hervorhebungen hinzugefügt.

10 Siehe etwa *Knigge*, BB 1980, 1272 (1273); *Eich*, NJW 1980, 2329 (2332); *Lorenz*, DB 1980, 1745 (1745); *Molitor*, RdA 1984, 13 (16); *Dix*, Gleichberechtigung, S. 324 f.; *Baumgärtel*, in: Baumgärtel, Handbuch, § 611a BGB Rn. 4; *Raab*, in: Soergel, § 611a Rn. 77 ff.; *Hanau*, in: FS f. Gnade, S. 351 f. m.w.N.

11 *Zwanziger*, DB 1998, 1330 (1333); *Röthel*, NJW 1999, 611 (612 ff.); *Linck*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt*, 2. Aufl., § 611a BGB Rn. 87.

12 ABl. EG 2000 Nr. L 180, S. 25.

13 ABl. EG 2000 Nr. L 303, S. 20.

14 ABl. EG 2004 Nr. L 373, S. 41.

EG¹⁵ auf.¹⁶ Gleichzeitig gibt der Wortlaut von § 22 AGG nicht klar zu erkennen, auf welche Tatsachen die Beweislastregel anwendbar ist. In § 22 AGG heißt es:

„Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.“

Aus dem ersten Satzteil geht nicht eindeutig hervor, ob sich die Indizien lediglich auf die Kausalität eines in § 1 AGG genannten Grundes („wegen“) für die Benachteiligung beziehen oder auch die Ungleichbehandlung als solche erfassen.¹⁷ Zudem sorgt die Formulierung der zweiten Satzhälfte von § 22 AGG für Verwirrung. Was mit „Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung“ gemeint ist, erschließt sich nicht von selbst.

Zusätzlichen Diskussionsstoff liefert das für die Indizien erforderliche Beweismaß. Der Ausdruck „Indizien beweist“ in 22 AGG weicht vom Wortlaut des § 611a I 3 BGB a.F. ab, in dem noch von „Tatsachen glaubhaft macht“ die Rede war. Ob der Gesetzgeber damit auf einen Vollbeweis hinsichtlich des Vorliegens der Indizien abzielte, ist heftig umstritten.¹⁸ Die Europarechtskonformität des § 22 AGG steht auch an dieser Stelle auf dem Prüfstand. Die richtlinienrechtlichen Beweislastregeln verlangen in der deutschen Sprachfassung lediglich eine Glaubhaftmachung der Tatsachen, die das Vorliegen einer Diskriminierung vermuten lassen.¹⁹

Demgegenüber werden die Gerichte insbesondere mit der Frage konfrontiert, welche Tatsachen als Indizien, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG

15 ABl. EG 2006 Nr. L 204, S. 31 und 36.

16 *Hoentzsch*, DB 2006, 2631 (2631).

17 *Bertzbach*, in: Däubler/Bertzbach, § 22 Rn. 16.

18 Für einen Vollbeweis der Indizien z.B. *Wörl*, Beweislast, S. 55; *Annuß*, BB 2006, 1629 (1635); *Düwell*, BB 2006, 1741 (1744); *Diller*, BB 2006, 1968 (1968); *Falke*, in: Rust/Falke, § 22 Rn. 47; *Bauer/Göppfert/Krieger*, § 22 Rn. 6; *Stein*, in: Wendeling-Schröder/Stein, § 22 Rn. 17 ff.; *Peick*, Darlegungs- und Beweislast, S. 150 ff.; für ein reduziertes Beweismaß etwa *Windel*, RdA 2011, 193 (196 f.); *Kremer*, in: Hey, § 22 Rn. 6 ff.; *Meinel/Heyn/Herms*, § 22 Rn. 5; *Thüsing*, in: MüKo, § 22 AGG Rn. 2; *Voigt*, in: Schleusener/Suckow/Voigt, § 22 Rn. 41; *Kocher*, in: Schiek, § 22 Rn. 16; *Wackerbarth*, ZIP 2007, 453 (456).

19 Art. 8 I RL 2000/43/EG, Art. 10 I RL 2000/78/EG, Art. 9 I RL 2004/113/EG und Art. 19 I RL 2006/54/EG.

genannten Grundes „vermuten lassen“, zu bewerten sind.²⁰ Begründet etwa die Tatsache, dass Frauen auf den Führungsebenen eines Unternehmens statistisch deutlich unterrepräsentiert sind, für sich genommen ein ausreichendes Indiz für eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts bei der Beförderung?²¹

Erörterungsbedürftig sind schließlich auch der sachliche und persönliche Anwendungsbereich der Beweislastregel. § 22 AGG setzt in sachlicher Hinsicht lediglich einen „Streitfall“ voraus. Offen bleibt, in welchen Verfahren und auf welche Regelungen die Beweislastregel Anwendung findet. Ferner kommt sie auf den ersten Blick jedem zugute, der im Streitfall als „Partei“ auftritt. Damit scheinen sich nicht nur diskriminiert fühlende Beschäftigte, sondern unter Umständen auch Arbeitgeber auf § 22 AGG berufen zu können. Darin läge eine deutliche Diskrepanz zu der Vorgängerregelung des § 611a I 3 BGB a.F., die ihrem Wortlaut nach allein zugunsten von Arbeitnehmern anwendbar war.

Die vorstehenden Ausführungen deuten an, dass Kernpunkte der Beweislastregel bislang noch ungeklärt sind. Dieser Befund ist angesichts der entscheidenden Bedeutung der Beweislastverteilung für die prozessuale Durchsetzbarkeit der diskriminierungsrechtlichen Vorschriften bedenklich und rechtfertigt eine eingehende Untersuchung des § 22 AGG.

II. Gang der Darstellung

Um Regelungsinhalt und Bedeutung der Beweislastregel erfassen zu können, sind als Basis der Untersuchung zunächst die allgemeinen Grundsätze der Beweislast (B.) und des Beweisrechts sowie deren Modifizierung durch Beweiserleichterungen (C.) aufzuzeigen.

Anschließend wird der Anwendungsbereich des § 22 AGG analysiert (D.). Im Rahmen des sachlichen Anwendungsbereichs spielt der Begriff des „Streitfalls“ eine zentrale Rolle, den es auszulegen gilt. Zudem sind die von § 22 AGG erfassten Benachteiligungsformen, Benachteiligungsgründe und Regelungen zu klären, bevor der Parteibegriff als Anknüpfungspunkt des persönlichen Anwendungsbereichs thematisiert wird.

20 Vgl. etwa BAG, NZA 2009, 1087 (1087); NZA 2010, 1412 (1415 f.); NZA 2011, 153 (156); NZA 2012, 1345 (1348 f.); NZA 2012, 667 (670 ff.); EzA, § 22 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz Nr. 7; NJW 2013, 2055 (2057 f.); NJW 2013, 2778 (2780 ff.); NZA-RR 2013, 574 (575); NZA 2014, 21 (23 f.); LAG Köln, AE 2013, 158; LAG Berlin-Brandenburg, ArbR 2013, 635; LAG München, BB 2013, 570 (573 f.).

21 Dafür LAG Berlin-Brandenburg (15. Kammer), ArbuR 2009, 134 (135).

Erst dann stehen der Regelungsinhalt des § 22 AGG und seine Abweichungen von den allgemeinen Grundsätzen des zivilprozessualen Beweis- und Beweislastrechts im Fokus der Untersuchung. In einem ersten Schritt werden die grundsätzliche Beweislastverteilung für die Tatbestandsmerkmale aus § 3 I bis V AGG und § 16 I und II AGG sowie die allgemeinen Anforderungen an Darlegung und Beweis dieser Voraussetzungen dargestellt (E.). Im Anschluss sind die Anforderungen des § 22 AGG an den Beweis von Indizien, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen, zu ermitteln (F.). Den Schwerpunkt bilden hier der Bezugsgegenstand der Indizien bei den einzelnen Benachteiligungsformen und das erforderliche Beweismaß für das Vorliegen der Indizien. In diesem Zusammenhang werden verschiedene Beispiele für taugliche Indizien erörtert. Weiterhin ist die Rechtsfolge der Beweislastumkehr auf „die andere Partei“ gem. § 22 a.E. AGG zu untersuchen (G.). Bei der Bestimmung des Umfangs der Beweislastverlagerung soll geklärt werden, was mit einem „Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung“ gemeint ist.

Der darauf folgende Teil befasst sich mit den Auswirkungen der Beweislastregel auf die Behauptungslast der Parteien (H.). Sodann werden die prozessualen Verteidigungsmöglichkeiten der Gegenpartei (I.) sowie Anwendbarkeit und Auswirkungen des § 22 AGG im einstweiligen Verfügungsverfahren (J.) behandelt. Die Arbeit endet mit einer Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse (K.).