

Gelbe Erläuterungsbücher

# Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und Entgelttransparenzgesetz: AGG/EntgTranspG

Kommentar

Bearbeitet von

Von Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Rechtsanwalt, Dr. Steffen Krieger, Rechtsanwalt, und Dr. Jens Günther, Rechtsanwalt

5. Auflage 2018. Buch. XXVII, 687 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 71752 9

Format (B x L): 12,8 x 19,4 cm

[Recht > Arbeitsrecht > Antidiskriminierung, Gleichbehandlung](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

vorkommende) nicht iRd wirtschaftlichen Tätigkeit betriebene Arbeitnehmerüberlassung und die privilegierte Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 AÜG (Arbeitnehmerüberlassung zur Vermeidung von Kurzarbeit und Entlassungen), § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG (konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung), § 1 Abs. 3 Nr. 2a AÜG (gelegentliche Überlassung), § 1 Abs. 3 Nr. 26 AÜG (Personalgestellung), § 1 Abs. 3 Nr. 2c AÜG (öffentlicher Dienst) und § 1 Abs. 3 Nr. 3 AÜG (Überlassung ins Ausland).

### c) Heimarbeiter (Satz 3)

Nach § 6 Abs. 2 S. 3 tritt für Heimarbeiter und Gleichgestellte an die Stelle des Arbeitgebers der **Auftraggeber** oder **Zwischenmeister** (§ 2 Abs. 3 HAG). 25  
Hintergrund dieser Sonderregelung ist offenbar, dass das Heimarbeitsverhältnis begrifflich keinen „Arbeitgeber“ kennt, weil mit diesem Begriff lediglich der Vertragspartner eines Arbeitnehmers bezeichnet wird. Dies gilt in gleicher Weise aber auch für die weiteren in § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 bezeichneten Personen, die ebenfalls nicht in einem Vertragsverhältnis zu einem Arbeitgeber stehen. Gleichwohl fehlt es für diese Personen an einer § 6 Abs. 2 S. 3 entsprechenden Sonderregelung.

## 4. Selbständige und Organmitglieder (Abs. 3)

§ 6 Abs. 3 steht im unmittelbaren Zusammenhang mit der Regelung in § 2 26  
Abs. 1 Nr. 1. Danach gelten die Vorschriften des AGG im Hinblick auf die Bedingungen für den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit sowohl für unselbständige als auch für selbständige Tätigkeiten. § 6 Abs. 3 stellt klar, dass sich die Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer Benachteiligung im Hinblick auf die Bedingungen für den Zugang zu einer **selbständigen Erwerbstätigkeit** (dazu → § 2 Rn. 16) grds. nach den Vorschriften des 2. Abschnitts bestimmen.

### a) Organmitglieder

§ 6 Abs. 3 ordnet eine entsprechende Geltung der Vorschriften des 2. Abschnitts 27  
auch für Organmitglieder an. Damit sind **in erster Linie vertretungsberechtigte Organmitglieder** einer juristischen Person gemeint, dh die in § 6 Abs. 3 ausdrücklich genannten Geschäftsführer und Vorstände. Die Tatsache, dass die Benachteiligungsverbote nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 bzw. nach § 6 Abs. 3 nur für Erwerbstätigkeiten gelten, hat hier insoweit Bedeutung, als nur das Dienstverhältnis eines Organmitglieds, nicht aber das gesellschaftsrechtliche Organverhältnis dem Allgemeinen Gleichbehandlungsrecht unterliegt. Einkünfte erzielen Organmitglieder ausschließlich aus dem Dienstverhältnis. Das hiervon nach deutschem Recht grds. unabhängige Organverhältnis ist deshalb nicht Teil der durch das AGG geschützten Erwerbstätigkeit. Folglich kann sich die Frage einer verbotenen Benachteiligung nur im Hinblick auf den Abschluss eines Dienstvertrags, nicht aber im Hinblick auf eine Bestellung als Geschäftsführer oder Vorstand stellen (*Bauer/Arnold ZIP* 2008, 993 (997); *Reuter FS Adomeit* 2008 S. 595 (598 f.); aA aber *BGH* 23.4.2012, *NZA* 2012, 797 mit krit. Anm. *Bauer/Arnold NZG* 2012, 91 und *Lingemann/Weingarth DB* 2012, 1499; *Lutter BB* 2007, 725 (726)).

Für **nicht vertretungsberechtigte Organmitglieder**, zB Mitglieder des Aufsichtsrats einer AG, gelten die Benachteiligungsverbote nur, wenn die Organmit- 28

gliedschaft eine Erwerbstätigkeit ist (weitergehend *Lutter* BB 2007, 725 (730), der von einer grds. Anwendbarkeit des AGG auf Aufsichtsratsmitglieder ausgeht; ebenso *Ejßer/Baluch* NZG 2007, 321 (322); *Krause* AG 2007, 392 (393)). Dies setzt voraus, dass das Organmitglied aus seiner Tätigkeit dauerhaft Einkünfte erzielt, die seinem Lebensunterhalt dienen. Damit wäre auch die Aufsichtsrats-tätigkeit einer Person erfasst, die ihren Hauptverdienst als Vorstand einer anderen Gesellschaft erzielt. Das AGG würde dagegen nicht gelten, wenn die Aufsichtsrats-tätigkeit in einer Konzerngesellschaft mit den Vorstandsbezügen abgegolten ist, weil dem Begriff der Erwerbstätigkeit ein wirtschaftliches Verständnis zu Grunde liegt.

- 29 Sind Organmitglieder **zugleich Gesellschafter** der juristischen Person, für die sie tätig sind (zB Gesellschafter-Geschäftsführer), hängt die Geltung der Benachteiligungsverbote davon ab, ob die Gesamttätigkeit nach einer wertenden Betrachtung als selbständige Erwerbstätigkeit anzusehen ist. Das Halten von Gesellschaftsanteilen gilt nicht als Erwerbstätigkeit, auch wenn hieraus dauerhaft Einnahmen erzielt werden, die dem Lebensunterhalt dienen (→ § 2 Rn. 16). Treffen Organverhältnis und Gesellschafterstellung zusammen, kommt es deshalb darauf an, welches Rechtsverhältnis im Vordergrund steht. Nur wenn dies die Tätigkeit als Organmitglied ist, finden die Benachteiligungsverbote nach § 6 Abs. 3 Anwendung (weitergehend *Schroeder/Diller* NZG 2006, 728 (730), die § 6 Abs. 3 nur auf solche Geschäftsführer/Vorstände anwenden wollen, die nicht zugleich Gesellschafter sind oder bei denen jedenfalls die Gesellschafterstellung nur eine untergeordnete Rolle einnimmt). Sie gelten aber auch dann nur für das Dienstverhältnis (→ Rn. 27).

### b) Zugangsbedingungen

- 30 Der Gesetzgeber sieht die Tätigkeit eines Organmitglieds als **selbständige Beschäftigung** an. Dies ergibt sich daraus, dass er die Geltung der Benachteiligungsverbote für Organmitglieder in § 6 Abs. 3 auf Zugangsbedingungen beschränkt hat. Für unselbständig Beschäftigte müssten die Benachteiligungsverbote des 2. Abschnitts dagegen auch für die Bedingungen der Ausübung der Tätigkeit gelten (§ 2 Abs. 1 Nr. 2).
- 31 Die Benachteiligungsverbote gelten deshalb auch für Organmitglieder nur für den Zugang zur Tätigkeit sowie für den beruflichen Aufstieg, nicht aber für die anderen in § 2 Abs. 1 Nr. 2 geregelten Sachverhalte und damit insbesondere **nicht für die Beendigung** des dem Organverhältnis zu Grunde liegenden Dienstverhältnisses (*Ejßer/Baluch* NZG 2007, 321 (329); *Krause* AG 2007, 392 (394); *Lutter* BB 2007, 725 (728); *Willemsen/Schweibert* NJW 2006, 2583 (2584); aA *Horstmeier* GmbHR 2007, 125 (126)). Danach wäre es also bsw. grds. unzulässig, die Anstellung einer Person als Vorstand abzulehnen mit der Begründung, sie sei zu alt. Die Kündigung eines Vorstands wegen seines Alters wäre dagegen – ebenso wie die Vereinbarung einer Altersgrenze – grds. zulässig. Ebenfalls zulässig wäre es, einen befristeten Dienstvertrag nicht zu verlängern, weil der Vorstand ein bestimmtes Alter erreicht hat. Die Entscheidung über die Nichtverlängerung führt zur Beendigung des Tätigkeitsverhältnisses und zählt damit funktional zu den Beendigungsbedingungen und nicht zu den von § 6 Abs. 3 erstassten Zugangsbedingungen (*Bauer/Arnold* ZIP 2008, 993 (999); aA aber BGH 23.4.2012, NZA 2012, 797; *Kliemt* RdA 2015, 232 (234 f.); *Jaeger* FS Bauer 2010 S. 495 (499): Nichtverlängerung als „Ablehnung einer erneuten Einstellung“). Insoweit unterscheidet sich das am wirtschaftlichen Vorgang orientierte europäische Begriffsverständnis etwa

von dem juristisch überformten Verständnis des Einstellungsbegriffs in § 99 BetrVG (vgl. BAG 7.8.1990, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 82). Im Ausnahmefall kann aber die Kündigung eines Dienstverhältnisses wegen eines **Verstoßes gegen Treu und Glauben** oder die **guten Sitten** nach §§ 242, 138 BGB unwirksam sein, etwa weil ein Geschäftsführer ausschließlich wegen seiner ethnischen Herkunft gekündigt wird, ohne dass hierfür sachliche Gründe vorliegen (vgl. LG Frankfurt a. M. 7.3.2001, NZA-RR 2001, 298; → § 2 Rn. 58).

Neben der Anstellung als Organmitglied erfassen die Benachteiligungsverbote auch den **beruflichen Aufstieg**. Für Organmitglieder ist dies die „Beförderung“ als Sprecher der Geschäftsführung oder als Vorsitzender des Vorstands (*Horstmeier* GmbHR 2007, 125 (126)). 32

### c) Europarechtliche Problematik

Ob die Beschränkung der Anwendung der Benachteiligungsverbote für Organmitglieder auf Zugangsbedingungen eine ausreichende Umsetzung der Europäischen Antidiskriminierungs-RL darstellt, ist für GmbH-Geschäftsführer und AG-Vorstände unterschiedlich zu beantworten. Ebenso wie § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2 differenzieren auch RL 2000/43/EG, 2002/73/EG und 2004/113/EG zwischen Zugangsbedingungen (insoweit gelten die RL für selbständig und unselbständig Erwerbstätige) und **Ausübungsbedingungen** (insoweit gelten die RL nur für unselbständig Erwerbstätige). Ob Organmitglieder hinsichtlich der Ausübungsbedingungen vom Anwendungsbereich der Antidiskriminierungs-RL erfasst sind, bestimmt sich also danach, ob Organmitglieder nach den Antidiskriminierungs-RL als abhängig Beschäftigte oder selbständig Erwerbstätige anzusehen sind. 33

Für die Abgrenzung ist dabei vom **einheitlichen Arbeitnehmerbegriff** des Gemeinschaftsrechts auszugehen, auf dem die Antidiskriminierungs-RL aufbauen. Der Begriff des Arbeitnehmers iSd Gemeinschaftsrechts ist nach der ständigen Rspr. des EuGH (vgl. EuGH 12.5.1998, DB 1998, 1381; 8.6.1999, DB 1999, 1839) weit auszulegen. Arbeitnehmer ist danach jeder, der eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Da Arbeitnehmerfreizügigkeit einerseits und Dienstleistungsfreiheit andererseits einander ausschließen, ist der Begriff des Arbeitnehmers über das Merkmal der Weisungsgebundenheit vom Begriff des Selbständigen abzugrenzen (EuGH 30.11.1995, DB 1996, 35). Die Abgrenzung zwischen Arbeitsverhältnis und selbständiger Tätigkeit hängt dabei ab von der Gesamtheit der jeweiligen Faktoren und Umstände, die die Beziehungen zwischen den Parteien charakterisieren, wie etwa die Beteiligung an geschäftlichen Risiken des Unternehmens, die freie Gestaltung der Arbeitszeit und der freie Einsatz eigener Hilfskräfte. Die Arbeitnehmereigenschaft einer Person ist nicht bereits dadurch ausgeschlossen, dass deren Entlohnung im Wege einer Ertragsbeteiligung erfolgt (EuGH 14.12.1989, Slg. 1989, 4459 (4505)). 34

Ob danach vertretungsberechtigte Organmitglieder einer juristischen Person Arbeitnehmer sind oder ob sie als Teil der Unternehmensleitung zu den selbständig Tätigen zählen, hat der EuGH in der Vergangenheit **widersprüchlich beurteilt** (einerseits EuGH 7.5.1998, Slg. 1998, I-2521 (2547), andererseits EuGH 35

29.10.1998, Slg. 1998, I-6717 (6744)). Im Fall *Danosa* (11.11.2010, NZA 2011, 143) hat der EuGH seine frühere Rspr. zum Status vertretungsberechtigter Organmitglieder konkretisiert. Danach ist die **Arbeitnehmereigenschaft** eines Mitglieds der Unternehmensleitung zu **bejahen**, das gegen Entgelt Leistungen gegenüber der Gesellschaft erbringt, die es bestellt hat und in die es eingegliedert ist, das seine Tätigkeit nach der Weisung oder unter der Aufsicht eines anderen Organs dieser Gesellschaft ausübt und das jederzeit ohne Einschränkung von seinem Amt abberufen werden kann. Der EuGH hat deshalb im Fall *Danosa* angenommen, dass die Bestimmungen der Mutterschutz-RL 92/85/EWG auf das Tätigkeitsverhältnis eines weiblichen Mitglieds der Unternehmensleitung einer lettischen Kapitalgesellschaft anwendbar sind.

**35a** Unter Anwendung der vom EuGH vorgegebenen Kriterien sind jedenfalls **Fremdgeschäftsführer einer GmbH** als Arbeitnehmer iSd Europarechts zu qualifizieren (SSV/*Schlesener* § 6 Rn. 18; PWW/*Lingemann* AGG § 6 Rn. 7; ErfK/*Schlachter* AGG § 6 Rn. 5; HWK/*Rupp* AGG § 6 Rn. 3; MüKoBGB/*Thüsing* AGG § 6 Rn. 11; *Meinel/Heyn/Herns* § 6 Rn. 25; *Eßer/Baluch* NZG 2007, 321 (324); *Krause* AG 2007, 392 (394); *Reichold/Heinrich* FS Westermann 2008 S. 1315 (1329); für die Anwendbarkeit der Mutterschutz-RL 92/85/EWG auch *Lunk* FS Bauer 2010 S. 705 (714 f.); offen noch *Bauer/Göpfert/Krieger* DB 2005, 595 (597)). Dies hat zur Folge, dass die Benachteiligungsverbote für Fremdgeschäftsführer einer GmbH unionsrechtlich ohne Einschränkung anwendbar sind und auch im Hinblick auf die Ausübungsbedingungen gelten müssten. Nachdem der Gesetzgeber allerdings trotz der im Gesetzgebungsverfahren geäußerten Kritik an der Beschränkung auf Zugangsbedingungen festgehalten hat, scheidet eine europarechtskonforme Auslegung der eindeutigen Regelung in § 6 Abs. 3 aus (→ Einl. Rn. 46). Bis zu einer Gesetzesänderung bleibt es deshalb dabei, dass sich auch Fremdgeschäftsführer hinsichtlich der Ausübungsbedingungen einschließlich der Beendigung der Tätigkeit nicht auf die Benachteiligungsverbote berufen können (PWW/*Lingemann* AGG § 6 Rn. 6; aA aber DB/*Däubler* § 6 Rn. 10v; *Eßer/Baluch* NZG 2007, 321 (324); *Krause* AG 2007, 392 (394); *Reichold/Heinrich* FS Westermann 2008 S. 1315 (1329); *Preis/Sagan* ZGR 2013, 26 (57); analoge Anwendung von § 6 Abs. 1 aufgrund europarechtlicher Auslegung).

**35b** Für die **Mitglieder des Vorstands einer AG** bleibt es dabei, dass diese auch nach dem europäischen Begriffsverständnis nicht als Arbeitnehmer gelten (SSV/*Schlesener* § 6 Rn. 19; *Meinel/Heyn/Herns* § 6 Rn. 25; *Kliemt* RdA 2015, 232 (237 f.); *Kort* NZG 2013, 601 (606)). § 6 Abs. 3 schließt also insoweit zu Recht die Anwendung der Benachteiligungsverbote auf die Bedingungen der Ausübung der Tätigkeit aus. Mitglieder des Vorstands einer AG unterliegen zwar auch der Aufsicht eines anderen Organs der Gesellschaft, nämlich des Aufsichtsrats. Die Aufsicht ist aber im deutschen Aktienrecht nur sehr locker ausgestaltet. Insbesondere fehlen dem Aufsichtsrat, abgesehen von etwaigen sich aus der Unternehmenssatzung ergebenden Zustimmungsvorbehalten, die Mittel, um in die Geschäftsführung des Vorstands in einer ein Unterordnungsverhältnis begründenden Weise einzugreifen. Darüber hinaus kann der Aufsichtsrat den Vorstand einer AG nicht einschränkungslos abberufen. Vielmehr beschränkt § 84 Abs. 3 AktG das Recht zur Abberufung auf den Fall des Vorliegens eines wichtigen Grundes.

#### d) Entsprechende Geltung

**36** § 6 Abs. 3 ordnet eine entsprechende Geltung der Vorschriften des 2. Abschnitts für Selbständige und Organmitglieder an. Eine „entsprechende“ Anwendung von

Rechtsnormen bedeutet, dass die einzelnen Elemente des durch die Verweisung geregelten und desjenigen Tatbestandes, auf dessen Rechtsfolgen verwiesen wird, miteinander so in Beziehung zu setzen sind, dass den jeweils nach ihrer Funktion und ihrer Stellung im Sinnzusammenhang des Tatbestandes gleich zu erachtenden Elementen die gleiche Rechtsfolge zugeordnet wird (*Larenz S. 261*). Die in § 6 Abs. 3 angeordnete entsprechende Geltung hat damit **nicht zwingend** zur Folge, dass die Vorschriften des 2. Abschnitts über den Schutz vor Beschäftigten vor Benachteiligungen für Selbständige und Organmitglieder „**eins zu eins**“ angewendet werden müssten (aA aber *ErfK/Schlachter AGG § 6 Rn. 6; HWK/Rupp AGG § 6 Rn. 7; Kamanabrou RdA 2006, 321 (324)*). Im Gegenteil gilt es, sachgemäße Gleichsetzungen zu vermeiden und von der Sache gebotene Differenzierungen zu machen (*Larenz S. 261*). Dh, bei der Anwendung der Benachteiligungsverbote besteht Raum für die Berücksichtigung der Besonderheiten einer selbständigen Tätigkeit bzw. einer Organstellung (*Bauer/Arnold ZIP 2008, 993 (996); dies. ZIP 2012, 597*). Für Organmitglieder ist dabei insbesondere zu berücksichtigen, dass den für die Bestellung und den Abschluss eines Anstellungsvertrags zuständigen Gremien durch § 38 Abs. 1 GmbHG bzw. § 84 AktG ein erheblicher, gesetzlich geschützter Entscheidungsspielraum eingeräumt ist, der auch für die Auslegung der Benachteiligungsverbote des 2. Abschnitts eine Rolle spielt. Dieser Entscheidungsspielraum spielt insbesondere bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine Rolle, zB iRe möglichen Rechtfertigung nach § 8 Abs. 1. Bei Vorständen und Geschäftsführern können demnach weitergehende berufliche Anforderungen vor allem an die Gesundheit oder das Alter des Organmitglieds entscheidend und damit zulässig sein, als dies bei Arbeitnehmern der Fall ist. Altersgrenzen für Organmitglieder haben den Zweck, die Leistungsfähigkeit der Unternehmensführung sicher zu stellen und Nachwuchs zu fördern. Beides sind legitime Ziele im Sinne von § 10. *Lutter* ist daher darin zuzustimmen, wenn er eine Altersgrenze von 58 Jahren für die Anstellung als Geschäftsführer oder Vorstand grds. als zulässig ansieht (*Lutter BB 2007, 725 (728 ff.)*); ebenso *Bauer/Arnold ZIP 2008, 993 (1000)*; aA *OLG Köln 29.7.2010, DB 2010, 1878*; vermittelnd *Jaeger FS Bauer 2010 S. 495 (498)*: Altersgrenze zulässig, wenn Anspruch auf Ruhegeld oder Übergangsgeld besteht; in diesem Sinne auch *OLG Hamm 19.6.2017 – 8 U 18/17*: im Dienstvertrag mit einem GmbH-Geschäftsführer kann wirksam ein Kündigungsrecht für die Gesellschaft vereinbart werden, das bei Erreichen des 60. Lebensjahres ausgeübt werden kann, wenn dem Geschäftsführer nach seinem Ausscheiden aus dem Unternehmen eine betriebliche Altersversorgung zusteht). Sehen die Anstellungsverträge der Organmitglieder einer GmbH oder AG vor, dass das Dienstverhältnis automatisch mit Erreichen einer bestimmten **Altersgrenze** endet, stellt dies wegen der Beschränkung der Anwendbarkeit des AGG auf den Zugang zur selbständigen Tätigkeit in Bezug auf das betreffende Organmitglied keine verbotene Benachteiligung dar (*Klient RdA 2015, 232 (234)*). Auf die Frage einer Rechtfertigung nach § 10 kommt es daher insoweit nicht an. Allerdings dürfte die generelle Vereinbarung solcher Altersgrenzen ein kaum zu widerlegendes Indiz dafür sein, dass ein Bewerber um eine freie Stelle als Geschäftsführer oder Vorstand, der die Altersgrenze bereits überschritten hat, jedenfalls auch wegen seines Alters nicht berücksichtigt wird. Denkbar ist auch, dass in internationalen Konzernen eine bestimmte ethnische Herkunft entscheidende berufliche Anforderung sein kann, wenn dadurch etwa Unterschiede in der Mentalität oder Sprachprobleme innerhalb der Konzernleitung vermieden werden sollen. Berufliche Anforderungen an das Geschlecht oder

die Religion eines Organmitglieds dürften dagegen auch für Organmitglieder kaum jemals entscheidend sein und eine Ungleichbehandlung rechtfertigen können.

- 37 Dass § 6 Abs. 3 nur auf die Vorschriften des 2. Abschnitts, nicht aber auf die Vorschriften des 4. Abschnitts, Bezug nimmt, bedeutet nicht, dass die **Beweislastregel des § 22** für Organmitglieder keine Anwendung finden würde (BGH 23.4.2012, NZA 2012, 797; PWW/Lingemann AGG § 6 Rn. 8; Bauer/Arnold ZIP 2008, 993 (997); unzutreffend daher Eßer/Baluch NZG 2007, 321 (325 f.)). Hierzu bedarf es keiner richtlinienkonformen Auslegung des § 6 Abs. 3 (so aber die Annahme von Eßer/Baluch NZG 2007, 321 (325)). Die in § 6 Abs. 3 enthaltene Verweisung auf die Vorschriften des 2. Abschnitts dient lediglich dazu, die Benachteiligung von Selbständigen und Organmitgliedern aus dem Anwendungsbereich der Benachteiligungsverbote im allgemeinen Zivilrechtsverkehr (3. Abschnitt) herauszunehmen und hinsichtlich Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen grds. den Vorschriften über die Benachteiligung von Beschäftigten (2. Abschnitt) zu unterstellen. Die allgemein für alle Arten von Benachteiligungen geltenden Vorschriften des 1. und 4. bis 7. Abschnitts bleiben deswegen gleichwohl anwendbar. Somit genügt es, wenn zB ein abgelehnter Bewerber für ein Vorstandsamt Indizien darlegen kann, die es als überwiegend wahrscheinlich erachten lassen, dass seine Bewerbung wegen eines in § 1 genannten Benachteiligungsgrunds zurückgewiesen wurde.

## § 7 Benachteiligungsverbot

(1) **Beschäftigte dürfen nicht wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt werden; dies gilt auch, wenn die Person, die die Benachteiligung begeht, das Vorliegen eines in § 1 genannten Grundes bei der Benachteiligung nur annimmt.**

(2) **Bestimmungen in Vereinbarungen, die gegen das Benachteiligungsverbot des Absatzes 1 verstoßen, sind unwirksam.**

(3) **Eine Benachteiligung nach Absatz 1 durch Arbeitgeber oder Beschäftigte ist eine Verletzung vertraglicher Pflichten.**

### Übersicht

	Rn.
1. Überblick .....	1
a) Regelungszweck .....	1
b) Europarechtliche Grundlage und Umsetzung .....	2
c) Übersicht über den Regelungsinhalt .....	3
d) Verhältnis zu anderen Vorschriften .....	4
2. Benachteiligungsverbot (Abs. 1) .....	5
a) Benachteiligung von Beschäftigten .....	5
b) Täter .....	6
c) Grund für die Benachteiligung .....	9
d) Kausalität .....	13
e) Beweislast .....	19
3. Unwirksamkeit von Vereinbarungen (Abs. 2) .....	20
4. Verletzung vertraglicher Pflichten (Abs. 3) .....	33
a) Pflichtverletzung des Arbeitgebers gegenüber dem benachteiligten Beschäftigten .....	34

	Rn.
aa) Haftung für Erfüllungsgehilfen .....	35
bb) Anspruchsbeschränkungen .....	39
cc) Umfang der Ersatzpflicht .....	40
b) Pflichtverletzung des benachteiligenden Beschäftigten gegenüber dem Arbeitgeber .....	41
aa) Regressanspruch .....	43
bb) Haftungsprivileg .....	44
cc) Prozessuale Geltendmachung .....	45
c) Vertraglicher Anspruch .....	46

## 1. Überblick

### a) Regelungszweck

§ 7 enthält das **zentrale Verbot** der Benachteiligung in Beschäftigung und 1 Beruf. Die Vorschrift verkörpert damit die Kernaussage des AGG, dass keine Person wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt werden darf. Das Benachteiligungsverbot in § 7 Abs. 1 enthält kaum eigene Tatbestandsvoraussetzungen, sondern bedient sich einer umfassenden Verweisungstechnik. Aus § 7 Abs. 1 ergibt sich zudem keine unmittelbare Rechtsfolge einer verbotenen Benachteiligung. Die maßgeblichen Rechtsfolgen bestimmen sich vielmehr nach §§ 13–16, die ihrerseits auf § 7 Abs. 1 Bezug nehmen. § 7 ist keine eigenständige Anspruchsgrundlage.

### b) Europarechtliche Grundlage und Umsetzung

Die eigenständige Regelung des Benachteiligungsverbots in § 7 Abs. 1 ist gesetzestechnisch bedingt, hat aber **keine** unmittelbare **Vorlage** in den RL. Gleiches gilt für § 7 Abs. 3. § 7 Abs. 2 setzt Art. 14 RL 2000/43/EG (abgedruckt im Anhang unter B), Art. 16 RL 2000/78/EG (abgedruckt im Anhang unter C) und Art. 23a) und b) RL 2006/54/EG (abgedruckt im Anhang unter F; ehemals Art. 3 Abs. 2 RL 76/207/EWG) um. 2

### c) Übersicht über den Regelungsinhalt

§ 7 Abs. 1 spricht ein **generelles Verbot** der Benachteiligung von Beschäftigten 3 wegen eines in § 1 genannten Grundes aus. § 7 Abs. 2 regelt klarstellend, dass ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot die **Nichtigkeit** der entsprechenden Klausel in Individual- oder Kollektivvereinbarungen zur Folge hat. § 7 Abs. 3 verdeutlicht, dass eine verbotene Benachteiligung eine Verletzung vertraglicher Pflichten darstellt und eröffnet so die Anwendbarkeit der Regelungen des vertraglichen Leistungsstörungenrechts.

### d) Verhältnis zu anderen Vorschriften

Das Benachteiligungsverbot nach § 7 ist wie alle Vorschriften des zweiten 4 Abschnitts eine **Sonderregelung für Beschäftigungsverhältnisse** iSv § 6 Abs. 1. Außerhalb dieses Anwendungsbereichs findet das Benachteiligungsverbot entsprechende Anwendung für Benachteiligungen von Organmitgliedern und Selbständigen im Hinblick auf die Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätig-

keit und den beruflichen Aufstieg (§ 6 Abs. 3), auf die Mitgliedschaft in Vereinigungen (§ 18) und auf öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse (§ 24). Für den Bereich des allgemeinen Zivilrechts gilt das eigenständige Benachteiligungsverbot nach § 19.

## 2. Benachteiligungsverbot (Abs. 1)

### a) Benachteiligung von Beschäftigten

- 5 § 7 Abs. 1 verbietet die Benachteiligung von Beschäftigten. Der Begriff des Beschäftigten ist definiert in § 6 Abs. 1. Für den Begriff der Benachteiligung gelten die Begriffsbestimmungen in § 3. Als **Formen der Benachteiligung** kommen danach in Betracht: Unmittelbare Benachteiligung (§ 3 Abs. 1), mittelbare Benachteiligung (§ 3 Abs. 2), Belästigung (§ 3 Abs. 3), sexuelle Belästigung (§ 3 Abs. 4) und Anweisung zur Benachteiligung (§ 3 Abs. 5).

### b) Täter

- 6 Das Benachteiligungsverbot nach § 7 Abs. 1 richtet sich an **jedermann**. Täter einer verbotenen Benachteiligung kann deshalb nicht nur der Arbeitgeber, sondern auch ein Arbeitskollege oder ein betriebsfremder Dritter, zB ein Kunde des Arbeitgebers, sein (*v. Roetteken* § 7 Rn. 17c; *Wöbst* NZA-RR 2016, 508 (508 ff.)). Auch der Betriebsrat oder Personalrat kann eine verbotene Benachteiligung begehen. Für den Betriebsrat oder Personalrat ergibt sich aus dem AGG aber keine über das Verbot einer Benachteiligung hinaus gehende aktive Förderpflicht. Der Betriebsrat ist daher bsw. auch nicht verpflichtet, einen sog. „Ausländerausschuss“ zu bilden, der sich mit spezifischen Problemen ausländischer Arbeitnehmer befassen soll (LAG Nds 24.4.2009, NZA-RR 2009, 532).
- 7 Verletzt eine Person, die nicht Arbeitgeber iSv § 6 Abs. 2 ist, das Benachteiligungsverbot, bestehen in aller Regel keine unmittelbaren Ansprüche des Benachteiligten gegen den Täter. Der Arbeitsvertrag des benachteiligenden Beschäftigten, gegen den durch die verbotene Benachteiligung verstoßen wird (§ 7 Abs. 3, → Rn. 41), hat **keine Schutzwirkung** zu Gunsten des benachteiligten Beschäftigten. § 7 Abs. 1 ist auch **nicht Schutzgesetz** iSv § 823 Abs. 2 BGB (*MüKoBGB/Thüsing* AGG § 7 Rn. 53; *Adomeit/Mohr* § 15 Rn. 146; *HWK/Rupp* AGG § 7 Rn. 1; *aA DB/Däubler* § 7 Rn. 18c, 299; *Meinel/Heyn/Herms* § 7 Rn. 7; *SSV/Vöigt* § 15 Rn. 26; offen gelassen von BAG 21.6.2012, NZA 2012, 1211). Dies ergibt sich daraus, dass Adressat der Normen des zweiten Abschnitts des AGG ausschließlich der Arbeitgeber ist. Obwohl das Benachteiligungsverbot global gilt, würde diese Systematik unterlaufen, wenn über den „Umweg“ des § 823 Abs. 2 BGB unmittelbare Ansprüche auch gegen einen benachteiligenden Dritten begründet wären (ebenso OLG Frankfurt a. M. 26.8.1999, NJW-RR 2000, 976 zur parallelen Problematik bei § 2 BSchG).
- 8 Regelmäßig bestehen deshalb bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot, auch bei Begehung durch einen Dritten, Ansprüche nur gegen den Arbeitgeber, soweit die weiteren Haftungsvoraussetzungen nach § 15 Abs. 1 bzw. § 15 Abs. 2 erfüllt sind. Ein unmittelbarer Anspruch des Benachteiligten gegen den Täter nach § 823 Abs. 1 BGB kommt nur ausnahmsweise in Betracht, wenn die verbotene Benachteiligung zugleich einen rechtswidrigen Eingriff in ein durch § 823 Abs. 1 BGB geschütztes **absolutes Rechtsgut** darstellt. Solche Rechtsgüter