

DISSERTATION

Titel der Dissertation

**„Vergleichende Betrachtung der Entschädigungs- und Beweislastregeln
wegen Diskriminierung/Benachteiligung im Arbeitsverhältnis nach dem
AGG und dem GIBG“**

Verfasser

Mag. Alexander Hess

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaft (Dr. jur.)

Wien, 2009

Studienkennzahl lt. A 083 101

Studienblatt:

Dissertationsgebiet lt. Rechtswissenschaft

Studienblatt:

Betreuerin: Ao. Univ.-Prof. MMag. Dr. Michaela Windisch-Graetz

Gliederung

Vergleichende Betrachtung der Entschädigungs- und Beweislastregeln wegen Diskriminierung/Benachteiligung im Arbeitsverhältnis nach dem AGG und dem GIBG	5
Einleitung	5
A.Gegenstand der Untersuchung	5
B.Die Europäischen Vorgaben	5
C.Entstehungsgeschichte und Struktur der schadensersatzrechtlichen Vorschriften.....	7
I.Die Entstehungsgeschichte des § 15 AGG.....	7
II.Die Entstehungsgeschichte der §§ 12, 26 GIBG.....	12
Erster Teil.....	18
Vereinbarkeit der europäischen Vorgaben mit dem deutschen und österreichischem Schadensersatzrecht	18
A.Die Vorgaben aus den Richtlinien.....	18
B.Der Zweck der Entschädigung.....	20
I.Das Tatbestandsmerkmal der abschreckenden Wirkung.....	23
1. Auslegung	23
2. Der Zweck der abschreckenden Wirkung.....	24
3. Der Strafschadensersatz im nationalen Zivilrecht	25
4. Die abschreckende Wirkung und der Strafschadensersatz	27
II.Die Verhaltenssteuerung im Zivilrecht	33
1. Die Verhaltenssteuerung bei der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.....	35
2. Die Kritik der Literatur	37
3. Vergleichende Betrachtung der Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts und den Voraussetzungen des Schadensersatzes wegen Diskriminierung	42
a) Die Verfolgung eigener kommerzieller Interessen.....	43
b) Die vorsätzliche Verletzung des Geschädigten	44
c) Ergebnis.....	48
Zweiter Teil	49
Der Ersatz immateriellen Schadens	49
A.Der Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs.2 AGG	49
I.Der Tatbestand	49
II.Der Haftungsgrund und die Rechtsfolge der Benachteiligung	50
1. Die Rechtsprechung des BAG	51
2. Die Literaturmeinung.....	53
3. Stellungnahme	55
B.Der Ersatz immateriellen Schadens nach dem GIBG.....	59
I.Der Tatbestand	59
II.Die Rechtsgutsverletzung	60
III.Die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs	64
1. Die Überschreitung der Erheblichkeitsschwelle.....	64
2. Das Verschulden	69
Dritter Teil.....	76
Der materielle Schadensersatzanspruch.....	76
A.Die Haftungsbegründung	76
I.Die Haftungsbegründung nach § 15 AGG,	76

1.	Der Pflichtenkreis des Arbeitgebers nach dem AGG	76
2.	Die Pflichten aus § 12 AGG	77
3.	Das Benachteiligungsverbot	80
4.	Das Vertretenmüssen des Arbeitgebers	82
5.	Die Zurechnung des Verhaltens Dritter	84
II.	Die Haftungsbeurteilung nach dem GIBG	87
1.	Die Bestimmung des Pflichtenkreises nach dem GIBG	87
2.	Das Diskriminierungsverbot	87
3.	Die Haftung des Arbeitgebers für Dritte	88
4.	Die Pflicht zu Prävention	90
5.	Zusammenfassung	90
	B.Die Haftungsausfüllung	91
	I.§ 15 Abs.1 AGG	92
	II.§§ 12, 26 GIBG	93
III.	Die Ermittlung des Schadensersatzes	94
1.	Der Umfang des Schadensersatzes des bestgeeigneten Bewerbers	96
2.	Der Schadensersatz des Minderqualifizierten	102
	Vierter Teil Die Einordnung der verschuldensunabhängigen Haftung	103
	A.Das Europarechtliche Defizit einer Verschuldenshaftung	103
I.	Die Relativierung des effektiven Schutzes vor Diskriminierung	104
II.	Das Absenkungsverbot	105
III.	Die europarechtskonforme Auslegung	106
	B.Die Einordnung der verschuldensunabhängigen Haftung in die Zivilrechtsordnung	108
I.	Die Einordnung der verschuldensunabhängigen Haftung aus § 611a BGB in der Rechtsprechung ..	109
II.	Der materielle Schadensersatzanspruch des Bewerbers	110
1.	Die Vertrauenshaftung aus §§ 122, 179 BGB	110
2.	Die Haftung für anfängliche Unmöglichkeit in der Österreichischen Zivilrechtsordnung	116
3.	Die Haftung wegen Abbruchs von Vertragsverhandlungen, §§ 861, 1295 ABGB	117
III.	Die verschuldensunabhängige Haftung im Vertragsverhältnis	119
1.	Die vertraglichen Lösungsrechte	119
2.	die Haftung nach § 311 a Abs.2 BGB	120
IV.	Die Einordnung in das System der Gefährdungshaftungstatbestände	122
1.	Der Anwendungsbereich und die Analogiefähigkeit der Gefährdungshaftung	123
2.	Die Vergleichbarkeit auf der Rechtsfolgenseite	124
a)	Der Ersatz immaterieller Interessen	124
b)	Die Präventionsfunktion	125
3.	Die grundlegenden Gedanken hinter der Gefährdungshaftung	126
a)	Das Wesen der Gefährdungshaftung	126
b)	Das Kriterium der besonderen Gefahr	127
c)	Die Erlaubtheit der Gefährdung	129
d)	Die Beweisführung	130
4.	Die Haftung des Gastwirts	131
5.	Ergebnis:	134
V.	Die Rechtfertigung der verschuldensunabhängigen Haftung unter den Besonderheiten des Arbeitsrechts	134
1.	Die Haftung des Arbeitgebers für Sachschäden des Arbeitnehmers	134
2.	Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz	135
3.	vergleichende Betrachtung	136
	Fünfter Teil	140

Die Rechtfertigung der Diskriminierung, Haftungserleichterungen.....	140
Sechster Teil	144
Die Beweislast für den Verstoß gegen das Benachteiligungs-/ Diskriminierungsverbot	144
A.Die Struktur der Vorschriften	144
I.Die Struktur der §§ 12 Ziff.12 und 26 Ziff.12 GIBG	144
II.Die Struktur des § 22 AGG.....	146
B.Die Entstehungsgeschichte der Beweislastregelung im GIBG und AGG.....	147
I.Die Regelung in § 2 Abs.9 GIBG a.F.....	147
II.Die Rechtsprechung des OGH zu § 2a Abs.9 GIBG a.F.	148
II.Die Änderung des GIBG hin zur aktuellen Fassung	149
III.Die Regelung des § 611a BGB a.F.....	150
C.Die Vorgaben aus den Richtlinien.....	151
I.Der Wortlaut der Vorschrift	151
II.Die Glaubhaftmachung	152
III.Die Beweisthemen der Glaubhaftmachung	153
IV.Die Abwehr des Vorwurfs.....	156
V.Die Würdigung der Beweise durch das Gericht	158
D.Die Regelungen zur Beweislastverteilung im GIBG	158
I.Die Glaubhaftmachung.....	158
II.Die Abwehr des Vorwurfs	160
1. Auslegung der Vorschrift	161
2. Die Frage der Europarechtskonformität der Regelung.....	162
3. Die Beweislast der übrigen Tatbestandsmerkmale.....	163
4. Die Beweislastverteilung im Falle der Belästigung.....	164
E.Die Regelung der Beweislast im AGG.....	165
I.Die Beweiserleichterung	166
1. Die erfassten Tatbestandsmerkmale	166
2. Der „Indizienbeweis“.....	167
II.Die Wirkweise der Beweisverlagerung.....	170
F.Zusammenfassende Würdigung der Beweisregelungen	171
G.Schlussbetrachtung.....	174

Vergleichende Betrachtung der Entschädigungs- und Beweislastregeln wegen Diskriminierung/Benachteiligung im Arbeitsverhältnis nach dem AGG und dem GIBG

Einleitung

A. Gegenstand der Untersuchung

Die vorliegende Ausarbeitung untersucht den Systembruch, der durch die Rechtsprechung des EuGH in die nationalen Rechtsordnungen hineingetragen wurde. Im Rahmen dieser systematischen Einordnung sollen zunächst die europäischen Vorgaben herausgearbeitet werden. Hieran schließt die dogmatische Einordnung der Schadensersatzansprüche an. Die bestehenden Schwierigkeiten der Einordnung dieses neuartigen Schadensersatzanspruchs bilden den Kernbestandteil der vorstehenden Untersuchung. Insbesondere soll der Frage nachgegangen werden, wie sich die verschuldensunabhängige Haftung des Arbeitgebers in die bestehenden Zivilrechtsordnungen einfügt.

B. Die Europäischen Vorgaben

Das Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung vom 14. 8. 2006 (verkündet am 17. 8. 2006 in BGBl I, 1897) enthält in seinem Art.1 das „Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)“, das die folgenden EU-Gleichbehandlungsrichtlinien in deutsches Recht umgesetzt hat:

- Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (Antirassismus-Richtlinie),
- Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (Rahmenrichtlinie Beschäftigung),
- Richtlinie 2002/73/EG zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG (Gender-Richtlinie),

- Richtlinie 2004/113/EG zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (Gleichbehandlungs-Richtlinie wegen des Geschlechts außerhalb der Arbeitswelt).

Bereits zwei Jahre früher ist der österreichische Gesetzgeber seinem Umsetzungsauftrag aus den Richtlinien:

- Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (Antirassismus-Richtlinie),
- Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (Rahmenrichtlinie Beschäftigung),
- Richtlinie 2002/73/EG zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG (Gender-Richtlinie),

mit der Neufassung des Gleichbehandlungsgesetzes (GlBG) nachgekommen.

Die Richtlinien richten in den Art.15 RL 2000/43/EG, Art.17 RL 2000/78/EG, 8d RL 2002/73/EG und Art.14 RL 2004/113/EG wortlautidentisch den Umsetzungsauftrag an den Gesetzgeber, für den Fall der Diskriminierung Sanktionen vorzusehen:

„Die Mitgliedstaaten legen die Sanktionen fest, die bei einem Verstoß gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Anwendung dieser Richtlinie zu verhängen sind, und treffen alle erforderlichen Maßnahmen, um deren Durchführung zu gewährleisten. Die Sanktionen, die auch Schadenersatzleistungen an die Opfer umfassen können, müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.“

Ferner richtet Art.6 Abs.2 der RL 2002/73/EG folgenden Umsetzungsauftrag an die Mitgliedsstaaten:

„Die Mitgliedstaaten treffen im Rahmen ihrer nationalen Rechtsordnung die erforderlichen Maßnahmen um sicherzustellen, dass der einer Person durch eine Diskriminierung in Form eines Verstoßes gegen Artikel 3 entstandene Schaden — je nach den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten — tatsächlich und wirksam ausgeglichen oder ersetzt wird, wobei dies auf eine

abschreckende und dem erlittenen Schaden angemessene Art und Weise geschehen muss; dabei darf ein solcher Ausgleich oder eine solche Entschädigung nur in den Fällen durch eine im Voraus festgelegte Höchstgrenze begrenzt werden, in denen der Arbeitgeber nachweisen kann, dass der einem/ einer Bewerber/in durch die Diskriminierung im Sinne dieser Richtlinie entstandene Schaden allein darin besteht, dass die Berücksichtigung seiner/ihrer Bewerbung verweigert wird.“

C. Entstehungsgeschichte und Struktur der schadensersatzrechtlichen Vorschriften

I. Die Entstehungsgeschichte des § 15 AGG

Einführend in die Untersuchung soll zunächst die Entstehungsgeschichte des § 15 AGG dargestellt werden. Die Entstehungsgeschichte des § 15 AGG verdient deshalb eine genauere Betrachtung, weil der EuGH der Vorgängervorschrift, § 611a BGB, in mehreren Judikaten die Richtlinienkonformität abgesprochen hat. Diese Judikate, die im Folgenden dargestellt werden, haben sowohl den deutschen, als auch den österreichischen Gesetzgeber zur Neugestaltung der Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche bewogen¹.

§ 15 AGG tritt an die Stelle des § 611a Abs.2 BGB a.F. soweit dieser Schadensersatz, und Entschädigung für eine Diskriminierung wegen Geschlechts regelte. Anzumerken ist an dieser Stelle, dass für den Ausgleich materieller Schäden in der deutschen Rechtsordnung gewöhnlich der Begriff des *Schadensersatzes* herangezogen wird. Dagegen wird die *angemessene Entschädigung in Geld* gewöhnlich für den immateriellen Nachteil zugesprochen.

§ 611a BGB wurde mit dem Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung vom 14. 8. 2006 aufgehoben. Sein Regelungsgehalt, der Schutz vor Benachteiligung aufgrund des Geschlechts im Arbeitsleben findet sich nunmehr im AGG wieder. Die Veränderung der Vorschrift war geprägt durch mehrere grundlegende Entscheidungen des EuGH. In den Entscheidungen stellt der EuGH die

¹ Vgl. BT-Drucksache 16/1780 S.38, ErläutRV 307 B1gNr 22.GP S.17.

Anforderungen an die richtlinienkonforme Umsetzung der Sanktionsnorm für den Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot der Richtlinie 76/207/EWG auf. Dabei beansprucht die Rechtssprechung des EuGH ihre Bedeutung auch für die vergleichende Betrachtung der Schadensersatzansprüche aus dem GIBG und dem AGG. Dies folgt einerseits aus dem, dem Wortlaut nach identischen Sanktionsauftrag aus den Richtlinien 2000/43/EG², 2000/78/EG³, 2004/113/EG⁴, andererseits aus der Tatsache, dass die Richtlinie 2002/73/EG zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG den Umsetzungsauftrag grundlegend beibehalten hat⁵.

Der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf Arbeitsbedingungen, dessen Verwirklichung im Umsetzungsauftrag der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 09.02.1976 angelegt war, wurde mit dem EG-Anpassungsgesetz vom 13.08.1980 durch die Einführung des § 611a BGB kodifiziert.

§ 611a Abs.2 BGB war bis zum 24.06.1994 wie folgt ausgestaltet:

„Ist das Arbeitsverhältnis wegen eines von dem Arbeitgeber zu vertretenden Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot des Absatzes 1 nicht begründet worden, so ist er zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der Arbeitnehmer dadurch erleidet, dass er darauf vertraut, die Begründung des Arbeitsverhältnisses werde nicht wegen eines solchen Verstoßes unterbleiben. Satz1 gilt beim beruflichen Aufstieg entsprechend, wenn auf den Aufstieg kein Anspruch besteht.“

In der Entscheidung vom 10.04.1984 (v. *Colson und Kamann* ./ *Land NRW*) erkannte der EuGH den § 611 a Abs.2 BGB nicht als richtlinienkonform an. Der EuGH führt in seiner Entscheidung aus⁶:

„Entscheide sich ein Mitgliedsstaat als Sanktion für den Verstoß gegen dieses Verbot einen Schadensersatz zu gewähren, so muss diese jedenfalls, damit ihre Wirksamkeit und ihre abschreckende Wirkung gewährleistet sind, in einem

² RL 2000/43/EG, Art.15.

³ RL 2000/78/EG, Art.17.

⁴ RL 2004/113/EG, Art.14.

⁵ RL 2002/73/EG, Art.8d.

⁶ EuGH 10.04.1984, C-14/83, v.*Colson u Kamann*, Slg 1984, 1981 Rn.28.

angemessenen Verhältnis zu dem erlittenen Schaden stehen und somit über einen rein symbolischen Schadensersatz, wie etwa die bloße Erstattung der Bewerbungskosten hinausgehen. Es ist Sache des nationalen Gerichts, das zur Durchführung der Richtlinie erlassene Gesetz unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräumt, in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden.“

In seiner Entscheidung vom 14.03.1989 urteilt das BAG unter Bezugnahme auf die Entscheidung des EuGH, dass § 611a Abs.2 BGB nur einen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens gewährt. Dies steht aber einem Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus §§ 823 Abs.1, 847 BGB nicht entgegen. Bei der Einordnung der Höhe des Schadens stellte das BAG auf den Grad des Verschuldens ab.

In der Entscheidung vom 08.11.1990⁷ *Dekker*, stellt der EuGH weitere Anforderungen an die richtlinienkonforme Umsetzung der Sanktionsnorm für den Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot der Richtlinie 76/207/EWG auf und führt insoweit aus:

„Die Richtlinie 76/207/EWG überlässt es zwar den Mitgliedsstaaten, die Sanktion für einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot unter den verschiedenen Möglichkeiten auszuwählen, die zur Verwirklichung des Ziels der Richtlinie geeignet sind; entscheidet sich ein Mitgliedsstaat jedoch für eine Sanktion, die sich in den Rahmen einer zivilrechtlichen Haftungsregelung einfügt, so reicht jeder Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot für sich genommen aus, um die volle Haftung seines Urhebers auszulösen, ohne dass die im nationalen Recht vorgesehenen Rechtfertigungsgründe berücksichtigt werden können.“

§ 611a Abs.2 BGB erfuhr durch das zweite Gleichberechtigungsgesetz vom 24.06.1994, in Kraft getreten am 01.09.1994 eine erste Änderung. § 611a Abs.2 lautet seitdem wie folgt:

„Hat der Arbeitgeber bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des Absatzes 1 zu vertreten, so kann der hierdurch benachteiligte Bewerber eine angemessene Entschädigung

⁷ EuGH 08.11.1990, C-177/88, *Dekker/VPV-Centrum*, Slg 1990 I-03941.

in Geld in Höhe von höchstens drei Monatsverdiensten verlangen. Als Monatsverdienst gilt, was dem Bewerber bei regelmäßiger Arbeitszeit in dem Monat, in dem das Arbeitsverhältnis hätte begründet werden sollen, an Geld- und Sachbezügen zugestanden hätte.“

Dieser Neuformulierung des Schadensersatzanspruchs sollte der EuGH jedoch schon bald die Vereinbarkeit mit dem Umsetzungsauftrag aus der Richtlinie absprechen. In dem Urteil vom 22.05.1997 *Nils Draehmpaehl/ Urania Immobilienservice OHG*⁸ stellt der EuGH auf die Vorlage des Arbeitsgerichts Hamburg und unter Bezugnahme auf seine Rechtssprechung in den Rechtssachen *v. Colson u. Kamann* und *Dekker* hin fest, dass einer Sanktion des Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot, ausgestaltet als zivilrechtliche Haftungsregelung, Art.2 I und 3 I der Richtlinie 76/207/EWG insoweit entgegenstehen, als dass die innerstaatliche gesetzliche Regelung für den Anspruch auf Schadensersatz wegen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bei der Einstellung die Voraussetzung des Verschuldens aufstellt. Weiterhin steht die Richtlinie 76/207/EWG einer innerstaatlichen gesetzlichen Regelung entgegen, die für den von mehreren Bewerbern geltend gemachten Schadensersatz, den Bewerber verlangen können, die bei der Einstellung aufgrund des Geschlechts diskriminiert worden sind, im Gegensatz zu sonstigen innerstaatlichen zivil- und arbeitsrechtlichen Regelungen eine Höchstgrenze von kumulativ sechs Monatsgehältern vorgibt.

Der Gesetzgeber vollzog darauf hin erneut eine Änderung an § 611a BGB. Mit dem Gesetz zur Änderung des BGB und des ArbGG vom 29.06.1998 hat der § 611a Abs.2 BGB bis zum Tage der Aufhebung folgende Fassung:

„Verstößt der Arbeitgeber gegen das in Absatz 1 geregelte Benachteiligungsverbot bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses, so kann der hierdurch benachteiligte Bewerber eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen; ein Anspruch auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses besteht nicht.“

Verändert wurde ebenfalls Abs.3 der Vorschrift:

„Wäre ein Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden, so hat der Arbeitgeber eine angemessene Entschädigung in Höhe von höchstens drei Monatsverdiensten zu leisten. Als Monatsverdienst gilt, was

⁸ EuGH 22.04.1997, C-180/95, *Draehmpael/Urania Immobilienservice OHG*, Slg 1997 I-2195.

dem Bewerber bei regelmäßiger Arbeitszeit in dem Monat, in dem das Arbeitsverhältnis hätte begründet werden sollen, an Geld- und Sachbezügen zugestanden hätte.“

Mit Wirkung 14. August 2006 hat der Gesetzgeber die Ansprüche auf Schadensersatz und Entschädigung wegen Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot im § 15 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) BGBl I, 1897 geregelt:

§ 15 Entschädigung und Schadensersatz

(1) Bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot ist der Arbeitgeber verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Dies gilt nicht, wenn der Arbeitgeber die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

(2) Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der oder die Beschäftigte eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Die Entschädigung darf bei einer Nichteinstellung drei Monatsgehälter nicht übersteigen, wenn der oder die Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre.

(3) Der Arbeitgeber ist bei der Anwendung kollektivrechtlicher Vereinbarungen nur dann zur Entschädigung verpflichtet, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig handelt.

(4) Ein Anspruch nach Absatz 1 oder 2 muss innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden, es sei denn, die Tarifvertragsparteien haben etwas anderes vereinbart. Die Frist beginnt im Falle einer Bewerbung oder eines beruflichen Aufstiegs mit dem Zugang der Ablehnung und in den sonstigen Fällen einer Benachteiligung zu dem Zeitpunkt, in dem der oder die Beschäftigte von der Benachteiligung Kenntnis erlangt.

(5) Im Übrigen bleiben Ansprüche gegen den Arbeitgeber, die sich aus anderen Rechtsvorschriften ergeben, unberührt.

(6) Ein Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 begründet keinen Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses, Berufsausbildungsverhältnisses oder einen beruflichen Aufstieg, es sei denn, ein solcher ergibt sich aus einem anderen Rechtsgrund.

II. Die Entstehungsgeschichte der §§ 12, 26 GIBG

Die Entstehungsgeschichte der Schadenersatzansprüche nach dem GIBG ist ebenfalls deutlich geprägt von den genannten Entscheidungen des EuGH und den neuen Antidiskriminierungsrichtlinien. Dabei hat das GIBG mit der Neuschaffung in 2004 einen nochmals deutlich differenzierteren Sanktionskatalog geschaffen.

In der Fassung durch die Novelle von 1992 (BGBl I 1992/833) wies das GIBG von 1979 hinsichtlich der Rechtsfolgen der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes bei Begründung des Arbeitsverhältnisses einen Anspruch auf Schadenersatz im Ausmaß von bis zu zwei Monatsgehältern aus, der vom Vertretenmüssen des Arbeitgebers abhängig war (§2a Abs.1 GIBG a.F.). Darüber hinaus sah die Vorgängerregelung generelle Schadenersatzobergrenzen auch beim beruflichen Aufstieg vor (§ 2a Abs.5 GIBG a.F).

Ferner war in § 2a Abs.1a des GIBG in seiner alten Fassung geregelt, dass im Falle der klageweisen Geltendmachung der Ansprüche nach § 2a Abs.1 GIBG durch mehrere Bewerber, die Summe dieser Ersatzansprüche mit zwei Monatsentgelten begrenzt war und auf die diskriminierten Kläger nach Köpfen aufzuteilen war.

Eine vergleichbare Regelung fand sich ebenfalls in § 2a Abs.5a GIBG für den beruflichen Aufstieg wieder.

Im Zuge der Neufassung des GIBG im Jahre 2004 erhielten die Schadenersatzansprüche eine deutliche Modifikation. Der österreichische Gesetzgeber fühlte sich durch die Entscheidung des EuGH in der Sache *Nils Draehmpaehl/ Urania Immobilienservice OHG*⁹ und die Neuschaffung der RL 2000/43/EG, RL 2000/78/EG und der RL 2002/73/EG aufgerufen die Schadenersatzansprüche wegen Ungleichbehandlung zu reformieren. Mit dem Bundesgesetz über die Gleichbehandlung (Gleichbehandlungsgesetz – GIBG), BGBl. Nr. 66 vom 23. Juni 2004 schuf der Gesetzgeber in den §§ 12, 26 GIBG Anspruchsgrundlagen für die Schadenersatzansprüche wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgebots. Durch Bundesgesetz vom 19.06.2008, BGBl. I

⁹ EuGH 22.04.1997, C-180/95, *Draehmpaehl/Urania Immobilienservice OHG*, Slg 1997 I-2195.

Nr.98/2007, erfuhren die Vorschriften mehrere Modifizierungen in Bezug auf den Umfang des Schadensersatzes und lauten nun wie folgt:

§ 12 GIBG

(1) Ist das Arbeitsverhältnis wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 3 Z 1 nicht begründet worden, so ist der/die Arbeitgeber/in gegenüber dem/der Stellenwerber/in zum Ersatz des Vermögensschadens und zu einer Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung verpflichtet. Der Ersatzanspruch beträgt

1. mindestens zwei Monatsentgelte, wenn der/die Stellenwerber/in bei diskriminierungsfreier Auswahl die Stelle erhalten hätte, oder

2. bis 500 Euro, wenn der/die Arbeitgeber/in nachweisen kann, dass der einem/einer Stellenwerber/in durch die Diskriminierung entstandene Schaden nur darin besteht, dass die Berücksichtigung seiner/ihrer Bewerbung verweigert wird.

(2) Erhält ein/e Arbeitnehmer/in wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 3 Z 2 durch den/die Arbeitgeber/in für gleiche Arbeit oder für eine Arbeit, die als gleichwertig anerkannt wird, ein geringeres Entgelt als ein/e Arbeitnehmer/in des anderen Geschlechtes, so hat er/sie gegenüber dem/der Arbeitgeber/in Anspruch auf Bezahlung der Differenz und eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

(3) Bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 3 Z 3 hat der/die Arbeitnehmer/in Anspruch auf Gewährung der betreffenden Sozialleistung oder Ersatz des Vermögensschadens und auf eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

(4) Bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 3 Z 4 hat der/die Arbeitnehmer/in Anspruch auf Einbeziehung in die entsprechenden betrieblichen Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen oder auf Ersatz des Vermögensschadens und auf eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

(5) Ist ein/e Arbeitnehmer/in wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 3 Z 5 nicht beruflich aufgestiegen, so ist der/die Arbeitgeber/in gegenüber dem/der Arbeitnehmer/in zum Ersatz des Vermögensschadens und zu einer Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung verpflichtet. Der Ersatzanspruch beträgt,

1. die Entgeltdifferenz für mindestens drei Monate, wenn der/die Arbeitnehmer/in bei diskriminierungsfreier Auswahl beruflich aufgestiegen wäre, oder

2. bis 500 Euro, wenn der/die Arbeitgeber/in nachweisen kann, dass der einem/einer Arbeitnehmer/in durch die Diskriminierung entstandene Schaden nur darin besteht, dass die Berücksichtigung seiner/ihrer Bewerbung verweigert wird.

(6) Bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 3 Z 6 hat der/die Arbeitnehmer/in Anspruch auf Gewährung der gleichen Arbeitsbedingungen wie ein/e Arbeitnehmer/in des anderen Geschlechtes oder auf Ersatz des Vermögensschadens und auf eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

(7) Ist das Arbeitsverhältnis vom/von der Arbeitgeber/in wegen des Geschlechtes des/der Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin oder wegen der nicht offenbar unberechtigten Geltendmachung von Ansprüchen nach diesem Gesetz gekündigt oder vorzeitig beendet worden oder ist das Probearbeitsverhältnis wegen eines solchen Grundes aufgelöst worden (§ 3 Z 7), so kann die Kündigung, Entlassung oder Auflösung des Probearbeitsverhältnisses bei Gericht angefochten werden. Ist ein befristetes, auf die Umwandlung in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis angelegtes Arbeitsverhältnis wegen des Geschlechtes des/der Arbeitnehmers/in oder wegen der nicht offenbar unberechtigten Geltendmachung von Ansprüchen nach diesem Gesetz durch Zeitablauf beendet worden, so kann auf Feststellung des unbefristeten Bestehens des Arbeitsverhältnisses geklagt werden. Lässt der/die Arbeitnehmer/in die Beendigung gegen sich gelten, so hat er/sie Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens und auf eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

(8) Bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 4 Z 1 hat die betroffene Person Anspruch auf Einbeziehung in die entsprechenden Berufsberatungs-, Berufsausbildungs-, Weiterbildungs- und Umschulungsmaßnahmen oder auf Ersatz des Vermögensschadens und auf eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

(9) Bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 4 Z 2 hat die betroffene Person Anspruch auf Mitgliedschaft und Mitwirkung in der betroffenen Organisation sowie auf Inanspruchnahme der Leistungen der betreffenden Organisation oder Ersatz des Vermögensschadens und auf eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

(10) Bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 4 Z 3 hat die betroffene Person Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens und eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

(11) Bei einer sexuellen Belästigung nach § 6 oder einer geschlechtsbezogenen Belästigung nach § 7 hat die betroffene Person gegenüber dem/der Belästiger/in und im Fall des § 6 Abs. 1 Z 2 oder § 7 Abs. 1 Z 2 auch gegenüber dem/der Arbeitgeber/in Anspruch auf Ersatz des erlittenen Schadens. Soweit der Nachteil nicht nur in einer Vermögenseinbuße besteht, hat die betroffene Person zum Ausgleich der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung Anspruch auf angemessenen, mindestens jedoch auf 720 Euro Schadenersatz.

(12) Insoweit sich im Streitfall die betroffene Person auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne der §§ 3, 4, 6 oder 7 beruft, hat er/sie diesen glaubhaft zu machen. Dem/der Beklagten obliegt es bei Berufung auf §§ 3 oder 4 zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom/von der Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die

unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder das andere Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die auszuübende Tätigkeit ist oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne des § 5 Abs. 2 vorliegt. Bei Berufung auf §§ 6 oder 7 obliegt es dem/der Beklagten zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die vom/von der Beklagten glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

(13) Liegt eine Mehrfachdiskriminierung vor, so ist darauf bei der Bemessung der Höhe der Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung Bedacht zu nehmen

§ 26 GIBG

(1) Ist das Arbeitsverhältnis wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 17 Abs. 1 Z 1 nicht begründet worden, so ist der/die Arbeitgeber/in gegenüber dem/der Stellenwerber/in zum Ersatz des Vermögensschadens und zu einer Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung verpflichtet. Der Ersatzanspruch beträgt

1. mindestens zwei Monatsentgelte, wenn der/die Stellenwerber/in bei diskriminierungsfreier Auswahl die Stelle erhalten hätte, oder

2. bis 500 Euro, wenn der/die Arbeitgeber/in nachweisen kann, dass der einem/einer Stellenwerber/in durch die Diskriminierung entstandene Schaden nur darin besteht, dass die Berücksichtigung seiner/ihrer Bewerbung verweigert wird.

(2) Erhält ein/e Arbeitnehmer/in wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 17 Abs. 1 Z 2 durch den/die Arbeitgeber/in für gleiche Arbeit oder für eine Arbeit, die als gleichwertig anerkannt wird, ein geringeres Entgelt als ein/e Arbeitnehmer/in, bei dem/der eine Diskriminierung wegen eines in § 17 genannten Grundes nicht erfolgt, so hat er/sie gegenüber dem/der Arbeitgeber/in Anspruch auf Bezahlung der Differenz und eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

(3) Bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 17 Abs. 1 Z 3 hat der/die Arbeitnehmer/in Anspruch auf Gewährung der betreffenden Sozialleistung oder Ersatz des Vermögensschadens und auf eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

(4) Bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 17 Abs. 1 Z 4 hat der/die Arbeitnehmer/in Anspruch auf Einbeziehung in die entsprechenden betrieblichen Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen oder auf Ersatz des Vermögensschadens und auf eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

(5) Ist ein/e Arbeitnehmer/in wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 17 Abs. 1 Z 5 nicht beruflich aufgestiegen, so ist der/die Arbeitgeber/in gegenüber dem/der Arbeitnehmer/in zum Ersatz des Vermögensschadens und

zu einer Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung verpflichtet. Der Ersatzanspruch beträgt,

1. die Entgeltdifferenz für mindestens drei Monate, wenn der/die Arbeitnehmer/in bei diskriminierungsfreier Auswahl beruflich aufgestiegen wäre, oder

2. bis 500 Euro, wenn der/die Arbeitgeber/in nachweisen kann, dass der einem/einer Arbeitnehmer/in durch die Diskriminierung entstandene Schaden nur darin besteht, dass die Berücksichtigung seiner/ihrer Bewerbung verweigert wird.

(6) Bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 17 Abs. 1 Z 6 hat der/die Arbeitnehmer/in Anspruch auf Gewährung der gleichen Arbeitsbedingungen wie ein/e Arbeitnehmer/in, bei dem/der eine Diskriminierung wegen eines in § 17 genannten Grundes nicht erfolgt, oder auf Ersatz des Vermögensschadens und auf eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

(7) Ist das Arbeitsverhältnis vom/von der Arbeitgeber/in wegen eines in § 17 genannten Grundes oder wegen der nicht offenbar unberechtigten Geltendmachung von Ansprüchen nach diesem Gesetz gekündigt oder vorzeitig beendet worden oder ist das Probearbeitsverhältnis wegen eines solchen Grundes aufgelöst worden (§ 17 Abs. 1 Z 7), so kann die Kündigung, Entlassung oder Auflösung des Probearbeitsverhältnisses bei Gericht angefochten werden. Ist ein befristetes, auf die Umwandlung in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis angelegtes Arbeitsverhältnis wegen eines in § 17 genannten Grundes oder wegen der nicht offenbar unberechtigten Geltendmachung von Ansprüchen nach diesem Gesetz durch Zeitablauf beendet worden, so kann auf Feststellung des unbefristeten Bestehens des Arbeitsverhältnisses geklagt werden. Lässt der/die Arbeitnehmer/in die Beendigung gegen sich gelten, so hat er/sie Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens und auf eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

(8) Bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 18 Z 1 hat die betroffene Person Anspruch auf Einbeziehung in die entsprechenden Berufsberatungs-, Berufsausbildungs-, Weiterbildungs- und Umschulungsmaßnahmen oder auf Ersatz des Vermögensschadens und auf eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

(9) Bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 18 Z 2 hat die betroffene Person Anspruch auf Mitgliedschaft und Mitwirkung in der betroffenen Organisation sowie auf Inanspruchnahme der Leistungen der betreffenden Organisation oder Ersatz des Vermögensschadens und auf eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

(10) Bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 18 Z 3 hat die betroffene Person Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens und eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

(11) Bei einer Belästigung nach § 21 hat die betroffene Person gegenüber dem/der Belästiger/in und im Fall des § 21 Abs. 1 Z 2 auch gegenüber dem/der Arbeitgeber/in Anspruch auf Ersatz des erlittenen Schadens. Soweit der Nachteil nicht nur in einer Vermögenseinbuße besteht, hat die betroffene Person zum Ausgleich der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung Anspruch auf angemessenen, mindestens jedoch auf 720 Euro Schadenersatz.

(12) Insoweit sich im Streitfall die betroffene Person auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne der §§ 17, 18, oder 21 beruft, hat er/sie diesen glaubhaft zu machen. Dem/der Beklagten obliegt es bei Berufung auf §§ 17 oder 18 zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom/von der Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne der §§ 19 Abs. 2 oder 20 vorliegt. Bei Berufung auf § 21 obliegt es dem/der Beklagten zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die vom/von der Beklagten glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

(13) Liegt eine Mehrfachdiskriminierung vor, so ist darauf bei der Bemessung der Höhe der Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung Bedacht zu nehmen.

Erster Teil

Vereinbarkeit der europäischen Vorgaben mit dem deutschen und österreichischem Schadensersatzrecht

A. Die Vorgaben aus den Richtlinien

Die Richtlinie 76/207/EWG in der Fassung der Richtlinie 2002/73/EG (Gender-Richtlinie) sowie die Richtlinien 2000/43/EG (Antirassismus-Richtlinie), und 2000/78/EG (Rahmenrichtlinie Beschäftigung) richten die Vorgabe an die Mitgliedsstaaten, Sanktionen für den Fall des Verstoßes gegen die nationalen Umsetzungsnormen zu installieren. Diese Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Während Art.17 RL 2000/78/EG, Art.15 RL 2000/43/EG und Art.8d RL 2002/73/EG den Mitgliedsstaaten in Bezug auf die Umsetzung wortlautidentisch einen Schadensersatzanspruch als eine mögliche Sanktion eröffnen, konkretisiert Art.6 Abs.2 RL 2002/73/EG den Umsetzungsauftrag dahingehend, dass der einer Person durch Diskriminierung entstandene Schaden – je nach den Vorschriften der Mitgliedsstaaten – tatsächlich und wirksam ausgeglichen oder ersetzt wird, wobei dies auf eine abschreckende und dem erlittenen Schaden angemessene Weise geschehen muss; dabei darf ein solcher Ausgleich oder eine solche Entschädigung nur in den Fällen durch eine im Voraus festgelegte Höchstgrenze begrenzt werden, so die Richtlinie weiter, in denen der Arbeitgeber nachweisen kann, dass der einem Bewerber/ einer Bewerberin durch die Diskriminierung im Sinne dieser Richtlinie entstandene Schaden allein darin besteht, dass die Berücksichtigung seiner/ihrer Bewerbung verweigert wird.

An dieser Stelle stellt sich die Frage, ob die Gender-Richtlinie im Gegensatz zu den übrigen Richtlinien zwingend einen zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch vorschreibt.

Die gewählte Formulierung lässt den Schluss als begründet erscheinen, dass die Diskriminierung wegen des Geschlechts als Sanktion zwingend einen finanziellen Ausgleich oder eine finanzielle Entschädigung an die Opfer nach sich ziehen muss, während im Falle der Diskriminierung aus den in den

Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG genannten Motiven die Wahl der Sanktion den Mitgliedsstaaten überlassen bleibt.¹⁰

Der Auffassung liegt zunächst der von *Kamanabrou*¹¹ vertretene Gedanke zugrunde, dass nur eine finanzielle Wiedergutmachung gemeint sein kann. Dies folgt aus der Überlegung, dass nur eine finanzielle Position der Höhe nach begrenzt sein kann, nicht aber eine Wiedergutmachung anderer Art. Fraglich ist folglich, ob hieraus der Schluss zu ziehen ist, dass zwingend ein zivilrechtlicher Schadensersatzanspruch im Falle der Diskriminierung vorzusehen ist.

Kamanabrou verneint dies. Zur Begründung führt die Autorin an, dass Art.6 Abs.2 RL 2002/73/EG auf einem falschen Verständnis der Entscheidungen *Draehmpaehl*¹³ und *Marshall II*¹⁴ beruhe. Dies folge unmittelbar aus der 18. Begründungserwägung zur RL 2002/73/EG, die unter Berufung auf die genannten Entscheidungen davon ausgeht, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nur dann verwirklicht sei, wenn der benachteiligte Arbeitnehmer für den erlittenen Schaden angemessen entschädigt würde. Der EuGH habe im Gegensatz hierzu, so die Autorin weiter, nur festgestellt, dass ein angemessener Schadensersatz nur dann zu leisten ist, wenn als Sanktion eine finanzielle Wiedergutmachung vorgesehen ist¹⁵, ob aber grundsätzlich die Sanktion als finanzielle Wiedergutmachung ausgestaltet sein muss, bleibe letztendlich den Mitgliedsstaaten überlassen.

Weiterhin führt die Autorin an, dass diese falsche Interpretation der Entscheidungen des EuGH bei einer Zusammenschau von Art.6 und Art.8d der RL 2002/73/EG zu einem systematischen Widerspruch führe. Daher sei die Auslegung vorzuziehen, nach der nicht zwingend ein finanzieller Ausgleich beziehungsweise finanzielle Entschädigung im nationalen Umsetzungsakt anzuordnen ist.

Zwar hat sich der europäische Gesetzgeber bei der Richtliniengestaltung von der Rechtsprechung leiten lassen und nimmt auf diese unmittelbar Bezug;

¹⁰ *Bauer/Göpfert/Krieger*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz² (2008) § 15 Rn.2.

¹¹ *Kamanabrou*, Rechtsfolgen unzulässiger Benachteiligung im Antidiskriminierungsrecht, ZfA 2006, 327 (329).

¹³ EuGH 22.04.1997, C-180/95, *Draehmpael/Urania Immobilienservice OHG*, Slg 1997 I-2195.

¹⁴ EuGH 02.08.1993, C-271/91, *Marshall II*, Slg 1993, I-4367.

¹⁵ *Kamanabrou*, ZfA 2006, 329.

gleichwohl findet sich für die missverstandene Interpretation der Rechtssprechung des EuGH kein Anhaltspunkt. Der Gesetzgeber hat in Art.6 Abs.2 RL 2002/73/EG seinen Willen, die finanzielle Wiedergutmachung zwingend vorzusehen, eindeutig manifestiert. Eine andere Auffassung übergeht den Wortlaut der Richtlinie in unzulässiger Weise. Für eine Fehlinterpretation der EuGH-Rechtssprechung bestehen keinerlei Anzeichen.

Die Notwendigkeit einer anderen Auslegung folgt ebenfalls nicht aus systematischen Erwägungen. Vielmehr kann Art.6 Abs.2 RL 2002/73/EG als konkretisierende Weiterentwicklung zu den bestehenden Sanktionspflichten der Art.8d RL 2002/73/EG, 17 RL 2000/78/EG und Art.15 RL 2000/43/EG verstanden werden.

B. Der Zweck der Entschädigung

Die Richtlinien fordern durchwegs vom nationalen Umsetzungsakt, Sanktionen festzulegen, die auch Schadensersatzleistungen an die Opfer enthalten können, die ihrerseits wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen¹⁶. Art.6 Abs.2 RL 2002/73/EG konkretisiert die Vorgabe und richtet die Forderung an die Mitgliedsstaaten, dass einer Person der durch eine Diskriminierung entstandene Schaden - je nach den Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten – tatsächlich und wirksam ausgeglichen wird, wobei dies auf eine abschreckende und dem erlittenen Schaden angemessene Weise geschehen muss.

Misst man die nationalen Umsetzungsakte an den Vorgaben, ist zunächst festzustellen, dass nach dem Wortlaut der Vorschriften sowohl des GIBG als auch des AGG primär der Schadensausgleich bezweckt wird. Die Schadensersatz gewährenden Vorschriften der §§ 12, 26 und 51 GIBG als auch § 15 AGG treffen lediglich eine Aussage dahingehend, dass neben dem Vermögensschaden auch der Nichtvermögensschaden zu ersetzen ist. Grundlegend kann hierbei zunächst davon ausgegangen werden, dass die Vorschriften dem Ausgleich der entstandenen Schäden dienen sollen, mithin der beiden Rechtsordnungen zugrunde liegende Gedanke des

¹⁶ Art.17 RL 2000/78/EG, Art.15 RL 2000/43/EG und Art.8d RL 2002/73/EG.

Schadensausgleichs normiert ist. Dies kann unmittelbar der Gesetzesbegründung zu § 15 AGG entnommen werden.¹⁷

Den Zweck des Schadensausgleichs trägt auch das GIBG in sich. Den Gesetzgebungsmaterialien zum GIBG kann entnommen werden, dass den der Judikatur des europäischen Gerichtshofes nachgebildeten geänderten Gleichbehandlungsrichtlinie sowie den Antidiskriminierungsrichtlinien durch das neu gefasste GIBG Rechnung getragen werden soll, indem der Schaden „tatsächlich und wirksam ausgeglichen wird“.¹⁸

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob §§ 12, 26 GIBG und § 15 AGG neben dem Ausgleich des entstandenen Schadens auch abschreckend wirken sollen.

Eine weitergehende Zweckverfolgung kann zunächst der Gesetzesbegründung zum GIBG als auch der Gesetzesbegründung zum AGG entnommen werden. Beide nehmen unmittelbaren Bezug auf das oben dargestellte Urteil in der Sache *Draehmpaehl* und legen damit der jeweiligen Vorschrift den Zweck unter, neben dem verhältnismäßigen Schadensausgleich auch eine abschreckende Wirkweise zu entfalten.

Während der Wortlaut des § 15 Abs.1 und Abs.2 AGG auf diesen Zweck nicht schließen lässt, schlägt sich die Forderung nach abschreckender Wirkung im Wortlaut der Regelungen der §§ 12 und 26 GIBG nieder. Dem Wortlaut der §§ 12 Abs.1 Nr.1, Abs.5 Nr.1 und Abs.11 sowie den korrespondierenden §§ 26 Abs.1 Nr.1, Abs.5 Nr.1 und Abs.11 GIBG zufolge sollen der Ersatz des Vermögensschadens und die Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung in der Summe einen festgesetzten Mindestbetrag erreichen. Einen Mindestbetrag von zwei Monatsgehältern sieht das GIBG für den Stellenbewerber vor, der bei diskriminierungsfreier Auswahl die Stelle erhalten hätte. Ebenso ist Mindestersatz vorgesehen für den Arbeitnehmer, der bei diskriminierungsfreier Auswahl beruflich aufgestiegen wäre. Weiterhin gewährt das GIBG Mindestschadensersatz im Falle der Belästigung bzw. der sexuellen Belästigung. Mit der Gewährung von Mindestschadensersatz könnte es im Einzelfall dazu kommen, dass als Schadensersatz der Mindestbetrag zu gewähren ist, obwohl der tatsächlich entstandene Schaden unter diesem

¹⁷ BT-Drucksache 16/1780 S.38.

¹⁸ ErläutRV 307 BlgNr 22.GP S.17.

Mindestbetrag liegt. In der Konsequenz erhalte der Verletzte einen Schadensersatz ohne Schaden. Am deutlichsten drängt sich diese Frage in den Vordergrund bei der Gewährung von Schadensersatz im Zusammenhang mit der Begründung des Arbeitsverhältnisses. Hier wird die Frage aufgeworfen, ob der Minderqualifizierte Bewerber in der Ablehnung tatsächlich einen Schaden erleidet, da der materielle Schaden lediglich in den frustrierten Bewerbungskosten begründet sein kann und eine immaterielle Schadensersatzposition nach Ansicht einiger Autoren aufgrund der mangelnden Erheblichkeit nicht zu gewähren sei¹⁹. Nicht jeder Tatbestand der Diskriminierung stelle zwangsläufig eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts dar und könne dementsprechend auch keinen Schadensersatzanspruch nach sich ziehen.

*Krejci*²⁰ und *Kletečka*²¹ sehen in dem Mindestersatz eine Sanktion angelegt, die nur durch den besonderen Strafcharakter zu erklären ist, der wiederum aus dem Umsetzungsauftrag aus den Richtlinien, einen Schadensersatzanspruch zu installieren, der abschreckende Wirkung erzeugt, herrührt. Eine Auslegung der Richtlinientexte führt in diesem Zusammenhang nicht weiter; eine Forderung nach der Einführung eines Mindestersatzes kann dem Richtlinien text nicht entnommen werden. Zurückgeführt werden kann die Einführung des Mindestersatzes jedoch auf die Interpretation des Umsetzungsauftrages. Offensichtlich ging der österreichische Gesetzgeber davon aus, dem Umsetzungsauftrag nur dann gerecht zu werden, wenn er eine Schwelle installiert, unabhängig von der Frage, ob der tatsächlich eingetretene Schadensumfang diesem gerecht wird. Den Materialien zum GIBG kann entnommen werden, dass der österreichische Gesetzgeber das Rechtsfolgensystem des Gleichbehandlungsgesetzes an die geänderte europäische Rechtslage anpassen wollte. So heißt es dort: „Nach Art.6 Abs.2 der geänderten Gleichbehandlungsrichtlinie haben die Mitgliedsstaaten dafür zu sorgen, dass der einer Person entstandene Schaden tatsächlich und wirksam ausgeglichen wird und ersetzt wird, wobei dies auf eine abschreckende und dem erlittenen Schaden angemessene Art und Weise geschehen muss.“²²

¹⁹ *Kletečka* in *Rebhahn*, GIBG (2005) § 12 Rn.23, 33.

²⁰ *Krejci*, Antidiskriminierung, Arbeitnehmerschutz und Privatautonomie (Teil II), RdA 2005, 501.

²¹ *Kletečka* in *Rebhahn*, GIBG § 12 Rn.24.

²² ErläutRV 307 BlgNr 22.GP S.17.

I. Das Tatbestandsmerkmal der abschreckenden Wirkung

Aus diesem Grunde soll zunächst der Frage nachgegangen werden, was die Richtlinien, die ausweislich ihrer Begründung der Rechtsprechung des EuGH nachgebildet sind²³, unter dem Tatbestandsmerkmal der abschreckenden Wirkung einfordern.

1. Auslegung

Aufschluss hierüber können zunächst die Entscheidungen von *Colson u. Kamann*²⁴ und *Dreampeahl*²⁵ liefern. Gegenstand dieser oben dargestellten Entscheidungen waren die Vereinbarkeit der Schadensersatzansprüche aus § 611a BGB mit den Richtlinien. Der EuGH²⁶ verwendet in der Auseinandersetzung mit den Vorgaben der Richtlinien durchgehend den Begriff der „Sanktion“; damit korrespondieren die Begriffe „Diskriminierungsopfer“ und die Forderung nach „abschreckender Wirkung“. Darüber hinaus findet sich im Schlussantrag der Generalanwältin Simone Rozes vom 31.01.1984 zu der Entscheidung des EuGH vom 10.04.1984²⁷ die Forderung wieder, nationale Sanktionen bei Nichtbeachtung des Gleichbehandlungsgebots, müssen „den Sanktionen vergleichbar sein, die bei gleichen schweren strafbaren Handlungen verhängt werden“. Anzumerken ist dabei, dass die Sanktionierung in Form eines Bußgeldes in Deutschland diskutiert und in Erwägung gezogen²⁸ und in anderen Mitgliedsstaaten auch in dieser Form umgesetzt wurde²⁹.

Zwar griff der EuGH die Feststellung der Generalanwältin, nach der eine angemessene Sanktion vergleichbar sein muss mit einer Sanktion, die bei gleich schweren strafbaren Handlungen verhängt werde, nicht auf. Gleichwohl ist den genannten Formulierungen „Sanktionen“ und „Diskriminierungsopfer“ zuzugeben, dass sie sowohl nach deutschem als auch

²³ vgl. Erwägung 19 zu RL 2002/73/EG.

²⁴ EuGH 10.04.1984, C-14/83 v. *Colson u Kamann* Slg 1984, 1981.

²⁵ EuGH 22.04.1997, C-180/95, *Draehmpael/Urania Immobilienservice OHG*, Slg 1997 I-2195.

²⁶ EuGH 22.04.1997, C-180/95, *Draehmpael/Urania Immobilienservice OHG*, Slg 1997 I-2195.

²⁷ EuGH 10.04.1984, C-14/83, v. *Colson u Kamann*, Slg 1984, 1981, Schlussantrag des Generalanwalts Simone Rozes vom 31.01.1984, EAS, RL 76/207/EWG, Art.6 Nr.1.

²⁸ *Kamanabrou*, Die arbeitsrechtlichen Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, NZA 2006, 321 (337).

²⁹ Eine Kombination aus Schadensersatz und Bußgeld hat der portugiesische Gesetzgeber vorgesehen (Art.642 Abs.1 i.V.m. Art.614 Codigo do Trabalho).

österreichischem Verständnis auf eine strafrechtliche Betrachtungsweise deuten und damit die Diskriminierung in den Bereich der strafbaren Handlung zu drängen vermögen. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass der Begriff „Sanktion“ einzig die Reaktion auf nicht normgerechtes Verhalten erfasst; so spricht auch das BVerfG³⁰ vom „zivilrechtlichen Sanktionssystem“ dem „der Strafschadensersatz nach amerikanischem Recht fremd ist“.

Der Begriff Sanktion ist vom EuGH bewusst neutral gefasst, um den Mitgliedsstaaten die Freiheit bei der Wahl der Mittel zur Umsetzung des Gestaltungsauftrages zu belassen.

Auch hat der EuGH entschieden, dass die Sanktion auch in Form einer zivilrechtlichen Entschädigung ausgestaltet sein kann. Diese gewählte Form der Sanktion mittels zivilrechtlicher Entschädigung wurde vom EuGH nachdrücklich gebilligt und findet sich in Art.6 Abs.2 RL 2002/73/EG wieder.

Daher ist zunächst, festzustellen, dass der vom EuGH verfolgte Gedanke hinter der abschreckenden Wirkung nicht aus Begrifflichkeiten „Sanktion“ und „Diskriminierungsopfer“ alleine erschlossen werden kann.

2. Der Zweck der abschreckenden Wirkung

Damit ist zunächst der Frage nachzugehen, welchen Zweck der EuGH dem Merkmal der abschreckenden Wirkung beimisst.

In der Literatur findet sich beständig die Ansicht, der EuGH habe den Strafschadensersatz im Sinn, wenn er von abschreckender Wirkung spricht. Daraus leiten zahlreiche Stimmen in der Literatur die Verpflichtung der Mitgliedsstaaten ab, den Schaden bei Diskriminierung mittels eines überkompensatorischen Schadensersatzes zu sanktionieren. Folglich wird die zivilrechtliche Umsetzung der Vorgaben als Fremdkörper des jeweiligen Schadensersatzrechts angesehen. Sie gehöre nach einer Ansicht vielmehr in das Strafgesetzbuch als in die Zivilrechtsordnung³¹. Anstatt des zivilrechtlichen Haftungstatbestandes wird von einigen Stimmen die Sanktionierung mittels Bußgeldes gefordert³². Weiter wird ins Feld geführt, dass mit der Forderung

³⁰ BVerfG 1 BvR 1279/94, NJW 1995, 649 (650).

³¹ Herrmann, Die Abschlussfreiheit – ein gefährdetes Prinzip, ZFA 1996, 19 (35).

³² Kamanabrou, Rechtsfolgen unzulässiger Benachteiligung im Antidiskriminierungsrecht, ZFA 2006, 327 (341).

nach abschreckender Wirkung der Strafschadensersatz eingeführt worden sei³³, wodurch das Schadensersatzrecht „zu einem Sanktionsvehikel pervertiert“³⁴ werde. Der Restitutionsgedanke werde durch das Erfordernis der abschreckenden Wirkung durchbrochen und general- und spezialpräventive Elemente in das Schadensersatzrecht hineingetragen. Damit rücke der Schadensersatzanspruch in die Nähe von „Punitive Damages“³⁵ nach US-amerikanischem Vorbild. Dies hätte aber zur Konsequenz, dass dem Umsetzungsauftrag aus den Richtlinien nicht mittels einer zivilrechtlichen Regelung Rechnung getragen werden kann, denn der Strafschadensersatz kann, wie im Folgenden nachzuweisen sein wird, in der Zivilrechtsordnung keine Grundlage finden.

3. Der Strafschadensersatz im nationalen Zivilrecht

Daher soll im Folgenden der Frage nachgegangen werden, ob die europäischen Vorgaben Schadensersatz im Sinne der „Punitive Damages“ nach amerikanischer Prägung einfordern. Dabei soll zunächst die Wirkungsweise des Strafschadensersatzes und dessen Vereinbarkeit mit den nationalen Rechtsordnungen untersucht werden.

Aufschluss hierüber liefert die grundlegende Entscheidung des BGH³⁶ zur Vollstreckbarkeit eines US-amerikanischen Urteils, das auf Strafschadensersatz (sog. punitive damages) titulierte war. Der BGH lehnte die Vollstreckung eines US-amerikanischen Urteils ab, das neben dem materiellen und immateriellen Schadensersatz in Höhe von 350.260 \$ weitere 400.000 \$ Strafschadensersatz, sog. punitive damages zuerkannt hat. Dabei führte der BGH zur Begründung an, dass die vier Hauptzwecke, die den punitive damages zugrunde liegen nicht mit dem Zweck des deutschen Schadensersatzrechts vereinbar sind. Die punitive damages verfolgen nach Ansicht des BGH die Zwecke der Bestrafung und Abschreckung des Täters, des Schutzes der Allgemeinheit vor künftigem sozialschädlichem Verhalten, weiterhin soll der Geschädigte für die Rechtsdurchsetzung belohnt werden; schließlich soll der Schadensersatz eine

³³ Seitz, Prinz und Prinzessin Wandlungen des Deliktsrechts durch Zwangskommerzialisierung der Persönlichkeit, NJW 1996, 2848.

³⁴ Müller, Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht (2000) 151.

³⁵ Richardi/Annunzi in Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2005) § 611 a Rn.22.

³⁶ BGH 04.06.1992 IX ZR 149/01 BGHZ 118, 312.

Ergänzung zu einer als unzureichend empfundenen Schadensbeseitigung darstellen. Dabei betont der BGH, dass die vorgenannten Ziele nicht mit dem Gedanken des Schadensausgleichs, der dem modernen deutschen Zivilrecht zugrunde liegt, vereinbar sind. Die Rechtsfolge der Bereicherung des Geschädigten sieht die deutsche Rechtsordnung nicht vor. Auch die Abschreckungsfunktion der „punitive damages“ kann nicht mit dem Gedanken der Genugtuungsfunktion in Einklang gebracht werden, da die Genugtuungsfunktion untrennbar mit der dem Schmerzensgeldanspruch innewohnenden Ausgleichsfunktion verknüpft ist. Maßgebliche Voraussetzung der Bemessung des Schadensersatzes ist allein der gesteigerte Schuldvorwurf; ferner besteht keine messbare allgemeine Beziehung der festzusetzenden Beträge zu den erlittenen Schäden. Dies führt dazu, dass der Ausgleichsgedanke im Regelfall zurücktritt. In der Konsequenz hieraus versagt der BGH die Vollstreckung derartiger Strafschadensersatzansprüche in Deutschland. Die Ausführungen des BGH zum Strafschadensersatz wurden vom Bundesverfassungsgericht³⁷ wieder aufgegriffen und bestätigt. In seiner Entscheidung betont das Bundesverfassungsgericht, dass der Strafschadensersatz nach amerikanischem Recht dem deutschen zivilrechtlichen Sanktionssystem fremd ist.

Die österreichische Literatur steht der Anerkennung von punitive damages ebenfalls ablehnend gegenüber und sieht im Zivilrecht keine tragfähige Grundlage für die Anerkennung von Strafschadensersatz.

Koziol vertritt die Auffassung, „dass der Sanktionsgedanke keinesfalls allein, also unabhängig vom Ausgleichsgedanken, die Auferlegung einer Ersatzpflicht rechtfertigen kann; punitive damages sind daher unbedingt abzulehnen: Es ist nicht Aufgabe des Privatrechts, Sanktionen zu verhängen, und es ist nicht Aufgabe des Schadensersatzrechts, jemandem über seinen materiellen und immateriellen Schaden hinaus eine Zuwendung zu verschaffen, die nicht mehr dem Ausgleich des Verlustes dient, sondern dem Empfänger als erfreulicher Glücksfall erscheinen muss“³⁸.

Holoubek vertritt ebenfalls die Auffassung, dass Schadensersatz im österreichischen Rechtssystem keine Straffunktion erfüllt³⁹. Die Einführung

³⁷ BVerfG 07.12.1994 1 BvR 1279/94 BVerfGE 91, 335.

³⁸ *Koziol*, Ein europäisches Schadenersatzrecht – Wirklichkeit oder Traum, JBl 2001, 35.

³⁹ *Holoubek*, Vergaberechtsschutz durch Schadenersatz, ZfV 1998, 592 (597).

eines Strafschadensersatzes würde aus einer Vielzahl von Gründen nicht sinnvoll erscheinen und einen Systemwechsel im österreichischen Recht bedeuten.⁴⁰ Den Hauptkritikpunkt sieht auch *Holoubek* in der Loslösung des Schadensersatzanspruchs vom konkret eingetretenen Schaden.

Auch die Feststellung, dass zumindest im Bereich der Verschuldenshaftung der Sanktionsgedanke Berücksichtigung gefunden hat, kann die Einwände nicht entkräften. Zwar richtet sich der Umfang der Ersatzpflicht gemäß § 1324 ABGB nach dem Vorwurf, der den Schädiger im Rahmen seines Handelns trifft. So gibt § 1324 ABGB vor, dass im Falle von Vorsatz oder auffälliger Sorglosigkeit die volle Genugtuung - also auch entgangenen Gewinn und ideellen Schadensersatz⁴¹ - gebührt, in den übrigen Fällen nur die eigentliche Schadloshaltung. Damit knüpft das Gesetz den Haftungsumfang an die Schwere der Zurechnungsgründe; dies stellt aber keinen Ausbruch aus dem Prinzip des Schadensausgleichs dar. Vielmehr gibt § 1324 ABGB die Grenzen des Ausgleichs vor. Einem Strafschadensersatz wird hierdurch nicht der Weg geebnet.

Die vorstehenden Ausführungen verdeutlichen, dass ein Strafschadensersatz amerikanischer Prägung sowohl im deutschen als auch dem österreichischen Zivilrecht keine tragfähige Grundlage finden kann. Der Strafschadensersatz entfernt sich von dem Gedanken des Schadensausgleichs funktionell, da ihm einzig die Funktion der Bestrafung und Abschreckung beigemessen wird. Seine Funktion erfüllt der Strafschadensersatz, indem er nicht in Beziehung zu dem erlittenen Schaden gesetzt wird, vielmehr pauschal zuerkannt wird und als einzige Grundlage den gesteigerten Schuldvorwurf verlangt. Demzufolge führt der BGH⁴² aus, dass „die Bestrafung und im Rahmen des Schuldangemessenen- Abschreckung mögliche Ziele einer Kriminalstrafe sind, nicht jedoch des Zivilrechts“.

4. Die abschreckende Wirkung und der Strafschadensersatz

Dieses Ergebnis muss jedoch einer genaueren Betrachtung unterzogen werden. Dabei muss zunächst der Frage nachgegangen werden, welche Ziele die Kriminalstrafe verfolgt. Absolute Straftheorien sehen die Funktion der

⁴⁰ *Holoubek*, ZfV 1998, 592 (603).

⁴¹ *Reischauer in Rummel*, Kommentar zum ABGB II/1³ (2002) § 1324 ABGB Rn.11.

⁴² BGH 04.06.1992 IX ZR 149/01 BGHZ 118, 312.

Kriminalstrafe darin, Unrecht zu sühnen und die Schuld des Täters zu vergelten. Demgegenüber sehen relative Straftheorien den Zweck der Kriminalstrafe einerseits darin, die Allgemeinheit von weiteren Taten abzuhalten (Generalprävention), andererseits soll auch der Täter von der Begehung weiterer Straftaten abgehalten werden (Spezialprävention).⁴³

Misst man der abschreckenden Wirkung, wie sie die Richtlinien einfordern, den Gedanken der Sühne und Vergeltung bei, losgelöst von der Betrachtung des konkreten Schadens, muss mit den oben genannten Autoren festgestellt werden, dass der Schadensersatz, der eine abschreckende Wirkung entfalten soll, in einer Zivilrechtsordnung keinen Platz finden kann. Der vom konkreten Schaden losgelöste Gedanke der Sühne und Vergeltung im Sinne absoluter Straftheorien ist mit der Funktion des Zivilrechts wie der BGH verdeutlicht, nicht zu vereinbaren⁴⁴. Fraglich ist, ob die Forderung des EuGH nach abschreckender Wirkweise die Forderung nach Strafschadensersatz in sich trägt.

*Annuß*⁴⁵ sieht in der gewählten Formulierung des EuGH die Forderung nach einer Sanktion auch für den Fall, dass dem Bewerber kein Schaden erwachsen ist. Zur Begründung führt er an, dass die Forderung nach der abschreckenden Wirkung losgelöst von der Forderung nach angemessener Entschädigung betrachtet werden kann. Demzufolge könne der Schadensersatz losgelöst von jeglicher Ausgleichsfunktion alleine dem Sanktionszweck dienen. *Annuß* zieht hieraus die Konsequenz, dass es sich bei dem Schadensersatz um eine „echte Strafschadensnorm“ handelt.

Den Feststellungen *Annuß* muss jedoch widersprochen werden. Aus den vom EuGH aufgestellten Grundsätzen zur Forderung nach abschreckender Wirkung des Schadensersatzes kann nicht der Schluss gezogen werden, hierbei handele es sich um einen selbständigen von dem Gedanken des Ausgleichs losgelösten Strafschadensersatz. Die folgenden Ausführungen sollen dies verdeutlichen.

In der Diskussion um die Funktion des Schadensersatzes blieb bisher unberücksichtigt, dass die zu erzeugende, abschreckende Wirkung nur eine Wirkweise des Schadensersatzes darstellt. Weiterhin fordert der EuGH jedoch

⁴³ *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen³ (2009) 18.

⁴⁴ BGH 13.10.1992 VI ZR 201/91 BGHZ 120, 1.

⁴⁵ *Annuß*, Grundfragen der Entschädigung bei unzulässiger Geschlechtsdiskriminierung, NZA 1999, 738 (741).

auch, dass der Schadensersatz auch in einem angemessenen Verhältnis zu den erlittenen Schäden steht⁴⁶; in den Art.6 Abs.2 Richtlinie 2002/73/EG wird die Forderung an den nationalen Umsetzungsakt gerichtet, dass der durch die Diskriminierung entstandene Schaden „tatsächlich und wirksam ausgeglichen oder ersetzt wird, wobei dies auf eine abschreckende und dem erlittenen Schaden angemessene Art und Weise geschehen muss.“

Aus dieser Formulierung folgt, dass der EuGH nicht eine Bestrafung losgelöst vom entstandenen Schaden, sondern vielmehr den vollumfänglichen Schadensausgleich im Sinn hat.⁴⁷ Aus dem Leitsatz des EuGH in der Entscheidung *Dekker* wird deutlich, dass zwischen dem Gedanken des Schadensausgleichs in angemessenem Verhältnis zu dem erlittenen Schaden und der abschreckenden Wirkung ein innerer Bedingungs Zusammenhang besteht. Die abschreckende Wirkung wird erzielt durch die Gewährung einer Entschädigung, die in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden steht: „Entscheidet sich ein Mitgliedsstaat jedoch dafür, als Sanktion für einen Verstoß gegen dieses Verbot eine Entschädigung zu gewähren, so muss diese jedenfalls, damit ihre Wirksamkeit und abschreckende Wirkung gewährleistet sind, in einem angemessenen Verhältnis zu dem erlittenen Schaden stehen und über einen rein symbolischen Schadensersatz, wie etwa die Erstattung der Bewerbungskosten, hinausgehen“⁴⁸ Hierin zeigt sich der Bedingungs Zusammenhang von abschreckender Wirkung und angemessener Entschädigung. Ersteres wird erreicht durch die angemessene Entschädigung. Hieraus lässt sich der Schluss ziehen, dass der EuGH dem Schadensersatz nicht die Funktion der Sühne und Vergeltung beimisst⁴⁹.

Für diese Ansicht streiten weitere Argumente. Zunächst ist anzuführen, dass der EuGH⁵⁰ mit der Regelung des § 611a Abs.2 BGB in der Fassung bis zu 01.09.1994 befasst war, die dem Bewerber unabhängig davon, ob er bei benachteiligungsfreier Auswahl eingestellt worden wäre oder nicht, eine angemessene Entschädigung in Geld in Höhe von höchstens drei Monatsverdiensten zuerkannt hat. § 611a Abs.2 BGB war in der Fassung durch

⁴⁶ EuGH 10.04.1984, C-14/83, v. *Colson u Kamann*, Slg 1984, 1981 Rn.28.

⁴⁷ *Kletečka* in in *Rebhahn*, GIBG § 12 Rn.24: *Wagner*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht, AcP 206 352 (398).

⁴⁸ EuGH 10.04.1984, C-14/83, v. *Colson u Kamann*, Slg 1984, 1981 Rn.28.

⁴⁹ so auch *Wagner* AcP 206 352 (398).

⁵⁰ EuGH 22.04.1997, C-180/95, *Draehmpael/Urania Immobilienservice OHG*, Slg 1997 I-2195.

das zweite Gleichberechtigungsgesetz vom 24.06.1994, in Kraft getreten am 01.09.1994 wie folgt ausgestaltet:

„Hat der Arbeitgeber bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des Absatzes 1 zu vertreten, so kann der hierdurch benachteiligte Bewerber eine angemessene Entschädigung in Geld in Höhe von höchstens drei Monatsverdiensten verlangen. Als Monatsverdienst gilt, was dem Bewerber bei regelmäßiger Arbeitszeit in dem Monat, in dem das Arbeitsverhältnis hätte begründet werden sollen, an Geld- und Sachbezügen zugestanden hätte.“

Der EuGH hat dieser Regelung mangels angemessenen Verhältnisses von Schadensersatz und erlittenen Schaden die Vereinbarkeit mit den Vorgaben aus den Richtlinien abgesprochen. Ausgangspunkt des EuGH ist die vergleichende Gegenüberstellung derjenigen Bewerber, die bei benachteiligungsfreier Auswahl die Stelle erhalten hätten und der Bewerber, die die Stelle auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht erhalten hätten, Hier betont der EuGH, „dass es nicht unangemessen erscheint, dass ein Mitgliedsstaat eine gesetzliche Vermutung aufstellt, wonach der Schaden, den ein Bewerber der ersten Gruppe (d.h. diejenigen Bewerber, die auch bei diskriminierungsfreier Auswahl nicht genommen worden wären) erleidet, eine Höchstgrenze von drei Monatsgehältern nicht übersteigen darf.“⁵¹ Andererseits kommt der EuGH auch zu dem Schluss, dass der Schaden des bestgeeigneten Bewerbers ungleich höher sein muss, es sich deshalb eine summenmäßige Begrenzung des Schadensersatzes für den bestgeeigneten Bewerber verbiete. Daraus folgt, dass der EuGH den vollumfänglichen Schadensersatz, der nicht aufgrund gesetzlicher Vermutung auf eine Höchstgrenze von drei Monatsgehältern begrenzt ist, als richtlinienkonform anerkennt. Ohne Normierung der Höchstgrenze wären die Entschädigungshöhen, die die Rechtsprechung durch Anwendung des § 823 BGB neben § 611a Abs.2 BGB getragen vom Gedanken des Ausgleichs und der Genugtuung zugesprochen hat, alleine durch § 611a Abs.2 BGB zu erreichen gewesen. Dadurch hätte die Möglichkeit bestanden, auch Entschädigungen zuzusprechen, die über der Höchstgrenze angesiedelt sind. Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass der EuGH der Regelung ohne Begrenzung des Höchstbetrages auch für die geeigneten Bewerber

⁵¹ EuGH 22.04.1997, C-180/95, *Draehmpael/Urania Immobilienservice OHG*, Slg 1997 I-2195 Rz.35.

Richtlinienkonformität zugesprochen hätte. Dass der EuGH diesen Gedanken in seine Prüfung einbezogen hat, steht dabei außer Frage; der EuGH war mit der Entschädigungsregelung des § 611a Abs.2 BGB befasst. Im Rahmen seiner Prüfung bemängelt der EuGH nicht das Fehlen einer abschreckenden Wirkung, sondern bemängelt einzig die pauschale Abgeltung, die ohne Betrachtung des Schadens auskommt.

Weiterhin kann angeführt werden, dass der EuGH das Erfordernis nach abschreckender Wirkung erstmalig in einer Entscheidung formuliert hat, in der die Europarechtskonformität des § 611a BGB in der Fassung vom 13.08.1980 in Frage gestellt wurde. Die Klägerin konnte auf Grundlage des § 611a BGB in dieser Fassung lediglich einen rein symbolischen Schadensersatz in Form von Fahrtkosten in Höhe von DM 7,20 geltend machen. Dabei stellte der EuGH fest, dass die Beschränkung des Diskriminierungsopfers auf einen rein symbolischen Schadensersatz wie eben die Erstattung der Bewerbungskosten einer wirksamen Umsetzung der Richtlinie nicht gerecht wird. In der reinen Symbolik des Schadensersatzes liegt die Kritik begründet. In diesem Zusammenhang macht der EuGH klar, dass nur der Schadensausgleich der in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden steht, die Wirksamkeit des Ziels der Richtlinie, der Erzeugung abschreckender Wirkung, gerecht wird. Daraus wird ersichtlich, dass der Schadensausgleich, der den erlittenen Schaden angemessen und verhältnismäßig berücksichtigt, der Zielverwirklichung nämlich der Erzeugung einer abschreckenden Wirkung, gerecht wird.⁵²

Für das vorgefundene Ergebnis spricht ferner, dass der EuGH⁵³ betont hat, dass das Gemeinschaftsrecht die innerstaatlichen Gerichte nicht daran hindert, dafür Sorge zu tragen, dass der Schutz der gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Rechte nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Anspruchsberechtigten führt.

Die vorgenannten Argumente belegen, dass der EuGH im vollumfänglichen Schadensausgleich den tatsächlichen und wirksamen Rechtsschutz sieht, der eine wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber verwirklicht. Die Entscheidungen des EuGH belegen zugleich, dass dem Umsetzungsauftrag

⁵² Wagner, AcP 206 352 (398).

⁵³ EuGH v. 20.09.2001, C-453/99, *Courage Ltd/Crehan*, Slg 2001 I-6297, 6324 Nr.30.

aus den Richtlinien nicht die Forderung nach Strafschadensersatz⁵⁴ entnommen werden kann, vielmehr der Ersatz im angemessenen Verhältnis zu den erlittenen Schäden, dem Erfordernis der Abschreckung gerecht wird⁵⁵.

Gegen die Berücksichtigung des Vergeltungsgedankens innerhalb des zivilrechtlichen Schadensersatzanspruchs lassen sich weitere allgemeine systematische Argumente anführen. Nach der absoluten Straftheorie dient die Strafe einzig der Wiederherstellung der durch das Unrecht verletzten Gerechtigkeit. Angewendet auf eine juristische Person verlieren Sühne und Vergeltung aber ihren Sinn⁵⁶. Der juristischen Person kann kein Unrecht der für sie handelnden Personen zugerechnet werden, für das dann die juristische Person büßen müsste. Ein Haftbarmachen der juristischen Person für die Diskriminierung/ Benachteiligung durch ihre Organe kann demzufolge nicht von dem Gedanken der Vergeltung getragen werden. Weiter muss berücksichtigt werden, dass der Anspruch auf Entschädigung sowohl nach dem GIBG als auch dem AGG verschuldensunabhängig ausgestaltet ist, insoweit jeglicher Schuldausgleich seinen Anknüpfungspunkt, das schuldhafte Handeln, verlieren würde.

Gegen den Gedanken der Sühne als tragendes Element einer zivilrechtlichen Haftung kann ferner das Argument ins Feld geführt werden, dass diese bei nur fahrlässiger Begehung bereits stark eingeschränkt in die Betrachtung einfließen würde. Gänzlich ausgeschlossen werden muss die Sühne jedoch im Falle einer verschuldensunabhängigen Haftung. Büßen kann nur derjenige, dem auch ein persönlicher Vorwurf gemacht werden kann.

Die vorgenannten Ausführungen belegen, dass den europäischen Vorgaben nicht die Wirkweise einer Strafe im Sinne absoluter Straftheorien zukommt. Der Zweck soll nicht darin bestehen, das begangene Unrecht zu sühnen und die Schuld die der Täter auf sich geladen hat, durch Zufügung eines Übels zu vergelten.

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass der EuGH keine abschreckende Strafe einfordert, sondern vielmehr Maßnahmen mit abschreckender Wirkung verlangt, was vor allem verhaltenssteuernde Elemente im Sinn hat⁵⁷.

⁵⁴ so auch *Thüsing* in Münchener Kommentar zum BGB⁵ I/2 (2007) § 15 AGG Rz.17.

⁵⁵ So auch *Kletečka* in *Rebhahn*, GIBG § 12 Rn.24, *Thüsing* in Münchener Kommentar zum BGB⁵ I/2 §15 AGG Rn.16.

⁵⁶ *Wagner*, AcP 2006 352 (362).

⁵⁷ *Deinert* in *Däubler/Bertzbach*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz² (2008) § 15 Rn.14.

II. Die Verhaltenssteuerung im Zivilrecht

Wenngleich der Bestrafung im Zivilrecht nicht das Wort geredet werden kann, muss jedoch der Frage nachgegangen werden, ob das Zivilrecht dem Zweck der Verhaltenssteuerung dienen kann, also Raum für General- und Spezialprävention eröffnet. Dabei soll für die weitere Betrachtung zwischen dem Haftungsrecht und dem Schadensersatzrecht differenziert werden. Das Haftungsrecht wird unter Zugrundelegung der ökonomischen Analyse des Zivilrechts als ein Steuerungselement verstanden. Es soll dazu dienen, den Saldo aus Nutzen und Kosten zu maximieren und damit das Individuum zu effizientem Verhalten anreizen. Wird ein Verletzer beispielsweise verpflichtet, dem Opfer einen Betrag von 100 als Kompensation zu zahlen, erhält er dadurch einen Anreiz, Sorgfaltsmaßnahmen zu ergreifen, die ihn weniger kosten als 100. Nach der ökonomischen Theorie ist die Haftung optimal eingestellt, wenn der potentielle Schädiger den Anreiz hat, Schäden zu vermeiden, deren Kosten höher sind als die Kosten der aufzuwendenden Sorgfaltsmaßnahmen, die diese verhindert hätten.⁵⁸

Die bloße Androhung der Haftpflicht spornt folglich dazu an, Schadenszufügungen zu vermeiden. Diese Grundsätze gelten gleichermaßen im Bereich der verschuldensunabhängigen Gefährdungshaftung. Dem Argument, der Schädiger werde mit seinen Sorgfaltsanstrengungen nachlassen, wenn die Haftung in jedem Fall eintritt, ist zu erwidern, dass ein rationales Individuum bemüht sein wird, die Sorgfaltsanstrengungen auszudehnen, bis das gewünschte Sicherheitsniveau erreicht ist. Dabei hat es der potentielle Schädiger gerade in der Hand hat, mit seinem Maß an Sorgfaltsanstrengungen den Eintritt des Schadensfalles zu verhindern. Damit wird das Bestreben, Vorkehrungen zur Schadensverhütung zu treffen gefördert und entfaltet präventive Wirkung. Damit verfolgt das Haftungsrecht unter Zugrundelegung der ökonomischen Analyse des Rechts einen Steuerungszweck indem es den Anreiz für das optimale Maß an Sorgfaltsmaßnahmen setzt.

Auf diesen Befund aufbauend stellt sich jedoch weiterhin die Frage, ob auch das Schadensersatzrecht, also die Vorschriften über die Haftungsausfüllung, das Element der Verhaltenssteuerung in sich tragen können.

⁵⁸ *Wagner* in Münchener Kommentar zum BGB V⁴ (2004) vor § 823 Rz.51.

Das deutsche Schadensersatzrecht ist wie das österreichische geprägt vom Ausgleichsgedanken. Nach § 249 Abs.1 BGB hat derjenige, der zum Schadensersatz verpflichtet ist, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Damit hat der Gesetzgeber die Grundsätze der Totalreparation und das Restitutionsprinzip gesetzlich verankert. Der Ausgleichsgedanke ist das tragende Element des gesamten Schadensersatzrechts.

Gleichermaßen wird das österreichische Schadensersatzrecht vom Ausgleichsgedanken geprägt, dieser steht dem Schadensersatzrecht als Grundwertung vor⁵⁹. Das Schadensersatzrecht ist gerichtet auf die Abnahme des entstandenen Schadens.

Damit trägt das Schadensersatzrecht seinem Wesen nach sowohl in der deutschen als auch in der österreichischen Rechtsordnung dem Gedanken der Prävention Rechnung. Im Entwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrechts soll diesem Gedanken durch die Novellierung des § 1292 ABGB Rechnung getragen werden:

„Aufgabe des Schadensersatzrechts ist es, Schaden auszugleichen und damit gleichzeitig einen Anreiz zu schaffen, Schäden zu vermeiden“.

Dies gilt gleichermaßen für immaterielle Schäden. Ideelle Schäden oder immaterielle Nachteile weisen die Schwierigkeit auf, dass sie zu nicht zu einer in Geld messbaren Verminderung des Vermögens führen. Zwar unterliegen auch sie dem Grundsatz der Naturalrestitution, § 1323 ABGB, § 249 BGB. Wo aber die Naturalrestitution ausgeschlossen ist, gilt es die entscheidenden Faktoren der zu bemessenden Geldentschädigung zu finden. In der Rechtssprechung und Literatur wird die Kompensationsformel zur Bemessung des Geldersatzes herangezogen. Dem Verletzten soll eine Wiedergutmachung der erlittenen immateriellen Nachteile dadurch zukommen, dass ihm ein Geldbetrag zur Verfügung gestellt wird, der es ihm ermöglicht, sich solche immateriellen Vorteile zu verschaffen, die die erlittenen Nachteile einigermaßen ausgleichen. Gleichermäßen findet sich in § 253 Abs.2 BGB die Forderung nach einer „billigen Entschädigung in Geld“ wieder.

Wenn gleich das Ausgleichsprinzip als oberstes Prinzip des deutschen und österreichischen Haftungsrechts rangiert, stellt sich die Frage, ob neben dem

⁵⁹ *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 187.

Ausgleich des Schadens auch die Verhaltenssteuerung eine gesonderte Berücksichtigung erfahren kann.

1. Die Verhaltenssteuerung bei der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

Die gesonderte Berücksichtigung verhaltenssteuernder Elemente hat der BGH bei der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anerkannt. Die Entscheidung rückt an dieser Stelle in den Vordergrund, da, hierzu ist unten gesondert Stellung zu nehmen, das BAG die Diskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eingeordnet hat.

Der BGH⁶⁰ hat im Rahmen seiner Caroline v. Monaco-Entscheidung ausdrücklich den Präventionsaspekt des Schadensersatzes hervorgehoben: In der Entscheidung hatte der BGH über den Schadensersatz aus der Verletzung des Persönlichkeitsrechtes durch die Veröffentlichung heimlich aufgenommener, die Intimsphäre berührende Photos zu entscheiden. Der BGH sieht das Persönlichkeitsrecht der Prinzessin Caroline v. Monaco verletzt und schöpft im Folgenden den Schadensersatzanspruch aus dem Schutzauftrag aus Art.1 und 2 Abs.1 GG. Bei der Bemessung der Entschädigung führt der BGH an, dass „in den Fällen, in denen der Schädiger die Verletzung der Persönlichkeit des Opfers als Mittel zur Auflagensteigerung und damit zur Verfolgung eigener kommerzieller Interessen eingesetzt hat, die Erzielung von Gewinnen aus der Rechtsverletzung als Bemessungsfaktor in die Entscheidung über die Höhe der Geldentschädigung mit einzubeziehen ist. In solchen Fällen, so die Forderung des BGH muss von der Höhe der Geldentschädigung ein echter Hemmungseffekt ausgehen.“⁶¹ Zur Begründung dieses Ergebnisses zieht der BGH im Rahmen der Bemessung der Geldentschädigung wegen einer schweren Persönlichkeitsverletzung die Gesichtspunkte der Genugtuung des Opfers, den Präventionsgedanken und die Intensität der Persönlichkeitsverletzung als Bemessungsfaktoren heran. Sein gesetzliches Fundament sieht der BGH in dem Schutzauftrag aus Art.1 und 2 Abs.1 GG und leitet ihn dementsprechend aus § 823 Abs.1 BGB in Verbindung mit Art.1 und 2 GG her. Zum Wesen des Anspruchs führt der BGH aus: „Die Zubilligung

⁶⁰ BGH VI ZR 56/94 NJW 2005, 215 (216).

⁶¹ BGH VI ZR 56/94 NJW 2005, 215 (218).

einer Geldentschädigung im Fall einer schweren Persönlichkeitsverletzung beruht auf dem Gedanken, dass ohne einen solchen Anspruch Verletzungen der Würde und der Ehre des Menschen häufig ohne Sanktion blieben mit der Folge, dass der Rechtsschutz der Persönlichkeit verkümmern würde. Bei dieser Entschädigung steht anders - als beim Schmerzensgeld – regelmäßig der Gesichtspunkt der Genugtuung des Opfers im Vordergrund. Außerdem soll sie der Prävention dienen.

Aus der Urteilsbegründung folgt ferner, dass der Präventionsgedanke einen Bemessungsfaktor für die Entschädigung darstellt, der keine strafrechtliche Sanktion darstellt, sondern seine Wurzel im Verfassungsrecht und Zivilrecht findet und verweist damit auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁶². Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass eine zivilgerichtliche Verurteilung zu einem immateriellen Schadensersatz bei einer Persönlichkeitsverletzung – mögen ihr auch pönale Elemente nicht ganz fremd sein – keine Strafe im Sinne des Art.103 Abs.2 GG ist.

Darüber hinaus wurde die Berücksichtigung des Präventionszwecks bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts durch das Bundesverfassungsgericht gebilligt und als Rechtfertigungsgrund für eine deutliche Erhöhung der Entschädigung anerkannt.⁶⁴

Stellt man das Urteil des BGH zur Vollstreckbarkeit US-amerikanischer Titel auf Strafschadensersatz und das Urteil zur Geldentschädigung wegen Persönlichkeitsverletzung gegenüber, muss man auf den ersten Blick einen Wertungswiderspruch feststellen. Während die Vollstreckbarkeit US-amerikanischer Titel, die Strafschadensersatz zum Gegenstand haben, mit dem Argument abgelehnt wurde, dem deutschen Schadensersatzrecht stehe der Ausgleichsgedanke vor und jede Berücksichtigung weiterer Faktoren verbiete sich, greift der BGH in dem oben ausgebreiteten Urteil den Präventionsgedanken als Bemessungsfaktor explizit auf.

Dem entgegen hat sich der BGH in der Entscheidung zur Entschädigung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht vom Gedanken des Ausgleichs als grundlegendem Prinzip des deutschen Haftungsregimes entfernt.

⁶² BVerfG 1 BvR 112/65 NJW 1973, 1221 (1226).

⁶⁴ BVerfG 1 BvR 1783/02 NJW 2005, 1857.

Im Gegensatz zu dem Titel auf Strafschadensersatz der einzig den gesteigerten Schuldvorwurf zum Gegenstand hatte und keine messbare allgemeine Beziehung der festzusetzenden Beträge zu den erlittenen Schäden besteht, damit dem Ausgleichsgedanken keine Rechnung trägt, bildet der BGH bei der zu bemessenden Höhe der Entschädigung bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts zu den äußeren Umständen der Verletzung einen unmittelbaren Bezug. So wird betont, dass „die Entschädigung der Höhe nach ein Gegenstück dazu bildet, das die Persönlichkeitsrechte zur Gewinnerzielung verletzt worden sind“⁶⁵. Mit Blick auf die Verletzungshandlung und die Folgen bildet der BGH eine Entschädigung die der Art und dem Ausmaß der Verletzung sowie dem verletzten Schutzgut gerecht wird; hieraus bildet der BGH die Entschädigungssumme die auch dem Präventionszweck Rechnung trägt.

Das vorgefundene Ergebnis spiegelt sich auch in den Entscheidungsgründen zur Vollstreckbarkeit des Strafschadensersatzanspruchs wieder. Der BGH betont, dass eine andere Beurteilung dann angebracht wäre, wenn mit dem Strafschadensersatzanspruch restliche, nicht besonders abgegoltene oder schlecht nachweisbare wirtschaftliche Nachteile pauschal ausgeglichen oder vom Schädiger durch die unerlaubte Handlung erzielte Gewinne abgeschöpft werden, mithin dann eine andere Betrachtung angezeigt wäre, wenn der Schadensersatz dem Ausgleich von Schadenspositionen dient.

2. Die Kritik der Literatur

Sowohl in der deutschen als auch der österreichischen Literatur ist die Rechtssprechung des BGH zur Entschädigung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts kritisch aufgenommen worden⁶⁶.

Im Wesentlichen wenden sich die Autoren gegen die dogmatische Herleitung des Präventionsgedankens und sehen in der Gewinnabschöpfung mittels bereicherungsrechtlichen Ausgleichs den vorzugswürdigeren Weg⁶⁷. Es sei nicht einzusehen, weshalb das Opfer begünstigt werden soll, nur weil Abschreckung als Generalprävention erforderlich ist⁶⁸. Vielmehr könne das

⁶⁵ BGH VI ZR 56/94 NJW 2005, 215 (218).

⁶⁶ Seitz, NJW 1996, 2848 (2849).

⁶⁷ Canaris, Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, FS Deutsch (1999) 85 (87).

⁶⁸ Seitz, NJW 1996, 2848 (2849).

gewünschte präventive Ergebnis mit Hilfe eines bereicherungsrechtlichen Verwendungsanspruchs gemäß § 1041 ABGB erzielt werden.

Karner und *Koziol*⁶⁹ wenden sich gegen die Rechtsprechung des BGH mit dem Argument, dass eine derartige Zuspruchpraxis zu Wertungswidersprüchen führe und man diese auch nicht mit der dogmatischen Eigenständigkeit der Geldentschädigung gegenüber dem Schmerzensgeld rechtfertigen könne. Dies begründen die Autoren mit dem Mangel an dogmatischer Rechtfertigung, dem Schmerzensgeld neben dem Ausgleich des Schadens weitere „Aushilfsfunktionen“ zuzumessen. Das österreichische Recht, so die Ansicht dieser Autoren verschließt sich der gesonderten Berücksichtigung der Verhaltenssteuerung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

Dennoch anerkennt sowohl die deutsche als auch die österreichische Literatur die Notwendigkeit der Berücksichtigung des Präventionsgedankens zum Schutz der Persönlichkeit an.

Elementare Persönlichkeitsrechte, so wird argumentiert, stünden schutzlos, würde man bei Bemessung des immateriellen Schadensersatzes die präventiven Elemente unberücksichtigt lassen. Unterlassungsansprüche kommen im Falle der Persönlichkeitsverletzung häufig zu spät. Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche greifen häufig nicht⁷⁰.

Die Notwendigkeit der Prävention im Haftungsrecht drückt sich auch im Rahmen der Bestimmung des ersatzfähigen Schadens aus. Ihre Berücksichtigung findet die Präventionsfunktion im Schadensrecht auf der dogmatischen Grundlage des Rechtsfortsetzungsgedankens. Der Rechtsfortsetzungsgedanke beruht auf der Erkenntnis, dass im Falle in dem ein „realer Schaden“ in einer Vermögensdifferenzrechnung auf Grundlage der allgemeinen Haftungsgrundsätze trotz nachteiliger und tatsächlicher Veränderung der Güterwelt nicht berücksichtigt wird ein Scheitern der Ersatzpflicht überhaupt zur Konsequenz hätte⁷¹. Dies wird vermieden durch eine Berechnung des Schadens nach dem objektiv- abstrakten Schadensbegriff der sich in Bezug auf Sachschäden in § 1332 ABGB wieder findet. Nach dem

⁶⁹ *Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, Verhandlungen des 15. Österreichischen Juristentages (2003) II/2, 30.

⁷⁰ *Bydliniski*, System und Prinzipien des Privatrechts 223.

⁷¹ *Bydliniski*, System und Prinzipien des Privatrechts, 190.

objektiv-abstrakten Schadensbegriff wird der Schaden am Rechtsgut nach allgemeinen Verkehrsmaßstäben bemessen und tritt an die Stelle des verletzten Rechtsguts.

Damit wird erreicht, dass zumindest der objektive Wert eines Gutes als Mindestschaden zu ersetzen ist, wenn dieses sich einer allgemeinen Wertschätzung erfreut⁷². Der Objektivierungsgedanke erfährt bei der Frage der Ersatzfähigkeit ideeller Schäden und der Bemessung des Ersatzes ebenfalls Berücksichtigung. Der Umfang des zu leistenden Ersatzbetrages hängt vom Rang des verletzten Gutes, von der Schwere der Beeinträchtigung sowie der Dauer und dem Grad der Auswirkungen auf das Leben des Verletzten ab. Daher ist bei der Bemessung von der Maßfigur eines Menschen mit normaltypischem Gefühlsleben in der konkreten, objektiv feststellbaren Situation auszugehen.

Auch die Gewährung von Schmerzensgeld gegenüber einer empfindungsunfähigen Person durch den OGH lässt keine andere Betrachtung zu. Der OGH hatte darüber zu befinden, ob einer querschnittsgelähmten Frau, die im Bereich ihrer Beine, indem die klagegegenständliche Verletzung eingetreten war, keine Schmerzen empfand, Schmerzensgeld zuzusprechen ist. Der OGH bejaht unter Verweis auf die österreichische Literatur den Anspruch auf Schmerzensgeld. „Wer in seiner körperlichen Unversehrtheit verletzt wird, habe daher auch Anspruch auf Ersatz seines objektiv-abstrakt berechneten Immaterialschadensersatzes wenn er schmerzunempfindlich ist. Bei der objektiv-abstrakten Berechnung sei allein auf die objektiv feststellbare äußere Verletzung der Persönlichkeitssphäre abzustellen und unter Abstrahierung von allen persönlichen und individuellen Umständen die dafür typischerweise angemessene Ausgleichssumme festzulegen.“⁷³ Daraus folgert der OGH, dass im konkreten Fall der Klägerin unabhängig von den tatsächlich gespürten Schmerzen ein Anspruch auf einen Sockelbetrag zusteht, den sie als Mindestschadensersatz für die Schädigung ihrer Persönlichkeit fordern kann, da die Verletzung bei der Klägerin Unlustgefühle und Missempfindungen ausgelöst hat.

⁷² *Koziol*, Schaden, Verursachung und Verschulden im Entwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrechts, JBl 2006, 768 (770).

⁷³ OGH 3 Ob 116/05p ecolex 2007/4.

Mit der Entscheidung entfernt sich der OGH aber nicht vom Ausgleichsgedanken⁷⁴, sondern rechtfertigt den zugesprochenen Betrag als eine Kompensation für die erlittenen Missempfindungen. Das Schmerzensgeld bietet den Ausgleich für die erlittenen Schmerzen und die entgangene Lebensfreude, damit werden ideelle Schäden abgegolten. Der Schadensersatz bewegt sich im Rahmen der Ausgleichsfunktion.

Reischauer vertritt die Ansicht, dass dem Schmerzensgeld nach § 1325 ABGB lediglich die Funktion beizumessen sei, den ideellen Schaden abzugelten. Es sei weder Strafe noch Buße, noch Sühne für den Angriff, sondern Schadensersatz⁷⁵. Aus diesem Zweck heraus soll es einen Ausgleich für die entzogene Lebensfreude erwirken und stellt sich in diesem Sinne als Genugtuung für alles Ungemach dar, das der Verletzte im ideellen Bereich erdulden musste.

Andererseits wurde die Entscheidung des BGH zum Schadensersatz bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in der Literatur aber auch positiv aufgenommen und erscheint einigen Stimmen in der Literatur für zu kurz gegriffen.

Wagner fordert generell dort, wo das Ausgleichsprinzip mangels greifbaren Vermögensschadens des einzelnen Anspruchstellers versagt, auf die Präventionsfunktion umzuschalten und letztere als Richtschnur für die Festsetzung des Ersatzbetrages zu nehmen.⁷⁶ Offen bleibt dabei aber, ob diese vorrangige Berücksichtigung des Präventionsgedankens uneingeschränkte Geltung beanspruchen kann oder an weitere Zurechnungskriterien geknüpft werden muss. Auch *Bydlinski* auf österreichischer Seite, sieht die Rechtssprechung des BGH zum Ausgleich des Schadens bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als „mindestens gut vertretbar“ an.

Damit ist zwar festzustellen, dass in beiden Rechtsordnungen sowohl im Haftungsrecht als auch im Schadensersatzrecht der Gedanke der Prävention grundsätzlich angelegt ist; ob die vollumfänglichen Kompensation, wie sie der EuGH vorschreibt, jedoch nur durch eine gesonderte Berücksichtigung der

⁷⁴ *Hinghofer-Szalkay/ Prisching*, Schmerzensgeld ohne Schmerzen - Neue Entwicklungen?, ZVR 2007, 116 (119).

⁷⁵ *Reischauer* in *Rummel* Kommentar zum ABGB II/1³ (2000) § 1325 ABGB Rn.43.

⁷⁶ *Wagner*, AcP 2006, 352 (469).

Präventionsfunktion, gleichsam der aufgestellten Grundsätze in der Entscheidung *Caroline von Monaco*, erreicht werden kann, muss fortan untersucht werden. Die Entscheidung *Caroline v. Monaco* verdeutlicht, dass der BGH bei der Bemessung des Schadensersatzanspruchs wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dem Gedanken der Prävention eine selbständige Funktion beimisst, die neben das Gebot des vollumfänglichen Schadensausgleichs tritt. Damit steht zugleich fest, dass der Präventionsgedanke ein tragender Bestandteil des vollumfänglichen Schadensausgleichs bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist. Wenn im nationalen Recht ein Schadensersatz unter selbständiger Berücksichtigung des Präventionsgedankens ermittelt wird, muss der Schadensersatzanspruch, der aufgrund einer Richtlinie in das Zivilrecht eingefügt wurde bei vergleichbarer Interessenlage nach den gleichen Grundsätzen beurteilt werden. „Wie der Gerichtshof festgestellt hat, dürfen die Modalitäten und Voraussetzungen eines auf das Gemeinschaftsrecht gestützten Entschädigungsanspruchs aber nicht ungünstiger sein als die, die im Rahmen der vergleichbaren innerstaatlichen Regelung vorgesehen sind⁷⁷. Dieser tragende Grundsatz der Gemeinschaft bindet auch die Rechtsprechung bei der Bemessung konkreter Schadensersatzansprüche. Demzufolge stellt sich die Frage, ob der Gedanke der Prävention gesonderte Beachtung auch bei der Bemessung des Schadensersatzes wegen Benachteiligung/ Diskriminierung erfährt.

Die Frage, ob die vorrangige Berücksichtigung des Präventionsgedanken bei der Bemessung der Entschädigung wegen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, wie vom BGH in der Entscheidung *Caroline v. Monaco* gefordert, ebenfalls Geltung bei der Bemessung des Schadensersatzes wegen Ungleichbehandlung/Diskriminierung beansprucht, kann nur positiv beantwortet werden, wenn die Wertungen gleichen. Der BGH sieht in ständiger Rechtsprechung die Gewährung einer Geldentschädigung bei einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vor, „wenn es sich um einen schwerwiegenden Eingriff handelt, und die Beeinträchtigung nicht in anderer Weise befriedigend ausgeglichen werden kann. Das hängt insbesondere von der Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, ferner von Anlass und

⁷⁷ EuGH 22.04.1997, C-180/95, *Draehmpael/Urania Immobilienservice OHG*, Slg 1997 I-2195.

Beweggrund des Handelnden sowie vom Grad des Verschuldens ab⁷⁸. Die Berücksichtigung kommerzieller Zwecke stellt für den BGH ein weiteres, die gesonderte Berücksichtigung des Präventionsgedankens rechtfertigendes Merkmal dar. Dabei stellen die genannten Merkmale allesamt qualitative Faktoren dar, die in ihrer Gesamtheit geeignet sind, dem Präventionsgedanken zu besonderer Berücksichtigung zu verhelfen.

Dass nur die aufgezählten tatbestandlichen Voraussetzungen eine besondere Berücksichtigung des Präventionsgedankens zu rechtfertigen im Stande sind, wird ferner deutlich aus dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 08.03.2000⁷⁹. Im Rahmen seines Beschlusses setzt sich das Bundesverfassungsgericht mit der Ungleichbehandlung psychischer Gesundheitsschäden gegenüber der Persönlichkeitsverletzung auseinander und kommt zu dem Schluss, dass die Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist, da die Rechtsverletzung bei Verkehrsunfällen weder typischerweise vorsätzlich noch durch die Verletzung kommerzieller Zwecke motiviert ist. Darüber hinaus ist ferner nicht zu erwarten, dass eine Erhöhung des Schmerzensgeldes potentielle Unfallverursacher dazu anhalten wird, sich an die Sorgfaltsanforderungen zu halten.

3. Vergleichende Betrachtung der Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts und den Voraussetzungen des Schadensersatzes wegen Diskriminierung

In der vergleichenden Betrachtung der vom BGH aufgestellten Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts durch Massenmedien und den tatbestandlichen Voraussetzungen des Schadensersatzes wegen Diskriminierung/Benachteiligung soll zunächst davon ausgegangen werden, dass in der Diskriminierung/Benachteiligung des Arbeitnehmers regelmäßig eine erhebliche Persönlichkeitsverletzung begründet ist⁸⁰.

⁷⁸ BGH VI ZR 255/03 NJW 2005, 215 (217).

⁷⁹ BVerfG 1 BvR 1127/96 NJW 2000, 2187 (2188).

⁸⁰ BAG 8 AZR 351/86 AP Nr.6 § 611a BGB (Scholz).

Wenngleich die Diskriminierung/ Benachteiligung regelmäßig eine erhebliche Verletzung des Persönlichkeitsrechts zum Gegenstand hat, finden sich in den übrigen tatbestandlichen Voraussetzungen ebenfalls Übereinstimmungen.

a) Die Verfolgung eigener kommerzieller Interessen

Unter dem Tatbestandsmerkmal der Verfolgung eigener kommerzieller Zwecke führt der BGH in den Entscheidungsgründen seiner Entscheidung *Caroline von Monaco*⁸¹ aus, dass im Besonderen in Betracht zu ziehen ist, dass die Beklagte unter vorsätzlichem Rechtsbruch die Persönlichkeit als Mittel zur Auflagensteigerung und damit zur Verfolgung eigener kommerzieller Interessen eingesetzt hat.

Betrachtet man zunächst die Voraussetzung der Kommerzialisierung der Persönlichkeit, so muss festgestellt werden, dass diesem Gedanken vergleichbare Gesichtspunkte bei der Diskriminierung/ Benachteiligung von Arbeitnehmern gegenüber steht. Die Verletzung des Persönlichkeitsrechts durch Medienberichterstattung erfolgt gezielt und dient einzig dem Zweck hieraus Kapital zu schlagen. Das Persönlichkeitsrecht stellt sich in der Entscheidung *Caroline v. Monaco* als vermögenswerte Rechtsposition dar, mit der sich wirtschaften lässt, *Caroline v. Monaco* könnte ihre Bereitschaft zum Interview ebenso gewinnbringend veräußern.

Das Medienunternehmen erzielt durch die Persönlichkeitsverletzung einen erheblichen Gewinn, demgegenüber eine Entschädigung auf der Grundlage des Ausgleichs und der Genugtuung in keinem angemessenen Verhältnis steht.

Der Profit wäre trotz der Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz enorm; das Unternehmen würde nicht vor weiteren Persönlichkeitsverletzungen zurückschrecken.

Gleichermaßen aus dem Motiv der Profitsteigerung handelt der Arbeitgeber, der bei Einstellung oder im bestehenden Arbeitsverhältnis diskriminiert. Am deutlichsten wird dies bei der ungleichen Entlohnung aufgrund des Geschlechts. Die Ungleichbehandlung bei der Entlohnung fußt nur auf der Profitmaximierung.

Der Arbeitgeber, der bei Einstellung oder im bestehenden Arbeitsverhältnis diskriminiert, handelt ebenfalls mit dem Motiv der Profitsteigerung. Er weißt

⁸¹ BGH VI ZR 56/94 NJW 1995, 861 (865).

die Person ab, weil er sich von dem Einsatz einer Person, die nicht das Merkmal trägt, mehr Profit erhofft, sei es, weil er befürchtet, die benachteiligte Person weise höhere Fehlzeiten auf oder sei nicht produktiv, allein wegen dieses Merkmals. Die Diskriminierung beim Zugang zur Beschäftigung ist häufig geprägt von der Furcht wirtschaftlicher Einbußen. Bei behinderten oder älteren Arbeitnehmern sieht der Arbeitgeber häufig die Gefahr mangelnder Produktivität. Ebenso diskriminiert der Arbeitgeber weibliche Bewerber, weil er befürchtet, durch die Schwangerschaft der Arbeitnehmerin steigen seine Kosten. Bei der Diskriminierung von Bewerbern handelt es sich um generelle Vorurteile die letztlich durch die Furcht getragen werden, der Bewerber könne die Anforderungen nicht erfüllen und schmälere den Gewinn. Zwar schlägt ein direkter Vermögensvorteil, der abschöpfbar wäre, beim Arbeitgeber durch die Diskriminierung oftmals nicht zu Buche. Dennoch ist die Motivation die gleiche und darauf kommt es letztendlich an. Der Anreiz zur Diskriminierung, und damit kann die Brücke zur Kommerzialisierung des Persönlichkeitsrechts geschlagen werden, besteht solange, wie der Arbeitgeber wirtschaftliche Vorteile aus der Diskriminierung zu schöpfen, glaubt.

Daraus wird deutlich, dass eine vergleichbare Interessenlage besteht. Auch bei der Diskriminierung im Arbeitsleben ist die Verfolgung eigener kommerzieller Interessen als tatbestandliche Voraussetzung der eigenständigen Berücksichtigung des Präventionsgedankens gegeben. Der Arbeitgeber wird seine Personalpolitik ändern, wenn er erkennt, dass die Kosten die ihm durch bei Diskriminierung durch die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen entstehen, höher sind, als der hieraus gezogenen Nutzen. .

b) Die vorsätzliche Verletzung des Geschädigten

Als weiteres Tatbestandsmerkmal nennt der BGH die vorsätzliche Verletzung des Geschädigten. Dies wird bestätigt durch das Bundesverfassungsgericht, dass die Legitimation der gesonderten Berücksichtigung des Präventionsgedankens auch in dem vorsätzlichen Rechtsbruch sieht. Zwar bedarf es nach der Ansicht *Rixeckers* nicht zwingend des schweren Verschuldens, auch Fahrlässigkeit könne genügen⁸²; dennoch fordert er das

⁸² *Rixecker* in Münchener Kommentar zum BGB⁵ I/1(2006) Allg. PersönlR, Rn.226.

Verschuldensmerkmal auf tatbestandlicher Ebene. Auch mit diesem Tatbestandsmerkmal muss sowohl für den Schadensersatz nach dem § 15 AGG als auch dem Schadensersatz nach dem §§ 12, 26 GIBG eine Vereinbarkeit verneint werden. Zwar wird in § 15 Abs.1 AGG ein Vertretenmüssen vorausgesetzt, womit ausweislich der Gesetzesbegründung auf die Zurechnungsnorm des § 276 BGB verwiesen wird; demnach der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Dies gilt jedoch nicht hinsichtlich des immateriellen Schadens, der verschuldensunabhängig ausgestaltet ist. Verschuldensunabhängig sind ferner sämtliche Schadensersatzansprüche nach dem GIBG ausgestaltet.

Die Vereinbarkeit einer präventiven Funktion mit der verschuldensunabhängigen Haftung begegnet dabei grundlegenden Bedenken. Nach dem Verschuldensgrundsatz ist grundsätzlich nur Schadensersatz zu leisten, wenn der Schädiger den Schaden verschuldet hat, das heißt, wenn ihm der Schaden persönlich vorwerfbar ist. Gefragt wird nicht einzig nach der Herbeiführung des Schadens durch die Verletzungshandlung und die Bewertung dieser Schadenszufügung als rechtswidrig, sondern beleuchtet wird auch die innere Beziehung des Täters zur Tat⁸³. Derjenige Täter, der den Schaden nicht persönlich zu vertreten hat, sondern gleichwohl dafür einzutreten hat, wird mittels einer gesonderten Berücksichtigung des Präventionsgedankens nicht erreicht. Steht er doch vor keiner Wahl, ob er das Schadensereignis herbeiführen will oder nicht, haftet er gleichermaßen in jedem Fall. General- und spezialpräventive Elemente können im Rahmen einer Haftung, die nicht an die persönliche Vorwerfbarkeit anknüpft jedoch keine Wirkung entfalten, es besteht kein Willensentschluss auf den eingewirkt werden kann.

An dieser Stelle drängt sich allerdings die Frage auf, ob nicht grundsätzlich jede Diskriminierung von persönlicher Vorwerfbarkeit getragen wird. In den Fällen der Anweisung zur Diskriminierung steht dies fest. Aber auch in den übrigen Fällen handelt der Arbeitgeber bewusst und zielgerichtet. Sei es bei der Diskriminierung im Falle der Entlohnung oder im Einstellungsverfahren. Häufig sind die Mitarbeiter der Personalabteilungen angewiesen, Bewerber mit bestimmten Merkmalen von vornherein abzulehnen. Es existieren direkte

⁸³ *Fikentscher*, Schuldrecht⁹ (1997) § 53 I Rn.501.

Leitlinien für den Umgang mit Bewerbern. In der Regel steckt hinter der Diskriminierung, wie bereits dargestellt, die Motivation der Profitsteigerung. Zweifel könnten dann bestehen, wenn sich der Arbeitgeber zur Stellenausschreibung eines Dritten bedient, und dieser die Pflicht zur geschlechtsneutralen Stellenausschreibung verletzt. Hat der Arbeitgeber eine Stellenausschreibung frei von jeder Diskriminierung in Auftrag gegeben und wurde dies von der Dritten falsch umgesetzt, könnte man an der persönlichen Vorwerfbarkeit zweifeln.

Allerdings hat das Bundesarbeitsgericht an der Stelle betont, dass den Arbeitgeber im Falle der Fremdausschreibung die Sorgfaltspflicht trifft, die Ordnungsmäßigkeit der Stellenausschreibung zu überwachen. Dies gilt auch in dem Fall, in dem sich der Arbeitgeber zur Stellenausschreibung der Bundesanstalt für Arbeit bedient.⁸⁴

In aller Regel wird dem Arbeitgeber ein vorsätzliches Handeln zur Last fallen. Es sind kaum Fallkonstellationen denkbar, in denen ein Verschulden des Arbeitgebers nicht gegeben ist. Zweifel sind allerdings dort angebracht, wo der Arbeitgeber einem Rechtsirrtum unterliegt, in dem er beispielsweise diskriminierende Normen eines Tarifvertrages anwendet. § 15 Abs.3 AGG sieht in diesem Fall das sog. Kollektivvertragsprivileg vor. Demnach ist der Arbeitgeber bei der Anwendung kollektivvertraglicher Regelungen nur zur Entschädigung verpflichtet, wenn er mindestens grob fahrlässig handelt.

Dann schließt sich die Frage an, ob der Präventionsgedanke auch im Rahmen einer verschuldensunabhängigen Haftung gesondert berücksichtigt werden kann. Nach der inneren Beziehung des Täters zur Tat wird im Rahmen der verschuldensunabhängigen Haftung nicht gefragt, insoweit fehlt jeglicher Ansatzpunkt der gesonderten Berücksichtigung. Zwar wird nicht bestritten, dass auch im Rahmen der Gefährdungshaftung der Gesichtspunkt der Prävention zur Geltung kommt, dies gilt jedoch nur für die Statuierung einer Haftung. Der Betreiber der potentiellen Gefahrenquelle wird alle Vorkehrungen treffen um die Gefahr des Schadenseintritts gering zu halten. Im Falle des Schadenseintritts stellt sich die Frage nach der persönlichen Vorwerfbarkeit nicht.

⁸⁴ BAG 8 AZR 112/03 NZA 2004, 540.

Eine andere Betrachtung könnte jedoch mit der Einführung des Schmerzensgeldes im Rahmen der Gefährdungshaftung angezeigt sein. Mit dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 hat der Gesetzgeber das Schmerzensgeld in das allgemeine Schadensersatzrecht integriert und damit die Möglichkeit der Geltendmachung auch im Rahmen der, nach dem Verursacherprinzip ausgestalteten Gefährdungshaftungstatbestände eröffnet. Dem Schmerzensgeld wohnt nach der Rechtsprechung des BGH⁸⁵ eine doppelte Funktion inne. Es soll dem Geschädigten einen angemessenen Ausgleich für diejenigen Schäden bieten, die nicht vermögensrechtlicher Art sind, und zugleich dem Gedanken Rechnung tragen, dass der Schädiger dem Geschädigten Genugtuung schuldet für das, was er ihm angetan hat. „Die Genugtuungsfunktion bringt eine gewisse durch den Schadensfall hervorgerufene persönliche Beziehung zwischen Schädiger und Geschädigtem zum Ausdruck, die aus der Natur der Sache heraus bei der Bestimmung der Leistung die Berücksichtigung aller Umstände des Falles gebietet.“⁸⁶ Dem Schmerzensgeld schwingt dabei „auch heute noch etwas vom Charakter der Buße mit“⁸⁷. Damit setzt sich die Rechtsprechung bei der Bemessung des Schmerzensgeldes über die Ausgleichsfunktion hinweg und berücksichtigt den punitiven Gedanken gesondert, sieht somit Strafe und Prävention vor.

Der Genugtuungsgedanke wurde von Seiten der Rechtsprechung auch bei der Bemessung des Schmerzensgeldes im Falle der verschuldensunabhängig ausgestalteten Gefährdungshaftung berücksichtigt⁸⁸. Dagegen bestehen jedoch tief greifende Bedenken.

Die Literatur⁸⁹ dagegen wendet sich gegen die Berücksichtigung des Genugtuungsgedankens auch bei der verschuldensunabhängigen Haftung und sieht hier lediglich Raum für die Ausgleichsfunktion. Die Gefährdungshaftung will nicht Unrechtsschäden ausgleichen, sondern Unglücksschäden verteilen⁹⁰, für eine Haftung die als Zurechnungskriterium aber ein missbilligtes Verhalten voraussetzt, bleibt insoweit kein Raum. Verhaltenssteuerung kann nur dort

⁸⁵ BGH GSZ1/55 BGHZ 18, 149.

⁸⁶ BGH GSZ1/55 BGHZ 18, 149.

⁸⁷ BGH GSZ1/55 BGHZ 18, 149 (155).

⁸⁸ OLG Celle 14 W 51/03 VersR 2005, 91.

⁸⁹ *Diedrichsen*, Neues Schadensersatzrecht: Fragen der Bemessung des Schmerzensgeldes und seiner prozessualen Durchsetzung, VersR 2005, 433, 435; *Oetker* in Münchener Kommentar zum BGB II⁵ (2007) § 253 Rn.12.

⁹⁰ Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht² (1996) 409.

angezeigt sein, wo der potentiell Ersatzpflichtige in der Lage ist, sein Verhalten zu steuern.

c) Ergebnis

Die vorstehenden Ausführungen belegen, dass der Mindestersatzanspruch nicht von den Richtlinien eingefordert wird. Gleichzeitig ist festzustellen, dass der Zuspruch von Mindestschadenersatz ohne angemessenen Bezug zum tatsächlich eingetretenen Schaden und ohne gesonderte Berücksichtigung des Verschuldens, keinen Bestand haben kann. Andererseits bestehen keine europarechtlichen oder nationalen Bedenken, den Schadensersatz bei schuldhaftem Handeln des Arbeitgebers zu erhöhen. Die vorsätzliche Verletzung der Persönlichkeitsrechte zur eigenen Profitsteigerung, wie sie bei der Diskriminierung in aller Regel gegeben sein wird, lässt auch bei der Bemessung des Schadensersatzes eine gesonderte Berücksichtigung des Präventionsgedankens zu. Aus dem Wortlaut der Richtlinien folgt, dass der Ersatz des Schadens nicht vom Vorliegen eines Verschuldens abhängig gemacht werden darf, das Gericht wird hierdurch jedoch nicht daran gehindert, bei der Bemessung des Schadensersatzes ein Verschulden gesondert zu berücksichtigen.

Eine Tendenz zur Berücksichtigung besonders schwerer Zurechnungsgründe ist auch im ABGB grundsätzlich angelegt. Wenn gleich Bydlinski nicht für die Verselbstständigung des Genugtuungsgedankens eintritt, kommt er dennoch zu dem Ergebnis, dass bei der Gewährung immateriellen Schadensersatzes ein besonders hoher Unrechtsgehalt der Schädigung den ideellen Schaden noch vertiefen kann, deshalb bei der Bemessung erschwerend zu berücksichtigen ist. Das Opfer eines grob rechtswidrigen und schuldhaften Handelns wird zusätzliche und besondere seelische Belastung erfahren, dies es letztendlich auszugleichen gilt.

Zweiter Teil

Der Ersatz immateriellen Schadens

A. Der Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs.2 AGG

I. Der Tatbestand

Neben dem Ersatzanspruch des § 15 Abs.1 AGG, tritt der Anspruch auf Entschädigung aus § 15 Abs.2 AGG. Nach § 15 Abs.2 AGG kann der oder die Beschäftigte für den Schaden, der Nichtvermögensschaden ist, eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Aus der Gesetzesbegründung ist zu entnehmen, dass der Schadensersatz nach § 15 Abs.2 AGG ausschließlich für immaterielle Schäden gewährt wird.

Fragwürdig erscheint, ob § 15 Abs.2 AGG ein Verschuldenserfordernis beinhaltet. Dem steht zunächst der Wortlaut der Vorschrift entgegen. Der oder die Beschäftigte kann die angemessene Entschädigung in Geld beanspruchen im Falle des Schadenseintrittes. Entgegen der Regelung von § 15 Abs.1 AGG findet sich in § 15 Abs.2 AGG keine Regelung über das Vertretenmüssen der Pflichtverletzung.

Dem zuwider vertreten *Bauer/Göpfert/Krieger*⁹¹ die Ansicht, § 15 Abs.2 AGG sei lediglich eine Rechtsfolgenregelung, die auf § 15 Abs.1 AGG aufbaue, mithin vom Verschulden abhängige.

Für diese Auffassung kann zunächst die Systematik des Gesetzes herangezogen werden. § 15 Abs.2 AGG regelt die Entschädigung, die dem Ersatz des Nichtvermögensschadens dient. Der Nichtvermögensschaden ist aber Bestandteil des Schadens, von dem in § 15 Abs.1 AGG die Rede ist.

Diese Auffassung setzt sich in Widerspruch zu dem in der Gesetzesbegründung dokumentierten Willen des Gesetzgebers. Der Gesetzgeber nimmt in seiner Begründung Bezug auf die Rechtsprechung des EuGH sowie die Forderung aus den Richtlinien, nach einer wirksamen und verschuldensunabhängig ausgestalteten Sanktion, die mit der Festschreibung des § 15 Abs.2 AGG nun erfüllt ist. „Der Anspruch auf Entschädigung erfüllt die Forderungen der Richtlinien sowie der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes nach einer wirksamen und verschuldensunabhängig ausgestalteten Sanktion bei

⁹¹ *Bauer/ Göpfert/ Krieger*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz² (2008) § 15 Rn. 31.

Verletzung des Benachteiligungsverbots durch den Arbeitgeber⁹² Damit stellt der Gesetzgeber klar, dass § 15 Abs.2 AGG eine eigene Anspruchsgrundlage, losgelöst vom Verschulden des Arbeitgebers, ist⁹³.

II. Der Haftungsgrund und die Rechtsfolge der Benachteiligung

Eine erschöpfende vergleichende Betrachtung der Schadensersatzansprüche muss sich mit den dogmatischen Grundlagen des Haftungsgrundes auseinandersetzen. Von zentraler Bedeutung für die Einordnung des Schadensersatzanspruchs nach § 15 Abs.2 AGG ist die eindeutige Zuordnung des verletzten Rechtsguts, in das durch die Diskriminierung eingegriffen wird. Festzustellen ist hierbei zunächst, dass der Gesetzgeber den Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nicht in die Reihe der Rechtsgüter des § 253 Abs.2 BGB aufgenommen hat.

§ 253 BGB

Abs.1

Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.

Abs.2

Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.

§ 253 Abs.2 BGB eröffnet nur dann einen Anspruch auf immateriellen Schadensersatz wenn die absolut geschützten Rechtsgüter Körper, Gesundheit, Freiheit oder sexuelle Selbstbestimmung verletzt sind. Vielmehr fügt sich der Anspruch auf Schadensersatz nach § 15 Abs.2 AGG auf der Grundlage des § 253 Abs.1 BGB als gesetzlich ausdrücklich vorgesehener Fall in die Zivilrechtsordnung ein. Mit § 15 Abs.2 AGG hat der Gesetzgeber eine gesetzliche Grundlage für den immateriellen Schadensersatz geschaffen. Damit kommt die Frage auf, welche dogmatischen Grundlage der Anspruch hat.

⁹² BT-Drucks. 16/1780 S.38.

⁹³ *Willemsen/Schweibert*, Schutz der Beschäftigten im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, NJW 2006, 2583 (2589).

1. Die Rechtsprechung des BAG

Das BAG hat in der Benachteiligung des Stellenbewerbers eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gesehen. In einer Entscheidung vom 14.03.1989⁹⁴ qualifiziert das Bundesarbeitsgericht die geschlechtsspezifische Benachteiligung beim Zugang zur Beschäftigung als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und gewährt Schadensersatz nach §§ 823 Abs.1, 847 a.F, ⁹⁵BGB.

In der Begründung kommt das BAG zu folgendem Schluss:

„Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst das Recht des Einzelnen auf Achtung seiner Menschenwürde und Entfaltung der individuellen Persönlichkeit. Im Arbeitsleben hat jeder Arbeitnehmer ein Recht, nach sachangemessenen Maßstäben beurteilt zu werden. Ein Arbeitgeber, der bei der Auswahl zu Unrecht auf das Geschlecht abstellt, beeinträchtigt die Entfaltungsmöglichkeit der Bewerber, die dem Geschlecht nicht angehören. Darin liegt eine Herabwürdigung der beruflichen Fähigkeiten der ausgeschlossenen Bewerber. Sie werden bei der Bewerbung um Einstellung daran gehindert, die erstrebte Berufstätigkeit aufzunehmen und damit ihre individuelle Persönlichkeit zu entfalten. In der Benachteiligung eines Menschen aufgrund seines Geschlechts liegt zugleich eine Verletzung der Würde als Person.“

Daraus folgert das Bundesarbeitsgericht:

„Die Benachteiligung wegen des Geschlechts beim Zugang zu einem Arbeitsverhältnis verstößt somit nicht nur gegen die Verfassungsbestimmung des Art.3 Abs.2 GG, sondern auch gegen die des Art.2 Abs.1 und des Art.1 Abs.1 GG. Geschlechtsbezogene Diskriminierung verletzt regelmäßig das allgemeine Persönlichkeitsrecht, dessen Inhalt für den Zugang zum Arbeitsverhältnis durch § 611 a BGB konkretisiert wird⁹⁶.“

In seiner Entscheidung vom 15.02.2005 führt das Bundesarbeitsgericht die Rechtsprechung fort. Unter Berufung auf Art.3 Abs.2 GG führt es aus, dass jede Diskriminierung wegen Schwerbehinderung eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts darstellt, die auch nach allgemeinen

⁹⁴ BAG 8 AZR 447/87 NZA 1990, 21; BAG 8 AZR 351/86 NZA 1990, 24.

⁹⁵ § 847 BGB aufgehoben durch das zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19.07.2002 (BGBl. I S.2674).

⁹⁶ BAG 8 AZR 447/87 NZA 1990, 21.

Grundsätzen zu Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüchen führen würde⁹⁷.

Bereits in seiner Entscheidung vom 14.03.1989 hat das BAG, unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BGH, die Anspruchsvoraussetzungen der Geldentschädigung bei einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dargelegt. Demzufolge kommt eine Geldentschädigung bei einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nur in Betracht, wenn es sich um einen schwerwiegenden Eingriff handelt. „Geringfügige Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht lösen keine Entschädigungsansprüche aus. Ob eine Persönlichkeitsverletzung vorliegt, die die Zahlung einer Entschädigung erfordert, hängt insbesondere vom Grad des Verschuldens, Art und Schwere der Benachteiligung, Nachhaltigkeit und Fortdauer der Interessenschädigung, Anlass und Beweggrund des Handelns und geschützter Sphäre ab, in die der Eingriff erfolgte.“⁹⁸

Die Erheblichkeitsschwelle sieht das Bundesarbeitsgericht bei der Benachteiligung des Stellenbewerbers regelmäßig als überschritten an⁹⁹:

„Bei Benachteiligung eines Stellenbewerbers wegen des Geschlechts liegt regelmäßig eine erhebliche Persönlichkeitsverletzung vor. Dies folgt nicht nur daraus, dass der Gesetzgeber beim Zugang zum Arbeitsverhältnis die Benachteiligung wegen des Geschlechts in § 611 a Abs.1 BGB in Ausführung der Richtlinie 76/207/EWG verboten hat. Vielmehr kann bei Beurteilung der Frage, ob eine Persönlichkeitsverletzung als schwerwiegend anzusehen ist, nicht unberücksichtigt bleiben, dass nach dem Recht der Europäischen Gemeinschaften bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot eine Sanktion zu verlangen ist, die in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden steht und über einen rein symbolischen Schadensersatz hinausgeht. Mit diesem Ziel haben die nationalen Gerichte als Träger der öffentlichen Gewalt in den Mitgliedsstaaten nach Art. 5 EWG-Vertrag bei ihrer Rechtsprechungstätigkeit das nationale Recht, und zwar nicht nur das zur Durchführung der Richtlinie erlassene, im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen, um das in Art.189 Abs.3 EWG-Vertrag genannte Ziel zu erreichen. Dies muss dazu führen, dass eine

⁹⁷ BAG 9 AZR 635/03BAGE 113, 361 (366).

⁹⁸ BAG 8 AZR 447/87 NZA 1990, 21.

⁹⁹ BAG 8 AZR 447/87 NZA 1990, 21.

Persönlichkeitsverletzung, die in der geschlechtsspezifischen Diskriminierung beim Zugang zum Arbeitsplatz liegt, regelmäßig als anspruchsbegründend anzusehen ist.“

2. Die Literaturmeinung

Die vom BAG getroffene Einordnung des Benachteiligungsverbots ist in der Literatur auf heftige Kritik gestoßen. Die Kritik wendet sich gegen die Annahme, in der Benachteiligung liege regelmäßig ein derart gravierender Eingriff in die Persönlichkeit des Benachteiligten, dass dieser eine Entschädigung begehren könne.

*Annuß*¹⁰⁰ vertritt die Ansicht, dass in der Benachteiligung, sofern nicht ausnahmsweise besondere Umstände vorliegen, regelmäßig keine Persönlichkeitsverletzung begründet ist. Der benachteiligte Stellenbewerber werde von der diskriminierenden Entscheidung des Arbeitgebers auch nicht anders betroffen, als von jeder anderen für ihn ungünstigen, rational nicht näher begründbaren Willensentschließung eines Dritten.

Eine solche faktisch nachteilige Betroffenheit sei dem geltenden System der Privatautonomie, in dem rechtsgeschäftliche Handlungen grundsätzlich nicht rational begründet zu werden brauchen, immanent, so dass die einhergehende Berührung der Persönlichkeit beim Benachteiligten kein berechtigtes Genugtuungsinteresse auszulösen vermag. Daraus sei der Schluss zu ziehen, dass ein Ausgleich für immaterielle Nachteile regelmäßig nicht zu erbringen sei.

Adomeit untermauert seine ablehnende Haltung in Bezug auf die Gewährung von Schadensersatz wie folgt:

"Die Zurückweisung eines möglichen Vertragspartners mag für diesen schmerzhaft sein, aber dieser Schmerz ist nicht justiziabel. Die Entscheidung des A, mit X zu kontrahieren, mit Y nicht, ist immer von persönlichen Vorlieben und Abneigungen, Vorurteilen und Animositäten, Illusionen und Schreckhaftigkeiten bestimmt, die Vermengung von Motiven ist so bunt wie das Leben selbst. Der Trost darüber, dass viele einzelne Entscheidungen "ungerecht" sein könnten und wohl auch sind, liegt darin, dass die täglich getroffenen hunderttausende von Kontrahierungen im Schnitt alles wieder

¹⁰⁰ *Richardi/Annuß* in Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2005) § 611a Rz.101.

ausgleichen. Es besteht - zugegebenermaßen - keine Chancengleichheit beim Einzelgeschäft, aber es besteht Gleichheit im Großen und Ganzen und mehr kann das Recht nicht garantieren und durchsetzen."

*Rixecker*¹⁰¹ räumt zwar ein, dass vom Schutz des Persönlichkeitsrechts ebenfalls das Recht der persönlichen Ehre umfasst ist; dieses wiederum Diskriminierungen erfasse, weil sie „den Betroffenen als minderwertig behandeln und damit seinen sozialen Geltungsanspruch leugnen, der jedem Menschen ungeachtet unabänderlicher Unterschiede zu anderen zukommt“. Dies gelte auch für Diskriminierungen im Berufsleben. Dennoch sei nicht jede Benachteiligung von vornherein eine Verletzung der persönlichen Ehre des Arbeitnehmers. Zwar läge eine sachwidrige Geringschätzung vor, die Vorurteile und Unverstand offenbaren, hierin liege jedoch kein Verächtlichmachen noch werde dem Einzelnen die personale Würde oder die soziale Geltung abgesprochen.

Thüsing sieht für die Anwendung der Grundsätze zum Schadensersatz wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nur Raum im Falle der unmittelbaren Diskriminierung und fordert die Beachtung einer Erheblichkeitsschwelle, ansonsten müsste mit jedem Verstoß gegen den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz eine Persönlichkeitsverletzung bejaht werden¹⁰². Der Beschäftigte müsse „herabgewürdigt“ werden, ihm müssen sachwidrig die Chancen einer gleichberechtigten Teilnahme am Arbeitsleben einzig aufgrund seines „Soseins“ genommen werden.

Scholz kommt in seiner Anmerkung zu der Entscheidung des BAG vom 14.03.1989¹⁰³ zu dem Ergebnis, dass die Bejahung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im vorvertraglichen Bereich in Wahrheit zu einem verkappten Recht auf Arbeit umgewandelt wird.

*Westenberger*¹⁰⁴ vertritt dahingegen die Ansicht, dass bei jeder geschlechtsspezifischen Diskriminierung eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vorliegt, die einer sonst erforderlichen Interessen- und Güterabwägung nicht bedarf. § 611a Abs.1 BGB stelle eine bestimmte

¹⁰¹ *Rixecker* in Münchener Kommentar BGB I/1⁵, Allg. PersönlR Rn.74.

¹⁰² *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn.520.

¹⁰³ BAG 8 AZR 351/86 AP Nr.7 zu § 611a BGB (zwfl Scholz).

¹⁰⁴ *Westenberger*, Die Entschädigungs- und Beweislastregelungen des § 611a BGB im Lichte des deutschen und europäischen Rechts (2000) 66.

Fallgruppe dar, weshalb es auf zusätzliche besondere Umstände für die Verletzung des Persönlichkeitsrechts nicht mehr ankomme.

Dieser Gedanke findet sich auch in der Gesetzesbegründung zu § 15 AGG wieder, die klarstellt, dass die Entschädigung ausschließlich für immaterielle Schäden gewährt wird, die regelmäßig bei einer ungerechtfertigten Benachteiligung aus den in § 1 genannten Gründen vorliegen.¹⁰⁵

3. **Stellungnahme**

Der Ansicht *Adomeits* ist nicht zu folgen. Es ist schlichtweg absurd, der diskriminierten Person Schadensersatz zu versagen, weil sich gesamtgesellschaftlich betrachtet, die Chancengleichheit wiedereinstellen soll. Woher *Adomeit* die Erkenntnis nimmt, dass gesamtgesellschaftliche Chancengleichheit bestehe, bleibt er schuldig. Er übersieht vielmehr, dass in der Gesellschaft die Chancengleichheit gerade nicht gegeben ist. Vielmehr war sich der Gesetzgeber des Problems bewusst und schuf das AGG, um die tatsächlich existierende Beteiligungsungerechtigkeit zu beseitigen.

Auch *Annuß* kann nicht mit der Ansicht überzeugen, die Benachteiligung stelle keine Persönlichkeitsverletzung dar, da sie auf einer rational nicht näher begründbaren Willensentschließung beruhe. Dem ist zu entgegnen, dass hinter der Benachteiligung sehr wohl eine begründete Willensentschließung steht. Der Arbeitgeber verspricht sich von der Benachteiligung in der Regel eine Kostenersparnis. Sei es weil er keine Frauen einstellt, weil diese schwanger werden könnten, oder weil er fürchtet, ältere Arbeitnehmer seien weniger produktiv.

In der Diskussion um die Einordnung der Benachteiligung in das schadensersatzrechtliche Gesamtgefüge kann zunächst den zur Regelung des § 611a BGB getroffenen Aussagen *Westenbergers* im Kern Zustimmung geschenkt werden. *Pfeiffer* ist der Ansicht, dass der Schadensersatzanspruch nicht die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts voraussetzt. Vielmehr findet der Schadensersatzanspruch seine Grundlage in der Benachteiligung als Verletzung immaterieller Rechte¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Bt.-Drucksache 16/1780 38.

¹⁰⁶ *Pfeiffer* in Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften⁸ (2007) AGG Rn.149.

Der Gesetzgeber hat den Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot als gesetzlich bestimmten Fall des § 253 Abs.1 BGB geregelt.

Dieser Einordnung begegnen keine Bedenken. Grundsätzlich hat der Gesetzgeber zu beurteilen, welche Nachteile er als ausgleichsbedürftig ansieht¹⁰⁷.

Zwar sah sich das BAG aufgrund der Haftungsbeschränkung des § 611a Abs.2 BGB a.F. zu dieser Einordnung der Diskriminierung als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gezwungen. Mit der Neuschaffung des Schadensersatzanspruchs in § 15 Abs.2 AGG, der gegenüber § 253 BGB die speziellere Norm ist, ist dieses Ausweichen auf deliktsrechtliche Vorschriften nicht mehr zwingend notwendig.

Die Benachteiligung im Arbeitsleben muss als selbständige Verletzung immaterieller Rechte qualifiziert werden, die nicht zwingend die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im herkömmlichen Sinne erfordert. Dem liegt die gesetzgeberische Wertung zugrunde, dass eine benachteiligende Handlung im Regelfall als immaterielle Beeinträchtigung anzusehen ist¹⁰⁸.

Pfeiffer ist zwar der Ansicht, dass eine normative Bestimmung dahingehend, dass ein Ereignis schädigend sei, nicht zur Grundlage der Verfolgung eines reinen Sanktionszwecks ohne jedes Kompensationsbedürfnis gemacht werden dürfe, sieht aber letztendlich in der gesetzgeberischen Wertung hinter § 15 Abs.2 AGG eine ausreichende Grundlage. Im Übrigen fehle es nur in Ausnahmefällen an einem immateriellen Schaden.

Die Ansicht *Thüsing*s wonach zur Bejahung des § 15 Abs.2 AGG grundsätzlich die Missachtung der Menschenwürde und des Rechts auf freie Entfaltung der Person vorliegen müssen, die wiederum eine Herabwürdigung beziehungsweise die sachwidrige Versagung der Teilnahme am Arbeitsleben einzig aufgrund seines „Soseins“ voraussetzen, kann nicht gefolgt werden. Es bedarf vorliegend keiner derartigen Prüfung. An die Stelle der Prüfung tritt die gesetzgeberische Wertung, der zufolge in der Benachteiligung immer die Verletzung der Persönlichkeit begründet ist. *Thüsing* stimmt der Rechtssprechung des BAG insoweit zu, als dass bei unmittelbarer

¹⁰⁷ BGH IV ZR 138/72 NJW 1974, 1505 (1507).

¹⁰⁸ *Pfeiffer* in Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften⁸ (2007) AGG Rn.149.

Diskriminierung bei der Einstellung, wie sie das BAG zu beurteilen hatte, die erhebliche Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bejaht, sieht aber in jeder weiteren Ausdehnung die Gefahr begründet, dass eine Persönlichkeitsverletzung fingiert wird. Der hier zu folgendes Auffassung kann damit entgegengehalten werden, dass sie die von der Rechtsprechung aufgestellten Hürden hin zum Zuspruch eines immateriellen Schadensersatzes unterläuft, sieht man in jeder Benachteiligung eine schwere Verletzung des Persönlichkeitsrechts.

Dem Einwand kann jedoch unter zweierlei Gesichtspunkten entgegengetreten werden. Einerseits ist festzustellen, dass einzige tatbestandliche Voraussetzung für den Anspruch auf Schadensersatz, die unzulässige Benachteiligung ist. Hierzu vertritt *Deinert* die Auffassung, dass es zwar in der Sache um eine Persönlichkeitsverletzung gehe, das jedoch nicht bedeutet, dass der Anspruch von derselben Voraussetzung abhängt, wie ein solcher aus einer Persönlichkeitsverletzung nach § 823 Abs.1 BGB. Insbesondere sei die Schwere der Verletzung für die Anspruchsentstehung unerheblich¹⁰⁹. Während der BGH in ständiger Rechtsprechung die Geldentschädigung für immaterielle Schäden bei Persönlichkeitsverletzung an das Vorliegen einer schwerwiegenden Verletzung anknüpft, fehlt der neu geschaffenen Regelung des § 15 Abs.2 AGG diese Notwendigkeit. Der BGH hat dieses Erfordernis installiert, da Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts häufig nicht dasselbe Gewicht haben, wie Verletzungen der Güter, die in § 847 BGB (jetzt § 253 Abs.2 BGB) ausdrücklich aufgeführt sind. Diesem Argument kann entgegnet werden, dass § 15 Abs.2 AGG gegenüber § 253 BGB ausweislich der Gesetzesbegründung als speziellere Norm zu verstehen ist.

Larenz/Canaris vertreten die Auffassung, dass der Persönlichkeitsrechtsschutz im Arbeitsverhältnis generell wesentlich weiter reiche als der allgemeine deliktsrechtliche Persönlichkeitsschutz und stützen dies auf die enge arbeitsvertragliche Beziehung¹¹⁰.

Nach *Wiese*¹¹¹ ist das Bestehen einer Sonderrechtsbeziehung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber auch bei Abwägung der Umstände, die im

¹⁰⁹ *Deinert* in *Däubler/Bertzbach*, Das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, § 15 Rn.50.

¹¹⁰ *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2¹³ (1994) 498.

¹¹¹ *Wiese*, Der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber, ZfA 1971 S.273 (281).

Einzelfall einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht zulässig erscheinen lassen, zu berücksichtigen. Dies gelte gerade auch in dem Sinne, dass dabei der Abhängigkeit und Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers Rechnung zu tragen ist.

Die Auffassung wird ferner durch den Bedeutungsgehalt des Gleichbehandlungsgrundsatzes getragen. Der EuGH¹¹² betont, dass „die Beseitigung der auf dem Geschlecht beruhenden Diskriminierungen zu den Grundrechten als allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts“, zuzuordnen ist.

Fraglich ist jedoch, ob der Anspruch auf Entschädigung für jede Form der Benachteiligung beansprucht werden kann. *Thüsing* vertritt die Auffassung, dass bei der Gewährung von ungleichem Entgelt ein Nichtvermögensschaden ausscheide: „Wer gleiche Arbeitsbedingungen erhält und sich der unterschiedlichen Behandlung nicht Tag für Tag während der Arbeit, sondern nur auf dem monatlichen Gehaltsscheck ausgesetzt sieht, dessen Persönlichkeitsrechte und sozialer Geltungsanspruch werden in geringerer Weise beschnitten, als dies in anderen Fällen gegeben ist“¹¹³. Dem Autor kann jedoch nicht gefolgt werden. Die mit der ungleichen Gewährung von Entgelt verbundene Herabwürdigung der Person mindert sich nicht dadurch, dass sie mit dieser nicht alltäglich konfrontiert wird. Für eine derartige Annahme findet sich darüber hinaus im Gesetz auch keine Stütze.

Die Einordnung der Diskriminierung als Persönlichkeitsverletzung eigener Art, kann jedoch nicht den systematischen Bruch mit dem Verschuldenserfordernis überwinden, vielmehr können wie oben ausgeführt, verhaltenssteuernde Elemente nur für den Fall der schuldhaften Verletzung berücksichtigt werden. Stellt sich die Benachteiligung jedoch gleichsam entsprechend ihrer Schwere und Erheblichkeit als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dar, bestehen keine Bedenken, eine Erhöhung des Schadensersatzanspruchs nach den Grundsätzen der Rechtsprechung des BGH in der Entscheidung *Caroline v. Monaco* zu gewähren.

Zu untersuchen ist fortan, ob dieser Befund auch für die Einordnung der Schadensersatzansprüche nach dem GlBG fruchtbar gemacht werden kann. Der Übertragung der vorgefundenen Ergebnisse steht zunächst entgegen, dass in

¹¹² EuGH Rs.25/02, Slg.2003 I-8349 Rn.25, EuGH Rs.13/94, Slg.1996, I-2143 Rn.19.

¹¹³ *Thüsing* in Münchener Kommentar zum BGB I/2⁵ § 15 AGG Rn.10.

weiten Teilen der österreichischen Literatur die Existenz eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts verneint wird.

B. Der Ersatz immateriellen Schadens nach dem GIBG

I. Der Tatbestand

Während § 15 AGG in Abs.1 den Ersatz des Vermögensschadens und in Abs.2 den Ersatz des immateriellen Schadens regelt, legen die §§ 12 und 26 GIBG für die jeweilige Situation der §§ 3, 17 GIBG fest, dass Ersatz des Vermögensschadens und eine Entschädigung für die erlittenen persönliche Beeinträchtigung zu leisten ist. Diese werden in einem einheitlichen Anspruch zusammengefasst. In der vergleichenden Betrachtung muss der Frage nachgegangen werden, welche Funktion der Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung beigemessen wird.

Mit der Formulierung „Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung“ verfolgt der Gesetzgeber offenkundig neben dem Ausgleich der Vermögensschäden auch den Ausgleich immaterieller Nachteile der diskriminierten Person.

Dies weist die Gesetzesbegründung aus, demnach soll neben dem Vermögensschaden, der sowohl den positiven Schaden als auch den entgangenen Gewinn erfasst, auch der immaterielle Schaden erfasst sein und sich in der Formulierung „Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung“ wieder finden.

Bereits in § 2a GIBG a.F. war der Ersatz des immateriellen Schadens verankert. § 2a Abs 1 GleichbG normierte einen Schadenersatzanspruch des diskriminierten Stellenwerbers "im Ausmaß von bis zu zwei Monatsentgelten". Damit sollte nach dem Willen des Gesetzgebers, dies kann den Ausführungen der Regierungsvorlage¹¹⁴ entnommen werden, der "durch die Diskriminierung entstandene materielle und durch die Verletzung der Würde der Person entstandene immaterielle Schaden in angemessener Weise finanziell ausgeglichen werden". Mit der Neufassung des GIBG wollte der Gesetzgeber dieses bewährte Rechtsfolgensystem fortschreiben und den immateriellen

¹¹⁴ ErläutRV 735 BlgNr 18.GP S. 33f.

Schadensersatzanspruch auch auf die übrigen Diskriminierungstatbestände erstrecken¹¹⁵.

Dass der Gesetzgeber in der Formulierung den Ersatz des immateriellen Schadens verfolgt, wird ferner durch die sprachliche Neufassung des Tatbestands der sexuellen Belästigung dokumentiert.

§ 2a Abs.7 GIBG räumte dem, infolge sexueller Belästigung, diskriminierten Arbeitnehmer einen Anspruch auf Schadensersatz zum Ausgleich des durch die Verletzung der Würde entstandenen Nachteils ein.

Mit der Neuformulierung des GIBG wurde im Tatbestand der sexuellen Belästigung die Formulierung des § 2a Abs.7 GIBG nicht übernommen, sondern durch die Formulierung „Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung“ ersetzt. Hiermit bezweckt der Gesetzgeber, ausweislich der Gesetzesbegründung, die sprachliche Einheitlichkeit, nicht hingegen eine inhaltliche Änderung¹¹⁶.

Aufbauend auf dem Befund, dass im Falle der Diskriminierung auch immaterieller Schadensersatz zu leisten ist, muss der Frage nachgegangen werden, ob sich der Schadensersatzanspruch in die bestehende Systematik der zivilrechtlichen Schadensersatzansprüche einordnen lässt.

In diesem Zusammenhang muss zunächst der Frage nachgegangen werden, in welches Rechtsgut durch die Diskriminierung eingegriffen wird.

II. Die Rechtsgutsverletzung

Am Beginn der Untersuchung steht zunächst die dogmatische Einordnung der Diskriminierung in die österreichische Rechtsordnung. Hierbei stellt sich zuvörderst die Frage, ob die Einordnung der Diskriminierung als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, vergleichbar der in Deutschland getroffenen Einordnung, Geltung beanspruchen kann. Wie bereits oben ausgeführt, fügt sich die Benachteiligung als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, ohne die sonst erforderliche Interessenabwägung in die deutsche Rechtsordnung ein. Diese Einordnung begegnet jedoch auf der österreichischen Seite grundlegenden Bedenken. Mit der Neuschaffung des GIBG hat der Gesetzgeber die Wertung getroffen, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers umfassend vor Diskriminierung zu schützen.

¹¹⁵ ErläutRV 307 BlgNr 22.GP S.17.

¹¹⁶ ErläutRV 735 BlgNr 18.GP S. 33f.

Während der BGH bereits frühzeitig unter Berufung auf Art.1, 2 GG und in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre ein allgemeines Persönlichkeitsrecht anerkannt hat, geht die h.M.¹¹⁷ in Österreich davon aus, dass durch § 16 ABGB nur eine offene Zahl von einzelnen Persönlichkeitsrechten positiv-rechtliche Anerkennung findet, die jeweils aus weiteren Ansätzen in der Rechtsordnung konkretisiert werden müssen. *Kletečka*¹¹⁸ sieht daher in der Schaffung des GIBG die Statuierung neuer Persönlichkeitsrechte begründet.

*Schwarz*¹¹⁹ erblickt in § 16 ABGB nicht lediglich einen Programmsatz, vielmehr handele es sich um eine prinzipielle Entscheidung zum Schutze der Persönlichkeit und deren Entfaltung, die über positivrechtlich verankerte Rechte hinaus Interpretationsmaxime der Rechtsordnung im Sinne dieser Entscheidung ist und die die Basis zur Ableitung weiterer Schutzbereiche aus der sich weiterentwickelnden Rechtsordnung darstellt.

Andere Autoren¹²¹ leiten aus § 16 ABGB ein allgemeines Persönlichkeitsrecht ab, das die Person nicht nur in bestimmter Richtung, sondern in ihrer Gesamtheit umfasst. Durch die Einbeziehung aller Persönlichkeitsrechte werde die Gefahr gebannt, dass einzelne Aspekte übersehen oder sich neu heraus kristallisierende Persönlichkeitsinteressen nicht erfasst werden. Unabhängig davon, welche Auffassung zu Grunde gelegt wird, liegt der Kernbereich des Persönlichkeitsschutzes in dem Recht des Einzelnen auf Achtung seiner Menschenwürde und auf Entfaltung seiner individuellen Persönlichkeit.

Damit taucht aber die Frage auf, ob durch jede Diskriminierung das Recht auf Achtung der Menschenwürde und das Recht auf Entfaltung der individuellen Persönlichkeit verletzt ist.

Dagegen wenden sich einige Stimmen in der Literatur¹²². Nicht jede Diskriminierung könne zur Persönlichkeitsverletzung qualifiziert werden und Schadensersatzansprüche nach sich ziehen.

So wird argumentiert¹²³, dass jede Teilnahme am gesellschaftlichen und sozialen Leben nicht nur mit Annehmlichkeiten, sondern zwangsläufig auch

¹¹⁷ Koch in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB (2005) § 16 Rz.3, *Posch* in *Schwimmann* ABGB I³ (2006) § 16 Rn.16.

¹¹⁸ *Kletečka* in *Rebhahn* GIBG § 12 Rn.22.

¹¹⁹ *Schwarz*, Die Beschäftigungspflicht im Arbeitsverhältnis in FS Floretta, 415 (429).

¹²¹ *Aicher* in *Rummel* Kommentar zum ABGB I³ § 16 Rz.21.

¹²² *Kletečka* in *Rebhahn* GIBG § 12 Rn.23.

mit unerfreulichen Situationen verbunden sei. Soweit diese Unannehmlichkeiten eine gewisse Schwelle nicht überschreiten, sind sie dem allgemeinen Lebensrisiko zuzurechen und vermögen eine schadensersatzrechtliche Sanktionierung nicht auszulösen.

In der Auseinandersetzung mit dieser Frage, ist auch die Rechtsprechung des OGH¹²⁵ zur sexuellen Belästigung zu beachten. Der OGH kommt zu dem Schluss, dass in der sexuellen Belästigung regelmäßig eine Verletzung der Menschenwürde begründet ist. „Es handelt sich um Gewaltakte in dem Sinne, dass es von den Betroffenen nicht erwünschte Handlungen sind, die ihre Persönlichkeitsgrenzen und ihre Selbstbestimmung nicht achten. Unter sexuelle Belästigungen fallen Handlungen, die geeignet sind, die soziale Wertschätzung der betroffenen Frauen durch Verletzung ihrer Intimsphäre und der sexuellen Integrität im Betrieb herabzusetzen und deren Ehrgefühl grob zu verletzen. Körperliche Kontakte gegen den Willen der betroffenen Frauen ("Begrapschen") überschreiten im Allgemeinen die Toleranzgrenze. Durch die sexuellen Übergriffe entsteht ein belastendes Arbeitsklima, das die Arbeitsfähigkeit der Betroffenen nachhaltig beeinträchtigt. Sie fühlen sich in ihrer Bewegungsfreiheit am Arbeitsplatz eingeschränkt und stehen unter permanenter Anspannung.“

Der Dienstgeber hat dafür zu sorgen, dass die geschlechtliche Selbstbestimmung, sexuelle Integrität und Intimsphäre der Dienstnehmer/Innen nicht gefährdet wird. Der Schutz der Fürsorgepflicht umfasst die Persönlichkeit der Dienstnehmer/Innen; es geht nicht nur punktuell um die Rechtsgüter Leben, Gesundheit, Sittlichkeit und Eigentum, sondern um die «Persönlichkeitsrechte» in ihren diversen Ausstrahlungen schlechthin. Sexuelle Belästigung beeinträchtigt die menschliche Würde. Die Erscheinungsformen sexueller Belästigung sind vielfältig. „Es geht dabei nicht nur um den Schutz der körperlichen Integrität vor unerwünschten sexuellen Handlungen, sondern es ist auch die psychische Verletzbarkeit gemeint. Die Verletzung kann nämlich auch durch Äußerungen erfolgen, die geeignet sind, das Ansehen und die soziale Wertschätzung einer Person etwa durch Geringschätzung oder

¹²³ *Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, Verhandlungen des 15. Österreichischen Juristentages II/1, 38.

¹²⁵ OGH 9 Ob A 64/04h ZAS 2004, 43.

Verspottung herabzusetzen und auf diese Weise das Ehrgefühl zu verletzen.“¹²⁶
Diese Rechtssprechung ist zweifelsfrei auf die übrigen Belästigungstatbestände uneingeschränkt übertragbar.

Posch sieht das generelle Bedürfnis nach einer spezifischen Ausprägung des Persönlichkeitsschutzes im Arbeitsrecht, das aus der mit dem Arbeitsverhältnis notwendig verbundenen Abhängigkeit und dem bestehenden Machtungleichgewicht resultiert¹²⁸.

Meines Erachtens ist jede Form der Diskriminierung menschenunwürdig und missachtet das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit. Dies gilt im Besonderen im Arbeitsverhältnis. Das Machtungleichgewicht zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber verstärkt das Gefühl der Geringschätzung und Erniedrigung. Der Arbeitnehmer wird die Erniedrigung und Herabwürdigung erdulden, ist er doch oftmals auf seinen Arbeitsplatz angewiesen um seinen Lebensunterhalt zu sichern. Gerade diese Situation drückt meines Erachtens die Menschenunwürdigkeit aus. Die Diskriminierung ist gerade keine „unerfreuliche Situation“ die, wie einige Autoren meinen¹²⁹, schlichtweg hingenommen werden muss.

Nicht nur die Belästigung bzw. sexuellen Belästigung erniedrigt die Person. Vielmehr ist die Diskriminierung in jedweder Form soziale Geringschätzung und Erniedrigung und damit eine Persönlichkeitsverletzung. Ferner nimmt jede Diskriminierung dem Menschen die Chance auf Teilhabe an einem wesentlichen Teil der Lebensgestaltung, der Teilnahme am Arbeitsleben, und schränkt damit den Menschen in der Entfaltung seiner individuellen Persönlichkeit ein.

Insoweit hat der Gesetzgeber mit dem GIBG dem Schutz der Persönlichkeit klare Konturen gegeben. Unabhängig davon, ob § 16 ABGB nun einzelne Persönlichkeitsrechte erfasst, oder ein allgemeines Persönlichkeitsrecht statuiert, ist der Kernbereich des Persönlichkeitsschutzes erfasst.

Zwar belegen obige Ausführungen, dass jede Diskriminierung auch eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts ist und dem österreichischen Recht der

¹²⁶ OGH 17. 3. 2004, 9 Ob A 143/03z RdA 2005, 26.

¹²⁸ *Posch* in *Schwimann* ABGB I³ § 16 Rn.43.

¹²⁹ *Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, Verhandlungen des 15. Österreichischen Juristentages II/1, 38.

Ersatz immaterieller Schäden keineswegs fremd ist. Allerdings knüpfen die zivilrechtlichen Schadensersatzansprüche §§ 1323, 1324 und 1328a ABGB den Schadensersatz in ihrer Gänze an Zurechnungsgründe. So ist nach §§ 1323, 1324 ABGB ideeller Schaden nur bei grobschuldhafter Schädigung auszugleichen. § 1324 ABGB sieht Schadensersatz nur bei einer „erheblichen Verletzung der Privatsphäre“ vor.

Anders hingegen §§ 12 und 26 GIBG, die ihrem Wortlaut zufolge den Schadensersatz weder vom Verschulden noch vom Verletzungsumfang abhängig machen.

Nach Ansicht zahlreicher Stimmen in der Literatur wird damit ein gravierender Wertungswiderspruch in die österreichische Rechtsordnung hineingetragen der auch in Bezug auf den Gleichheitssatz¹³⁰ Spannungen erzeugt.

*Kletečka*¹³¹ fordert daher dem Systembruch entgegenzuwirken und vergleichbar § 1328a ABGB, Verschulden und die Überschreitung einer Erheblichkeitsschwelle einzufordern.

Damit stellt sich die Frage, wie das Fehlen einer Erheblichkeitsschwelle, und das generelle Absehen vom Erfordernis des Verschuldens mit der übrigen Österreichischen Rechtsordnung in Einklang gebracht werden können.

III. Die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs

1. Die Überschreitung der Erheblichkeitsschwelle

Vorliegend stellt sich daher die Frage, ob jeder Diskriminierungstatbestand des GIBG uneingeschränkt zur Begründung eines Schadensersatzes herangezogen werden kann.

Dies wird in der Literatur bezweifelt¹³². Den Ansatz der Kritik bildet zunächst das Fehlen einer Erheblichkeitsschwelle. Die Diskriminierung als einzig den Schadensersatzanspruch begründendes Merkmal heranzuziehen, begegnet auf österreichischer Seite grundlegenden Bedenken.

¹³⁰ *Kletečka*, Durchsetzung der Differenzierungsverbote, in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote (2005) 91, 99.

¹³¹ *Kletečka* in *Rebhahn* GIBG § 12 Rn.23.

¹³² *Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, Verhandlungen des 15. Österreichischen Juristentages II/1, 30.

Karner und *Koziol*¹³³ sehen im österreichischen Rechtssystem bei der Gewährung immateriellen Schadensersatzes das Erfordernis einer Erheblichkeitsschwelle begründet. Diese Ansicht unterlegen die Autoren durch eine vergleichende Betrachtung der Schadensersatzansprüche in der österreichischen Zivilrechtsordnung. Angeführt wird die Generalklausel der §§ 1323, 1324 ABGB, nach der ideeller Schaden nur bei einer grobschuldhafter Schädigung auszugleichen ist. Weiterhin gebührt nach § 16 UWG ein Ersatz des ideellen Schadens nur, wenn dies in den besonderen Umständen des Falles begründet liegt, § 150 Abs.3 PatG zeichnet ein ähnliches Bild. In § 1328 a ABGB knüpft der Gesetzgeber den Schadensersatz an die „erhebliche Verletzung der Privatsphäre“.

Rechtsvergleichend führen die Autoren zur Begründung an, dass auch das BAG eine „schwerwiegende Verletzung einfordert“. Dem ist zwar insoweit zuzustimmen, als dass aus der stetigen Rechtsprechung des BGH hervorgeht, dass eine Geldentschädigung bei einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nur dann in Betracht kommt, wenn es sich um einen schwerwiegenden Eingriff handelt. Dahingegen lösen geringfügige Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht keine Entschädigungsansprüche aus¹³⁴. Gerade diese Wertung wurde jedoch vom deutschen Gesetzgeber in Bezug auf die Schadensersatzansprüche wegen Benachteiligung durchbrochen, in dem er einen Sondertatbestand zu § 253 BGB geschaffen hat. Dieser muss sich, wie bereits oben erläutert auch nicht an den vom BGH aufgestellten Vorgaben hinsichtlich der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts messen lassen.

*Bydlinski*¹³⁵ vertrat in einer Untersuchung aus dem Jahre 1965 die inzwischen überholte Ansicht, dass die Ersatzfähigkeit ideeller Schäden generell zurückhaltend zu behandeln ist. Zur Begründung führte er an, dass bei äußerlich erkennbaren Schäden eine objektive Erkennbarkeit und damit eine Quantifizierung ermöglicht wird, während dies bei dem reinen Seelenschmerz

¹³³ *Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, Verhandlungen des 15. Österreichischen Juristentages II/1, 38.

¹³⁴ BGH VI ZR 259/60 BGHZ 35, 363 (368).

¹³⁵ *Bydlinski*, Der Ersatz ideellen Schadens als sachliches und methodisches Problem, JBl 1965, 237 (243).

unmöglich sei, dieser doch vom weitestgehend vom Willen und Charakter des Betroffenen abhängen.

Diese Auffassung ist jedoch überholt. Der OGH¹³⁶ hat in seiner Entscheidung vom 26.07.2006 auch einer schmerzempfindlichen Person Schmerzensgeld zuerkannt: „Grundsätzlich ist zu der Bewertung des Schmerzensgeldanspruchs festzuhalten, dass die subjektive Gefühlssphäre eines Menschen nur schwer erfasst werden kann. Daher hat sich die Höhe des Schmerzensgeldes primär an objektiv feststellbaren Kriterien wie Verletzungsschwere und –art zu orientieren. Das bedeutet aber nicht, dass von den subjektiven Umständen völlig zu abstrahieren ist. Außer Betracht bleiben nur die feststellbaren inneren Verarbeitungsmechanismen, nicht aber die objektiv eruierten subjektiven Umstände auf Seiten des Geschädigten.“

In diese Richtung weist der OGH auch in seiner Entscheidung vom 16.05.2001¹³⁷. In dieser Entscheidung anerkennt der OGH nahen Angehörigen Schadensersatz für den erlittenen Gefühlsschaden bei der Benachrichtigung vom Todesfall naher Angehöriger.

Das zeigt, dass der OGH dieser zurückhaltenden Auffassung was den Seelenschmerz angeht, nicht folgt. Vielmehr lässt der OGH subjektive Umstände in die Bemessung des ideellen Schadensersatzes einfließen, wenn diese mit körperlichen Symptomen einhergehen.

Was nun die Forderung nach einer Erheblichkeitsschwelle betrifft, ist dem Vorbringen *Karners* und *Koziols* einzuräumen, dass etwa die Versagung der Einstellung aufgrund des Geschlechts oder die Versagung des gleichen Entgelts bei gleichwertiger Leistung qualitativ etwas ganz anderes ist, als die sexuelle Belästigung, die unzweifelhaft die Würde der Person ungleich schwerwiegender verletzt. Gleichwohl kann die Diskriminierung im Arbeitsleben nicht pauschal als Alltagsbeleidigung abgehandelt werden, die dem allgemeinen Lebensrisiko zuzurechnen ist, und damit auf der Grundlage der bestehenden österreichischen Rechtsordnung den Ausschluss immateriellen Ersatzes zur Konsequenz hat. Vielmehr muss an dieser Stelle nochmals betont werden, dass die Diskriminierung, egal in welcher Form, Kränkung und Ehrverletzung hervorruft.

¹³⁶ OGH 26.07.2006 3 Ob 116/05p.

¹³⁷ OGH 2Ob84/01v JBI 2001/660.

Auch der Vergleich mit anderen Anspruchsgrundlagen in der österreichischen Rechtsordnung relativiert den Einwand des Mangels an Erheblichkeit. Wendet man den Blick zunächst auf die bestehenden Wertungen der Zivilrechtsordnung, so muss festgestellt werden, dass der österreichische Gesetzgeber nicht nur für die Verletzung persönlichkeitsnaher Rechtsgüter immateriellen Schaden gewährt. Zu nennen ist an dieser Stelle der auf Art.5 der Pauschalreise-Richtlinie zurückzuführende Schadensersatzanspruch aus § 31e Abs.3 KSchG. § 31 e Abs.3 KSchG gewährt dem Reisenden Ersatz seiner immateriellen Nachteile aus entgangenen Urlaubsfreuden. Einzuräumen ist zwar, dass der Gesetzgeber diesen Anspruch an die Schwere und Dauer des Mangels und den Grad des Verschuldens knüpft¹³⁸. Gleichwohl bringe der Gesetzgeber damit zum Ausdruck, dass auch dieses relativ „geringwertige“ ideelle Gut¹³⁹ in der zivilen Rechtsordnung Schutz beanspruchen kann und ordnet gleichzeitig die Verletzung normativ als Schaden ein.

Dies offenbart gleichzeitig die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung seiner Zivilrechtsordnung und kann dem Einwand entgegengehalten werden, mit der gewählten Ausgestaltung des GIBG eine Differenzierung im zivilrechtlichen Haftungsregime heraufbeschworen zu haben, der die sachliche Rechtfertigung fehle. Zwar bindet der Gleichheitssatz auch die Gesetzgebung, jedoch anerkennt der VfGH einen relativ großen Spielraum des einfachen Gesetzgebers und hebt nur bei „Exzessen“ ein Gesetz wegen Gleichheitsverletzung auf.¹⁴⁰

Für diese Einordnung streitet nach Ansicht *Hintereggers* auch die grundrechtliche Anerkennung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf europäischer Ebene. *Hinteregger* vertritt die Ansicht, dass der hohe Stellenwert des Gleichbehandlungsgebots im österreichischen Verfassungsrecht und im Europarecht es rechtfertige, einen Anspruch auf Ersatz ideellen Schadens wegen Diskriminierung vorzusehen. Dabei komme den Grundrechten eine Prinzipienfunktion zu, deren Wertentscheidung bei der Ausgestaltung des

¹³⁸ OGH 08.03.2007, 2ob247/05w.

¹³⁹ *Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, Verhandlungen des 15. Österreichischen Juristentages II/1, 115.

¹⁴⁰ *Mayer*, Entwicklungstendenzen in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes ÖJZ 1980, 337 (343).

Ersatzes ideeller Schäden beachtet werden muss¹⁴¹. Die Auffassung *Hintereggers* muss einer genaueren Betrachtung unterzogen werden. Welchen Stellenwert haben die Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung im Gemeinschaftsrecht?

Im Ausgangspunkt der Betrachtung muss zunächst die Rechtsprechung des EuGH untersucht werden. In der Entscheidung vom 12.12.2002 *Rodríguez Caballero*¹⁴² ging der EuGH bereits davon aus, dass der allgemeine Grundsatz der Gleichheit und Nichtdiskriminierung ein Grundrecht darstelle.

In dem Urteil vom 22.11.2005 in der Sache *Mangold/Helm*¹⁴³ kommt der EuGH zu dem Schluss, dass im Gemeinschaftsrecht das Verbot der Altersdiskriminierung als allgemeiner Grundsatz angelegt sei. Das Verbot der Altersdiskriminierung finde, so der EuGH, begründend seinen Ursprung in verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen und der gemeinsamen Verfassungstradition.¹⁴⁴

Die Entscheidung des EuGH in Sachen *Mangold* ist in der Literatur auf breite Kritik gestoßen. Die Kritik wendet sich vor allem gegen die Ableitung eines Verbots der Altersdiskriminierung aus den völkerrechtlichen Verträgen und der gemeinsamen Verfassungstradition, Art.6 Abs.2 i.V.m. Art.46 lit.d EUV.

*Streinz*¹⁴⁵ legt dar, dass eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung nicht existiert. Einzig die finnische Verfassung sehe in Art.6 Abs.2 ein Verbot der Altersdiskriminierung vor. Ein Diskriminierungsverbot hinsichtlich der Arbeitsbedingungen folge aus Art.59 Abs.1 der portugiesischen Verfassung. Dies reiche wohl kaum für die Annahme einer gemeinsamen Verfassungstradition.

*Preis*¹⁴⁶ stellt fest, dass auch aus den völkerrechtlichen Verträgen kein Verbot der Altersdiskriminierung ableitbar wäre. Einzig die Charta der Grundrechte der Europäischen Union beinhalte ein Verbot der Altersdiskriminierung. Diese ist aber nicht formell verabschiedet worden.

¹⁴¹ *Hinteregger*, Stellungnahme zum Gutachten von Karner/Koziol, „Der Ersatz ideellen Schadens im österr. Recht und seine Reform“ in Verhandlungen des Fünfzehnten Österreichischen Juristentages II/2 (2003) 19.

¹⁴² EuGH 12.12.2002 C-442/00 *Rodríguez Caballero* Slg 2002 I-11915.

¹⁴³ EuGH 22.11.2005 C-144/04 *Mangold* Slg 2005 I-10013.

¹⁴⁴ EuGH 22.11.2005 C-144/04 *Mangold* Slg 2005 I-10013 Rz.74.

¹⁴⁵ *Streinz*, Der Fall Mangold-eine „kopernikanische Wende im Europarecht?“ dRdA 2007, 165.

¹⁴⁶ *Preis*, Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht – Der Fall Mangold und die Folgen, NZA 2006, 401.

*Däubler*¹⁴⁷ sieht demgegenüber im EGV ein Gemeinschaftsgrundrecht auf Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung angelegt. Die Begründung hierfür schöpft der Autor aus Art.13 EGV, der eine den gesamten EGV charakterisierende Wertung darstelle.

Ferner findet der Autor eine Grundlage des Gemeinschaftsgrundrechts in Art.3 Abs.2 EGV. Daraus sei die Gemeinschaft und alle ihre Organe verpflichtet Ungleichheiten zu beseitigen.

Däubler übersieht dabei aber, dass Art.13 EGV eine Kompetenznorm ist, die keine unmittelbare Wirkung entfaltet. Auch Art.3 Abs.2 EGV bindet nur den Gemeinschaftsgesetzgeber beim Erlass von Rechtsakten.

Wenngleich für die Annahme eines Gemeinschaftsgrundrechts auf Nichtdiskriminierung die Grundlage fehlt, so steht mindestens fest, dass dem EGV der Auftrag an den Gemeinschaftsgesetzgeber entnommen werden kann, Diskriminierungen in jeder Form zu beseitigen. Der EuGH hebt den hohen Stellenwert des Diskriminierungsverbots in den benannten Entscheidungen hervor. Die Herstellung der Gleichbehandlung ist nicht eine bloße Absichtsbekundung sondern vielmehr konkreter Auftrag an den Gesetzgeber. Dahinter steckt ein Grundprinzip der Gemeinschaft, dass meines Erachtens auch auf die Frage der Erheblichkeit wirkt. Dieser Stellenwert des Diskriminierungsverbots würde unterlaufen, könnte der nationale Gesetzgeber mittels einer Erheblichkeitsschwelle seinerseits diese Wertung des europäischen Gesetzgebers unterlaufen.

Die Ansicht *Hintereggers* verdient damit letztendlich insoweit Zustimmung, als dass die Wertenscheidung des europäischen Gesetzgebers in die Gestaltung des immateriellen Schadensersatzes einzufließen hat.

2. Das Verschulden

Ein weiteres Problem offenbart sich im Absehen vom Verschuldenserfordernis. Hierin eröffnet sich ein erheblicher Wertungswiderspruch, der auch verfassungsrechtliche Bedenken in sich trägt.¹⁴⁸ Zur Verdeutlichung soll an dieser Stelle ein Überblick über die immateriellen Schadensersatz gewährenden Haftungsnormen vorgestellt werden.

¹⁴⁷ *Däubler* in *Däubler/Bertzbach* Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz Einleitung Rz.188.

¹⁴⁸ *Kletečka* in *Rebhahn* GIBG § 12 Rn.23.

Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung sehen neben den §§ 12 und 26 ABGB in der österreichischen Rechtsordnung ebenfalls die Regelungen der §§ 1328 und 1328a ABGB vor. Beide Vorschriften weisen die in §§ 12 und 26 ABGB verwendete Formulierung der „Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung“ auf. Nach § 1328 ABGB hat derjenige, der jemanden durch eine strafbare Handlung oder sonst durch Hinterlist, Drohung oder Ausnutzung eines Abhängigkeits- oder Autoritätsverhältnisses zur Beiwohnung oder sonst zu geschlechtlichen Handlungen missbraucht, den erlittenen Schaden und den entgangenen Gewinn zu ersetzen sowie eine angemessene Entschädigung für die erlittenen Beeinträchtigung zu leisten.

In § 1328 ABGB wurde die Formulierung nachträglich aufgenommen mit dem Zweck, den Ersatz ideeller Schäden bei Verwirklichung des jeweiligen Tatbestandes zu gewähren¹⁴⁹. § 1328 ABGB gewährte in der Fassung bis zu seiner Novellierung im Jahr 1996¹⁵⁰ nur bei gewaltsamem geschlechtlichem Missbrauch den Ersatz ideellen Schadens.

Zur Reform des § 1328 ABGB a.F. sah sich der Gesetzgeber gezwungen, um Wertungswidersprüche auszuräumen und bei geschlechtlichem Missbrauch die verbundenen immateriellen Nachteile auszugleichen¹⁵¹.

§ 1328a ABGB bestimmt, dass derjenige, der rechtswidrig und schuldhaft in die Privatsphäre eines Menschen eingreift oder Umstände aus der Privatsphäre eines Menschen offenbart oder verwertet, den dadurch entstandenen Schaden ersetzen muss. Bei erheblichen Verletzungen der Privatsphäre, etwa wenn Umstände daraus in einer Weise verwertet werden, die geeignet sind, den Menschen in der Öffentlichkeit bloßzustellen, umfasst der Ersatzanspruch auch eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

§ 1328a sieht bei erheblicher Verletzung der Privatsphäre einen Ersatz des immateriellen Schadens vor.

Ferner gewährt § 1325 ABGB im Falle der Körperverletzung zur Abgeltung des ideellen Schadens Schmerzensgeld.

§ 1329 ABGB sieht den Ersatz des immateriellen Schadens im Falle der Freiheitsentziehung vor; letztendlich gewährt § 1331 ABGB bei

¹⁴⁹ *Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, Verhandlungen des 15. Österreichischen Juristentages II/1, 115.

¹⁵⁰ BG vom 30.12.1996 BGBl 1996/759.

¹⁵¹ *Karner*, Die Neuregelung des Ersatzes ideeller Schäden bei geschlechtlichem Missbrauch, JBl 1997, 685 (687).

Vermögensschäden, die durch eine verbotene Handlung oder aus Mutwillen oder Schadenfreude verursacht wurden Ersatz des Wertes der besonderen Vorliebe.

Neben den genannten Tatbeständen begründet der OGH in der richtungweisenden Trauerschmerz-Entscheidung im Wege der Analogie aus den §§ 1331, 1328 1329, ABGB und 213a ASVG den Ersatz des ideellen Schadens, auch in Ermangelung einer Körperverletzung, allerdings in Abhängigkeit qualifizierten Verschuldens.¹⁵² Dabei betont der OGH, dass bei leichter Fahrlässigkeit oder im Falle der Gefährdungshaftung das Erfordernis der Schwere des Zurechnungsrundes nicht gegeben sei.

Daneben sehen einige Sondergesetze ebenfalls immateriellen Schadensersatz vor. Außerhalb des ABGB finden sich Ansprüche auf immateriellen Schadenersatz in den §§ 6 ff MedG, 87 Abs. 2 UrhG, § 150 Abs. 4 PatG, § 53 Abs. 4 MarkSchG, § 34 MuSchG, § 41 GMG, § 33 DSG 2000, § 31e KSchG, § 16 Abs 2 UWG und § 8 Abs. 3 MRG sowie diversen Gefährdungshaftungsnormen.

*Bydlinski*¹⁵³ sieht in der österreichischen Rechtsordnung generell die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden statuiert. Mit der Forderung nach der „vollen Genugtuung“ verlangt § 1324 ABGB im Falle der bösen Absicht oder der auffallenden Sorglosigkeit neben dem „erlittenen Schaden und den entgangenen Gewinn“ auch die „Tilgung der verursachten Beleidigung“ und damit den Ersatz des immateriellen Schadens. Aus den §§ 1323 und 1324 ABGB folgt nach Ansicht *Karners* die allgemeine Regel, dass der ideelle Schaden im Bereich der Verschuldenshaftung bei groben Verschulden zu ersetzen ist, soweit nicht Sondervorschriften die Ersatzfähigkeit ideeller Nachteile erweitern (§ 1325 ABGB), einschränken (§ 1331 ABGB) oder ausschließen. Darüber hinaus gewährt § 1325 ABGB auch im Falle der Körperverletzung bei leichter Fahrlässigkeit den Ersatz immaterieller Nachteile. *Karner* erklärt diese Ausnahme mit dem hohen Stellenwert des verletzten Gutes und mit der Tatsache, dass die Verletzung der körperlichen Integrität von

¹⁵² OGH 2 Ob 84/01v JBl 2001 660 (662).

¹⁵³ *Bydlinski*, Der Ersatz ideellen Schadens als sachliches und methodisches Problem, JBl 1965, 247.

allen Verletzungen der äußeren Persönlichkeitssphäre am weitestgehenden objektivierbar ist.

Die vorgenannten Ausführungen belegen, dass auch das österreichische Zivilrecht dem Ersatz des immateriellen Schadens offen gegenüber steht. Allerdings knüpft der immaterielle Schadensersatz an Zurechnungsgründe, auf die bei der Ausgestaltung der §§ 12,26 GIBG bewusst verzichtet wurde. Dabei stellt sich die Frage, ob hierin ein Verstoß gegen die Verfassung begründet ist. Der Gesetzgeber ist durch den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz verpflichtet an gleiche Tatbestände gleiche Rechtsfolgen zu knüpfen und andererseits wesentlichen Unterschieden im Tatsachenbereich unterschiedliche Regelungen beizustellen.¹⁵⁴ Daraus ist zu folgern, dass unterschiedliche Regelungen, die nicht in entsprechenden Unterschieden im Tatsächlichen ihre Grundlage haben gleichheitswidrig und damit aufzuheben sind.¹⁵⁵

Auch der OGH vertrat zu § 2 a GIBG a.F. die Ansicht, dass der Schadensersatzanspruch nach dem GIBG nicht losgelöst von den Prinzipien des allgemeinen Schadensersatzrechts gesehen werden darf. „Dem Berufungsgericht ist darin beizupflichten, dass der Schadensersatzanspruch des GIBG, ebenso wie jener des B-GBG nicht losgelöst von den Prinzipien des allgemeinen Schadensersatzrechts gesehen werden darf.“¹⁵⁶ Zur Begründung zieht der OGH vergleichend den Schadensersatzanspruch aus § 1328 ABGB heran. Dabei kommt der OGH zu dem Schluss, dass unverhältnismäßige Wertungswidersprüche entstehen würden, etwa in dem Falle, dass derselbe Täter einmal als Arbeitgeber seine Arbeitnehmer missbraucht und ein anderes mal eine ihm sonst, etwa als Pflegekind, anvertraute Person.

Zur Begründung führt der OGH ferner die Entstehungsgeschichte des § 1328 ABGB an. Mit der Gesetzesharmonisierung, die der OGH in Bezugnahme der Gesetzesbegründung des §1328a ABGB auf die Schadensersatzregelung des § 2a Abs.7 GIBG sieht, sei zwar die Vorreiterrolle des GIBG dokumentiert, es könne aber nicht davon ausgegangen werden, dass dem GIBG eine Sonderposition zukomme.

¹⁵⁴ Mayer, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht, (2007), Art.2 StGG III.1.

¹⁵⁵ VfGH G 167/86 G 173/86 G 186-229/86 G 230/86 G 230/86 G 231-237/86 VfSlg 11.190.

¹⁵⁶ OGH 8 ObA 188/98z RdW 1999, 418.

Insoweit muss aber berücksichtigt werden, dass der OGH diesen Einwand nur hinsichtlich der Höhe des zu bemessenden Schadensersatzes angebracht hat. Hinsichtlich der tatbestandlichen Voraussetzungen blieb die Kritik an § 2a Abs.7 GIBG a.F. aber aus. Weiterhin ist anzuführen, dass der OGH die verschuldensunabhängige Haftung in der Rechtsprechung zu § 2a Abs.1 GIBG a.F. im Wege der richtlinienkonformen Auslegung ausdrücklich gebilligt hat, wobei § 2a Abs.1 GIBG ausweislich der Regierungsvorlage bestimmt war, den durch die Diskriminierung entstandenen materiellen und den durch die Verletzung der Würde der Person entstandenen Schaden auszugleichen.

Zwar ist der Gesetzgeber aus dem Gleichheitssatz verpflichtet, gleiches nicht ungleich zu behandeln. Allerdings setzt der VfGH dem Gebot der Gleichbehandlung einen breiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers entgegen:

„Der VfGH hat wiederholt ausgesprochen, dass der Gleichheitssatz dem Gesetzgeber nur verbietet, Gleiches ungleich zu behandeln, dass es ihm aber nicht verwehrt ist, sachliche Differenzierungen vorzunehmen....Dem Gesetzgeber ist es ferner nicht verwehrt, innerhalb eines von ihm geschaffenen Ordnungssystems einzelne Tatbestände auf eine nicht systemgerechte Art zu regeln....Diese Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers besteht sowohl in Ansehung der angestrebten Ziele als auch bezüglich der Auswahl der zur Zielerreichung einzusetzenden Mittel.“¹⁵⁷

Erläuternd führt der VfGH in seiner Entscheidung aus:

„Grundsätzlich steht es dem Gesetzgeber frei, zu entscheiden, welche Instrumente er - unter Berücksichtigung allfällig erwünschter oder in Kauf genommener Nebenwirkungen – in der jeweils gegebenen Situation zur Zielerreichung geeignet erachtet und welches unter mehreren möglichen Mitteln er auswählt und einsetzt. Der VfGH kann dem Gesetzgeber nur dann entgegentreten, wenn er bei der Bestimmung der einzusetzenden Mittel die ihm von Verfassung wegen gesetzten Schranken überschreitet. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn er das sich aus dem Gleichheitsgebot ergebenden Sachlichkeitsgebot verletzt, wenn er also beispielsweise zur Zielerreichung völlig ungeeignete Mittel vorsieht oder wenn die vorgesehenen, an sich

¹⁵⁷ VfGH G 82/78 VfSlg.8457/78.

geeigneten Mittel zu einer sachlich nicht begründbaren Differenzierung führen.“¹⁵⁸

In der Anwendung dieser Grundsätze ist meines Erachtens in den Regelungen des GIBG auch keine sachlich unbegründbare Differenzierung zu erkennen, die den gesetzgeberischen Spielraum überschreitet. Dem Gesetzgeber muss die Gestaltungsfreiheit verbleiben, auf bestimmte Lebenssachverhalte mit dem von ihm als notwendig erachteten Maßnahmen zu reagieren.

Überdies gilt es zu berücksichtigen, dass sich der Gesetzgeber dazu entschieden hat, den europäischen Vorgaben entsprechend, den Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot mit einem verschuldensunabhängigen Schadensersatz zu sanktionieren. Dieser begrüßenswerten Innovation kann aber nicht unter dem Vorwand der Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nun die Wirksamkeit abgesprochen werden, nur weil die nationale Rechtsordnung einen Schadensersatz grundsätzlich an die Frage des Verschuldens knüpft.

An dieser Stelle muss angeführt werden, dass der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum durch die Judikatur und die deutliche Ausgestaltung der Richtlinien eng begrenzt war.

Demgegenüber sieht *Kletečka* in der Gewährung immateriellen Schadensersatzes ohne sachlichen Anknüpfungspunkt in Form des Verschuldens oder der Überschreitung einer Erheblichkeitsschwelle einen Systembruch, der ohne Not in das österreichische Rechtssystem hineingetragen wurde. Zu Begründung führt er an, dass hierzu keine europarechtliche Verpflichtung bestanden habe¹⁶⁰, da die Gleichbehandlungsrichtlinie den Ersatz der Schäden vorschreibt, ohne diesen näher zu definieren.

Diese führe unter Beachtung der Rechtssprechung des EuGH in der Sache *Kommission/Griechenland*¹⁶¹ und *Draehmpaehl*¹⁶², zu dem Effekt, dass kein Schadensersatz zu gewähren ist, da auch nach österreichischem Recht auch bei

¹⁵⁸ VfGH G 82/78 VfSlg.8457/78.

¹⁶⁰ *Kletečka* in *Rebhahn* GIBG § 12 Rn.20.

¹⁶¹ EuGH 21.09.1989, Rs 68/88, *Kommission/Griechenland*, Slg 1996, I-2965.

¹⁶² EuGH 22.04.1997, C-180/95, *Draehmpaehl/Urania Immobilienservice OHG*, Slg 1997 I-2195.

nach Art und Schwere gleichartigen Verstößen kein Ersatz für immaterielle Schäden gebührt.

Der Forderung des Autors den immateriellen Schadensersatz vom Merkmal des Verschuldens abhängig zu machen, ist jedoch zu entgegen, dass der EuGH mit der Entscheidung *Draehmpaehl* die tatbestandliche Voraussetzung des Verschuldens als unvereinbar mit den europäischen Vorgaben erklärt hat. Dies gilt sowohl für materielle als auch immaterielle Schadensersatzansprüche, denn die Entscheidung erging zu § 611 a BGB, der gerade materielle und immaterielle Schadenspositionen in einer Anspruchsgrundlage zusammen führte¹⁶³. Daraus ist der Schluss zu ziehen, dass die verschuldensunabhängige Ausgestaltung des materiellen Schadensersatzes gerade nicht ausreicht, vielmehr auch die verschuldensunabhängige Haftung für den Schadensersatz wegen Verletzung immaterieller Rechtsgüter einzuführen ist.

Auch die vom Autor angeführte Entscheidung des EuGH in der Sache *Kommission gegen Griechenland*¹⁶⁴ kann keine andere Wirkung erzeugen. Aus der zitierten Entscheidung kann die Vorgabe an die Mitgliedsstaaten entnommen werden, dass in dem Falle, in dem diesen die Wahl einer Sanktion verbleibt, darauf zu achten haben, dass Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht nach ähnlichen sachlichen und verfahrensrechtlichen Regeln geahndet werden, wie nach Art und Schwere gleichartige Verstöße gegen nationales Recht. Dabei betont der EuGH jedoch, dass die Sanktion wirksam abschreckend und verhältnismäßig sein muss.¹⁶⁵

Hierzu ist anzuführen, dass es dem EuGH bei dieser Forderung um die Sicherstellung der Durchsetzbarkeit des europäischen Rechts ging. Der Aussage des EuGH ist nicht der Bedeutungsgehalt beizumessen, dass der EuGH von den Mitgliedsstaaten einfordert, einen Schadensersatzanspruch einzuführen, der sich nahtlos in die nationale Rechtsordnung einfügt. Die Aussage des EuGH ist Ausdruck des Effektivitätsgebots aus Art.10 EGV und schränkt lediglich das Ermessen der Mitgliedsstaaten bei der Umsetzung der Richtlinie ein¹⁶⁶. Dieses Umsetzungserfordernis kann einzig als Mindestanforderung an den nationalen Umsetzungsakt verstanden werden und

¹⁶³ EuGH 22.04.1997, C-180/95, *Draehmpael/Urania Immobilienservice OHG*, Slg 1997 I-2195 AP Nr.13 § 611a BGB (*Schlachter*).

¹⁶⁴ EuGH 21.09.1989, Rs 68/88, *Kommission/Griechenland*, Slg 1996, I-2965.

¹⁶⁵ EuGH 21.09.1989, Rs 68/88, *Kommission/Griechenland*, Slg 1996, I-2965.

¹⁶⁶ *Schroeder in Streinz* EUV/EGV Art.249 Rn.100.

stellt sich in der vorliegenden Beurteilung als unerheblich dar, da der Umsetzungsauftrag durch die Rechtssprechung des EuGH bereits hinreichend konkretisiert wurde.

Dennoch bleibt der Befund bestehen, dass mit der Ausgestaltung des immateriellen Schadensersatzes in der Form des GIBG ein Systembruch im Raum steht, der zwar verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist, der aber gleichwohl im zivilrechtlichen Haftungsrecht erhebliche Wertungswidersprüche erzeugt. Ein generelles Absehen von Zurechnungsgründen, wie der Schwere des Eingriffs oder das Verschulden, führt doch in einer vergleichenden Betrachtung mit den übrigen Ersatzansprüchen zu Widersprüchen im Haftungsrecht, die letztendlich auf die europäischen Vorgaben zurückzuführen sind.

Dritter Teil

Der materielle Schadensersatzanspruch

A. Die Haftungsbegründung

I. Die Haftungsbegründung nach § 15 AGG,

Die vergleichende Gegenüberstellung zwingt zunächst, die tatbestandlichen Voraussetzungen der Haftungsnormen gegenüberzustellen.

1. Der Pflichtenkreis des Arbeitgebers nach dem AGG

Die Auseinandersetzung mit dem Verschuldensmaßstab des § 15 AGG setzt zwingend voraus, den Pflichtenkreis an dessen Verletzung der Schadensersatzanspruch anknüpft, herauszuarbeiten. Nach § 15 Abs.1 S.1 AGG ist der Arbeitgeber bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen.

Das Benachteiligungsverbot findet seine Grundlage in § 7 Abs.1 AGG. Nach § 7 Abs.1 AGG dürfen Beschäftigte nicht wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt werden; dies gilt auch, wenn die Person, die die

Benachteiligung begeht, das Vorliegen eines in § 1 AGG genannten Grundes bei der Benachteiligung nur annimmt. § 1 AGG wiederum nennt als Ziel des Gesetzes, die Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen. Die verschiedenen Formen der Benachteiligung sind in § 3 AGG legaldefiniert. Die Vorschrift setzt Artikel 2 Abs.2 bis 4 der Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG und 76/207/EWG und Artikel 2 Buchstabe a bis d der Richtlinie 2004/113/EG um¹⁶⁷ und nennt als Formen der Diskriminierung die unmittelbare sowie die mittelbare Benachteiligung sowie Belästigung und sexuelle Belästigung und schließlich die Anweisung zur Diskriminierung.

§ 6 AGG definiert vorgreifend das Merkmal „Beschäftigte“ und regelt dabei den personellen und sachlichen Anwendungsbereich des AGG im Beschäftigungsverhältnis. Dabei stellt § 6 Abs.1 S.2 AGG fest, dass nicht nur Arbeitnehmer, zur Berufsbildung Beschäftigte und arbeitnehmerähnliche Personen erfasst werden, sondern sich die Regelungskraft auch auf Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis sowie Personen, deren Beschäftigungsverhältnis bereits beendet ist, erstreckt.

Damit wird der Diskriminierungsschutz um die Phase der Vertragsanbahnung und die Zeit der Abwicklung des Vertrages erweitert¹⁶⁸.

Neben diesem Pflichtenkreis, der die Pflicht des Arbeitgebers umfasst, sich jeder Benachteiligung in den oben genannten Formen zu enthalten, tritt der Pflichtenkreis aus § 12 AGG. Nach § 12 Abs.1 S.1 AGG ist der Arbeitgeber verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zu treffen. Nach S.2 umfasst der Schutz auch vorbeugende Maßnahmen. Diese Pflicht kann der Arbeitgeber erfüllen, wenn er seine Beschäftigten in geeigneter Weise zum Zwecke der Verhinderung vor Benachteiligung geschult hat, § 12 Abs.3 S.2 AGG.

2. Die Pflichten aus § 12 AGG

Umstritten ist dabei, ob die Verletzung der vertraglichen Pflichten nach § 12 AGG einen Schadensersatz nach § 15 AGG begründet.

¹⁶⁷ BT-Drucksache 16/1780 S.32.

¹⁶⁸ *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2007), S.54.

Eine Haftung des Arbeitgebers für Benachteiligungen durch Beschäftigte, die weder in Erfüllung einer Verbindlichkeit des Arbeitgebers noch in Ausführung einer Verrichtung begangen werden, könnte einzig im Pflichtenkreis des §12 AGG entstehen. Nach § 12 Abs.1 AGG ist der Arbeitgeber verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zu treffen. Die Organisationspflicht rührt aus den allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen, nach denen der Arbeitgeber gewährleisten muss, dass verbindliche öffentlich rechtliche Schutzbestimmungen eingehalten werden¹⁶⁹.

Nach § 12 Abs.2 S.2 AGG gilt die Pflicht als erfüllt, wenn der Arbeitgeber seine Beschäftigten in geeigneter Weise zum Zwecke der Verhinderung von Benachteiligung geschult hat.

Hinzu treten die Pflichten aus § 12 Abs.3 und Abs.4 AGG. Demnach hat der Arbeitgeber im Falle des Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot seitens Dritter zu haften, wenn er nicht die im geeigneten Fall erforderlichen Maßnahmen zum Schutz der Beschäftigten ergreift. Neben die Präventionspflicht stellt das Gesetz die Reaktionspflicht. Einer Auffassung zufolge, soll die unzureichende Schulung der Mitarbeiter in der in § 12 Abs.2 AGG vorgeschriebenen Weise eine Haftung nach § 12 Abs.1, 15 AGG begründen¹⁷⁰.

Nach der Intention des Gesetzgebers¹⁷¹ ist es Erfolg versprechender den Eintritt der Benachteiligung durch präventive Maßnahmen zu verhindern, als erst nach deren Eintritt den Benachteiligten auf Ausgleichsansprüche zu verweisen. Die beiden vertraglichen Pflichten, sich jeder Benachteiligung durch aktives Tun zu enthalten und durch präventive Maßnahmen und angemessene Reaktionen auf Benachteiligungen durch Dritte zu reagieren stehen zwar gleichbedeutend nebeneinander; der Gesetzgeber verfolgt somit eine doppelte Zielsetzung.

Dem treten jedoch einige Stimmen in der Literatur entgegen, nach denen die Pflichtverletzung aus § 12 Abs.1 AGG lediglich einen Schadensersatzanspruch

¹⁶⁹ *Buschmann* in *Däubler/Bertzbach*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz § 12 Rn.8.

¹⁷⁰ *Bauer/Göpfert/Krieger*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, § 12 Rn.1.; *Buschmann* in *Däubler/Bertzbach*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz § 12 Rn.17.

¹⁷¹ vgl. BT-Drucksache 16/1780 S.37.

nach § 280 Abs.1 BGB wegen der Verletzung einer vertraglichen Schutzpflicht begründen kann¹⁷², nicht jedoch eine weiterreichende Haftung nach § 15 AGG. Dabei erscheint die letztgenannte Ansicht als vorzugswürdig. Dem Wortlaut zufolge erfasst § 15 AGG den Schadensersatz und die Entschädigung wegen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot und nimmt damit Bezug auf § 7 Abs.1 AGG, nach dem Beschäftigte nicht wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt werden dürfen. Aus dem Wortlaut der Vorschriften kann demzufolge nicht abgeleitet werden, dass auch der Verstoß gegen den Pflichtenkreis aus § 12 Abs.1 AGG die Sanktion des § 15 AGG nach sich zieht. Auch die Systematik des Gesetzes kann eine andere Auffassung nicht stützen. § 12 AGG regelt einen Pflichtenkreis des Arbeitgebers, der neben die Pflicht, sich jeder Benachteiligung zu enthalten tritt. Der Arbeitgeber wird sowohl aus § 12 AGG verpflichtet, präventiv tätig zu werden, als auch im Falle der Benachteiligung durch Dritte dem § 12 Abs.3 entsprechende Maßnahmen zu ergreifen. § 15 Abs.6 AGG bezieht den Regelungsbereich der Vorschrift aber nur auf die Benachteiligung durch den Arbeitgeber und stellt klar, dass der Weg der Naturalrestitution nicht gangbar ist. Insoweit erfasst die Vorschrift in ihrer klarstellenden Funktion nur die Benachteiligung in Form des § 7 Abs.1 AGG.

Ferner ist jedoch fraglich, ob eine richtlinienkonforme Auslegung des AGG einen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch bei unzureichender Vorbeugung seitens des Arbeitgebers einfordert.

Die Gleichbehandlung stellt einen fundamentalen Grundsatz der Gemeinschaft¹⁷³ und darüber hinaus ein allgemeines Menschenrecht dar¹⁷⁴, dessen Verwirklichung Ziel der Richtlinie 2002/73/EG ist. Aus Art.2 EGV folgt, dass die Gleichstellung von Männern und Frauen Ziel der Gemeinschaft ist. In dem Gebot der Herstellung der Gleichbehandlung liegt ferner der Auftrag begründet, Arbeitnehmer umfassend vor Diskriminierung zu schützen¹⁷⁵.

¹⁷² *Thüsing* in Münchener Kommentar zum BGB I/2⁵, § 12 AGG Rn.12; *Willemsen/Schweibert* Der Schutz der Beschäftigten im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, NJW 2006, 2583 (2590).

¹⁷³ EuGH 10.04.1984, C-14/83 v.*Colson u Kamann* Slg 1984, 1981, Schlussantrag des Generalanwalts Simone Rozes vom 31.01.1984, EAS, RL 76/207/EWG, Art.6 Nr.1.

¹⁷⁴ Erwägungsgrund Nr.2 RL 2002/73/EG.

¹⁷⁵ EuGH 10.04.1984, C-14/83 v.*Colson u Kamann* Slg 1984, 1981, Schlussantrag des Generalanwalts Simone Rozes vom 31.01.1984, EAS, RL 76/207/EWG, Art.6 Nr.1.

Diesem Ziel wird Art.2 Abs.5 zu der Richtlinie 2002/73/EG¹⁷⁶ gerecht. Demnach sollen die Arbeitgeber ersucht werden, Maßnahmen zu ergreifen, um im Einklang mit den innerstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten gegen alle Formen der sexuellen Diskriminierung vorzugehen und insbesondere präventive Maßnahmen zur Bekämpfung der Belästigung und der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz zu treffen.

Weiterhin gilt, dass die Richtlinie hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich ist. Damit definiert die Richtlinie den Rechtszustand, der herzustellen ist¹⁷⁷.

Mit dem geforderten Ersuchen an die Arbeitgeber zur Prävention ist jedoch keine Pflicht an den nationalen Gesetzgeber verknüpft, das Unterlassen der Prävention mit einer abschreckenden Sanktion zu belegen. Vielmehr sollen die Arbeitgeber lediglich ersucht werden. Eine wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktion soll aber nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers nur dort installiert werden, wo die Richtlinie auch Sanktionen vorsieht.

3. Das Benachteiligungsverbot

§ 15 Abs.1 AGG verweist der Gesetzesbegründung zu Folge in das allgemeine Leistungsstörungenrecht. Mit dem Verweis auf das Leistungsstörungenrecht trifft der Gesetzgeber noch keine Aussage über den Charakter der Pflicht zu diskriminierungsfreiem Verhalten. § 280 BGB bildet die zentrale Anspruchsgrundlage für den Schadensersatz wegen Pflichtverletzung, gilt damit gleichermaßen für die Verletzung von Hauptleistungs-, Nebenleistungs- und Schutzpflichten im Sinne von § 241 Abs.2 BGB¹⁷⁸.

§ 280 Schadensersatz wegen Pflichtverletzung

(1) Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

¹⁷⁶ Erwägungsgründe Nr.9 RL 2002/73/EG.

¹⁷⁷ *Nettesheim* in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union 34.EL (2008) Art.249 EGV Rn.133.

¹⁷⁸ *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht (2002) Rn.161.

(2) Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung kann der Gläubiger nur unter der zusätzlichen Voraussetzung des § 286 verlangen.

(3) Schadensersatz statt der Leistung kann der Gläubiger nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 281, des § 282 oder des § 283 verlangen.

Die eindeutige Zuordnung der Pflicht, den Arbeitnehmer nicht zu benachteiligen, ist für die vorliegende Betrachtung jedoch zwingend. Der Gesetzgeber hat das Recht der Leistungsstörungen einer Anspruchskonkurrenz unterworfen, deren entscheidende Weichenstellung in der Art der Störung begründet ist. Dies verdeutlichen die Absätze 2 und 3 des § 280 BGB; die nach der Art der Störung des Schuldverhältnisses die zusätzlichen tatbestandlichen Voraussetzungen der §§ 281 – 286 BGB einfordert.¹⁷⁹ Daneben sieht der Gesetzgeber § 280 Abs.1 BGB als eine eigenständige, abgeschlossene Anspruchsgrundlage, soweit die Verletzung der Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Gläubigers, § 241 Abs.2 BGB sanktioniert werden soll.¹⁸⁰

Die Pflicht, den Arbeitnehmer nicht zu benachteiligen, kann an dieser Stelle im arbeitsvertraglichen Pflichtenkreis als Nebenpflicht eingeordnet werden¹⁸¹. Der Arbeitsvertrag sieht gemäß § 611 BGB den Austausch von Leistung gegen Vergütung als vertragliche Hauptleistungspflichten vor. Neben die Hauptleistungspflicht treten die, in §§ 241 II, 242 BGB kodifizierten Nebenpflichten, die sich einerseits als Vertragsförderungspflichten, andererseits als Schutzpflichten zur Wahrung der Rechtsgüter des Vertragspartners darstellen.

Nach dem Wortlaut des im Zuge der Schuldrechtsreform neu geschaffenen § 241 Abs.2 BGB kann das Schuldverhältnis „nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten“.

§ 241 Pflichten aus dem Schuldverhältnis

(1) Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.

¹⁷⁹ Dauner-Lieb in Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, Das Neue Schuldrecht (2002), § 2 D I Nr.3.

¹⁸⁰ Ernst in Münchener Kommentar zum BGB II⁵ (2007) § 280 BGB Rn.89.

¹⁸¹ Schlachter in Erfurter Kommentar⁸ § 7 AGG Rn.7.

(2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.

Mit der Neuschaffung des § 241 Abs.2 BGB hat der Gesetzgeber für die, jedem Schuldverhältnis charakteristischen Schutzpflichten, eine gesetzliche Grundlage geschaffen und verdeutlicht, dass die Schutzpflichten über die reinen Verkehrssicherungspflichten des allgemeinen Deliktsrechts hinausgreifen. Die charakteristischen Schutzpflichten im Arbeitsverhältnis folgen aus dem spezifischen Schutzcharakter des Arbeitsrechts, der wiederum aus der Unterwerfung des Arbeitnehmers unter die Organisationsgewalt des Arbeitgebers resultiert¹⁸². Durch die Eingliederung in diesen Organisationsbereich erwächst die Pflicht des Arbeitgebers, vor allem Leib, Leben, Gesundheit, Persönlichkeit und Vermögen des Arbeitnehmers zu schützen¹⁸³. In der Entscheidung vom 14.03.1989¹⁸⁴ kommt das BAG zu dem Schluss, dass jede Benachteiligung des Stellenbewerbers wegen des Geschlechts regelmäßig eine erhebliche Persönlichkeitsverletzung darstellt und erhebt damit den Persönlichkeitsschutz zur vertraglichen Schutzpflicht des Arbeitgebers.

4. Das Vertretenmüssen des Arbeitgebers

Das Benachteiligungsverbot verpflichtet in erster Linie den Arbeitgeber, sich jeder Benachteiligung zu enthalten. § 15 AGG setzt Artikel 15 der Richtlinie 2000/43/EG, Artikel 17 der Richtlinie 2000/78/EG und Artikel 6 und 8d der Richtlinie 76/207/EWG um. Die Regelung sieht als zentrale Rechtsfolge einer Verletzung des Benachteiligungsverbots einen Anspruch auf Schadensersatz und Entschädigung des Betroffenen vor¹⁸⁵. Der Gesetzgeber stellt dabei klar, dass Schadensersatz den Ersatz materieller Schäden meint, während die Entschädigung für immaterielle Schäden gewährt wird.¹⁸⁶

¹⁸² *Kramer* in Münchener Kommentar zum BGB II⁵ Einl. § 241 Rn.107.

¹⁸³ *Boemke* in *Dieterich/Neef/Schwab*, AR-Blattei, 115.Lfg. (2003) SD 1225 Rn.3; Wiese ZfA 1971, 273 (316).

¹⁸⁴ BAG 8 AZR 447/87 NZA 1990, 21.

¹⁸⁵ BT-Drucksache 16/1780 S.38.

¹⁸⁶ BT-Drucksache 16/1780 S.38.

Dem Wortlaut nach ist § 15 Abs.1 S.1 AGG neutral formuliert und führt den Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot als den Haftungstatbestand an.

Dem Wortlaut zufolge kommt es zunächst nicht darauf an, wer gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen hat, d.h. ob der Arbeitgeber selbst eine verbotene Benachteiligung begangen hat oder ob die verbotene Benachteiligung durch einen – betriebsangehörigen oder betriebsfremden – Dritten begangen wurde. Der Wortlaut der Vorschrift stellt neutral auf den Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot ab¹⁸⁷.

Eingeschränkt wird der Haftungstatbestand jedoch durch die Begrenzung des § 15 Abs.1 S.2 AGG. Demnach tritt die Pflicht zum Schadensersatz nicht ein, wenn der Arbeitgeber die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

Der Anspruch auf Schadensersatz nach § 15 Abs.1 AGG ist auf den materiellen Schadensersatz ausgerichtet. Er übernimmt die Formulierung von § 280 Abs.1 Satz 1 und 2 BGB¹⁸⁸. Damit wird klargestellt, dass der materielle Schadensersatz – anders als die Entschädigung – nur entsteht, wenn der Arbeitgeber die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Damit legt § 15 Abs.1 S.1 und S.2 AGG dem Schadensersatz wegen Benachteiligung die Regelungssystematik des § 280 Abs.1 BGB zugrunde.

§ 280 BGB legt als Grundsatz für die Schadenshaftung im Schuldverhältnis fest, dass schlechthin jede schuldhaft Forderungsverletzung den Schuldner schadensersatzpflichtig macht. Das Gesetz nennt den zum Schadensersatz verpflichtenden Tatbestand die „Pflichtverletzung“¹⁸⁹. Damit wird die Pflichtverletzung als Zentralbegriff des Leistungsstörungenrechts¹⁹⁰ übernommen. Eine Pflichtverletzung liegt demnach vor, wenn der Schuldner objektiv hinter seinem durch das Schuldverhältnis übernommenen Pflichtenprogramm zurückbleibt. In § 15 Abs.1 S.1 AGG ist das Pflichtenprogramm des Arbeitgebers konkret benannt. Der Arbeitgeber hat sich jeder Benachteiligung gegenüber den Arbeitnehmern zu enthalten.

¹⁸⁷ *Bauer/ Göpfert/ Krieger*, Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz², § 15 Rn.14.

¹⁸⁸ BT-Drucksache 16/1780 S.38.

¹⁸⁹ *Ernst* in Münchener Kommentar zum BGB II⁵, § 280 BGB Rz.6.

¹⁹⁰ *Otto* in Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2004) § 280 Rn. C1.

Nach § 15 Abs.1 S.2 AGG entfällt die Verpflichtung zum Schadensersatz, wenn der Arbeitgeber die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Dies korrespondiert wiederum mit der Regelung des § 280 Abs.1 S.2 BGB. Durch das Erfordernis des Zuvertretenhabens wird die eingetretene Pflichtverletzung dem Schuldner zugerechnet¹⁹¹. Das Vertretenmüssen der Pflichtverletzung bestimmt sich im allgemeinen Leistungsstörungenrecht in erster Linie nach den Zurechnungsnormen §§ 276 – 278 BGB. Aus der Gesetzesbegründung zum § 15 AGG geht hervor, dass die Regelungssystematik des allgemeinen Leistungsstörungenrechts ebenfalls auf den materiellen Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs.1 AGG Anwendung finden soll, demnach die Zurechnungsnormen der §§ 276 – 278 BGB Geltung finden¹⁹².

§ 276 BGB legt die Verantwortlichkeit des Schuldners für Pflichtverletzungen fest. Nach Abs.1 S.1 hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt, noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos, zu entnehmen ist. Dabei kann der Vorsatz als das Wissen und Wollen des rechtswidrigen Erfolges verstanden werden¹⁹³. Anders als für den Vorsatz definiert das Gesetz die Fahrlässigkeit selbst, als das Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, § 276 Abs.2 BGB. Das Gesetz legt somit den objektiven Fahrlässigkeitsbegriff zugrunde. Demzufolge kann der Arbeitgeber zunächst als Haftender in Anspruch genommen werden, wenn er selbst benachteiligt.

5. Die Zurechnung des Verhaltens Dritter

Weiterhin zugerechnet wird der juristischen Person gemäß § 31 BGB das Verhalten ihrer verfassungsmäßigen Vertreter. Neben der Zurechnung des Verhaltens des Organs begründet die Lehre vom Organisationsmangel ebenfalls die Zurechnung der Handlung eines Verrichtungsgehilfen, der ein Aufgabengebiet verwaltet, das grundsätzlich mit einem verfassungsmäßig berufenen Vertreter besetzt sein muss.

Das zivilrechtliche Zurechnungssystem sieht in § 278 BGB einen weiteren Zurechnungstatbestand vor, der die Verantwortlichkeit des Schuldners derart

¹⁹¹ *Ernst* in Münchener Kommentar zum BGB II⁵, § 280, Rn. 20.

¹⁹² BT-Drucksache 16/1780 S.38.

¹⁹³ *Heinrichs* in *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch⁶⁷ (2008) § 276 Rn. 10

erweitert, dass dieser ein Verschulden des Erfüllungsgehilfen wie eigenes Verschulden zu vertreten hat¹⁹⁴. Als Tatbestandsvoraussetzungen sieht § 278 BGB das Bestehen einer Sonderrechtsbeziehung vor. § 7 Abs.3 AGG hebt hervor, dass die Benachteiligung durch den Arbeitgeber oder Beschäftigte eine Verletzung der vertraglichen Pflichten ist, verdeutlicht somit nochmals das Bestehen der Sonderrechtsbeziehung. Im Rahmen dieser Sonderrechtsbeziehung entfaltet § 278 BGB nicht nur seine Wirkung allein in Bezug auf Haupt- und Nebenleistungspflichten, sondern auch auf die Verhaltenspflichten¹⁹⁵, mithin auch die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers zum Schutz vor Diskriminierung.

Die Zurechnung nach § 278 BGB setzt weiterhin voraus, dass im Rahmen der Sonderrechtsbeziehung, die dem Arbeitgeber obliegenden Führungs- und Organisationsverpflichtungen gegenüber dem Arbeitnehmer auf andere Beschäftigte delegiert werden. Erfasst wird folglich die Benachteiligung durch Beschäftigte, die dem Arbeitnehmer gegenüber weisungsbefugt sind.

Nicht erfasst sind nach *Thüsing*¹⁹⁶ jedoch Benachteiligungen, die der weisungsbefugte Beschäftigte lediglich bei Gelegenheit der Vertragserfüllung, nicht im sachlichen Zusammenhang mit dem Aufgabenkreis begeht. Folglich muss, wie *Thüsing*¹⁹⁸ weiter feststellt, bei der Belästigung und der sexuellen Belästigung, der belästigende Kollege in Ausübung seiner Befugnisse als Erfüllungsgehilfe im Hinblick auf die Pflichten des Arbeitgebers gegenüber dem Belästigten handeln.

Dieser Ansatz verdient indes keine Zustimmung. *Thüsing* steckt den Rahmen der Zurechnung zu eng. Zu fordern ist lediglich, dass die Handlung des Erfüllungsgehilfen im allgemeinen Umkreis des Aufgabenbereichs begangen wird zu dessen Wahrnehmung ihn der Schuldner bestellt hat²⁰⁰.

¹⁹⁴ *Löwisch* in Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2004) § 278 Rn.2.

¹⁹⁵ *Heinrichs* in *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch⁶⁷ § 278 Rn. 18.

¹⁹⁶ *Thüsing* in Münchener Kommentar zum BGB I/2⁵ § 15 AGG Rn.25.

¹⁹⁸ *Thüsing* in Münchener Kommentar zum BGB I/2⁵ § 15 AGG Rn.25.

²⁰⁰ *Heinrichs* in *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch⁶⁷ § 278 Rn. 20.

Hingegen nicht erfasst ist ferner die Benachteiligung, die durch den Beschäftigten begangen wird, der nicht weisungsbefugt ist. Insoweit bleibt die Haftung des Arbeitgebers nach § 831 BGB für Auswahl- und Überwachungsverschulden, die jedoch voraussetzt, dass die Benachteiligung in Ausführung der Verrichtung geschieht.

§ 831 Haftung für den Verrichtungsgehilfen

(1) Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.

(2) Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher für den Geschäftsherrn die Besorgung eines der im Absatz 1 Satz 2 bezeichneten Geschäfte durch Vertrag übernimmt.

Einschränkend muss hierbei die Möglichkeit der Exkulpation nach § 831 Abs.1 S.2 BGBG berücksichtigt werden, die es dem Arbeitgeber erlaubt, den Entlastungsbeweis zu führen.

Eine Zurechnung findet ferner im vorvertraglichen Bereich statt. In seiner Entscheidung vom 05.02.2004 kam das BAG zu § 611a BGB zu dem Schluss, dass den Arbeitgeber auch bei der Vergabe einer Stellenausschreibung an Dritte eine Sorgfaltspflicht trifft, die Ordnungsmäßigkeit der Ausschreibung zu überwachen.²⁰¹ Des Weiteren betont das BAG, dass jeder objektive Verstoß des Arbeitgebers gegen das Diskriminierungsverbot sanktioniert ist. Hieraus zieht Pfeiffer²⁰² den Schluss, dass der Arbeitgeber für jede unzulässige Benachteiligung ein zustehen hat, sofern er als der Urheber oder Verursacher einzustufen ist. Anzumerken ist an dieser Stelle, dass diese Entscheidung ihre Gültigkeit nach der Schaffung des § 15 AGG behält, § 15 AGG soll den Schutz vor Diskriminierung erweitern, nicht jedoch beschränken.

²⁰¹ BAG 8 AZR 112/03. NZA 2004, 540 (544).

²⁰² Pfeiffer in Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften⁸ (2007) AGG Rn.148.

II. Die Haftungsbegründung nach dem GIBG

Nach den oben getroffenen Feststellungen zu den anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmalen des Schadensersatzes nach dem AGG, muss die Untersuchung auf die Bestimmung der tatbestandlichen Grundlagen des GIBG erstreckt werden.

1. Die Bestimmung des Pflichtenkreises nach dem GIBG

Die Schadensersatzansprüche nach GIBG knüpfen neutral an den Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot aus den §§ 3 und 18 GIBG in der jeweiligen Situation an und verpflichten den Arbeitgeber zum Schadensersatz gegenüber der diskriminierten Person.

Aus §§ 3 GIBG folgt das Verbot, sowohl bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses als auch bei der Festsetzung des Entgelts, der Gewährung sonstiger freiwilliger Sozialleistungen, bei Maßnahmen der Aus- und Weiterbildung auf betrieblicher Ebene, beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderung, bei sonstigen Arbeitsbedingungen und bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses niemanden aufgrund des Geschlechts zu diskriminieren. Spiegelbildlich ausgebildet wurde § 18 GIBG für Diskriminierung aufgrund ethnischer Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung.

Aus dem Wortlaut der Vorschrift kann zunächst nicht entnommen werden, wessen diskriminierendes Handeln die Schadensersatzpflicht nach §§ 12, 26 GIBG auslöst.

2. Das Diskriminierungsverbot

Grundlegend knüpft die Sanktionspflicht zunächst an jedes diskriminierende Verhalten des Arbeitgebers an. Die Pflicht des Arbeitgebers, sich jeder Diskriminierung des Arbeitnehmers zu enthalten folgt, wie auch in der deutschen Rechtsordnung, aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot, das wiederum seine Grundlage in der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers

findet.²⁰³ Das arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgebot, das gewohnheitsrechtlich Anerkennung gefunden hat und unter anderem aus § 1157 ABGB, § 16 ABGB und § 879 ABGB abzuleiten ist, findet nunmehr seine Konkretisierung im GIBG. Demzufolge stellt sich die Diskriminierung als Verletzung der in § 1157 ABGB und § 18 AngG verankerten allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und damit, gleichsam dem deutschen AGG, als eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflicht dar.

Einordnen lässt sich die Diskriminierung als vertragliche Nebenpflichtverletzung. Neben die synallagmatischen Pflichten der Dienstleistung und der Entlohnung tritt die Pflicht des Dienstherrn, auf die Rechtsgüter des Dienstnehmers Rücksicht zu nehmen. § 1157 ABGB bestimmt, dass der Dienstgeber die Dienstleistung so zu regeln und bezüglich der von ihm beizustellen oder beigestellten Räume und Gerätschaften auf seine Kosten dafür zu sorgen hat, dass Leben und Gesundheit des Dienstnehmers, soweit es nach der Natur der Dienstleistung möglich ist, geschützt werden.

Seinem Wesen nach beansprucht das Diskriminierungsverbot in der Folge Geltung, unabhängig davon, ob es sich um ein Rechtsgeschäft oder eine Weisung des Arbeitgebers handelt.

Darüber hinaus entfaltet das Gleichbehandlungsgebot seine Schutzwirkung bereits im vorvertraglichen Bereich. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll das GIBG auch die Diskriminierung bei Begründung des Arbeitsverhältnisses sanktionieren, §§ 3,17 und §9 GIBG, mithin seine Wirkung im vorvertraglichen Bereich entfalten. *Kletečka*²⁰⁴ stimmt der Erstreckung unter Berufung auf die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 02.05.04.²⁰⁵ auch für die Haftung im vorvertraglichen Bereich zu.

Damit ist festzustellen, dass in erster Linie der Arbeitgeber aus dem GIBG verpflichtet wird, sich jeder Diskriminierung zu enthalten.

3. Die Haftung des Arbeitgebers für Dritte

§ 5 Abs.3 GIBG bestimmt ferner: „Eine Diskriminierung liegt auch bei einer Anweisung einer Person zur Diskriminierung vor.“ Damit greift der Gesetzgeber den Umsetzungsauftrag aus den Richtlinien auf, demzufolge auch

²⁰³ *Fuchs/Marhold*, Österreichisches Arbeitsrecht (2006) 223.

²⁰⁴ *Kletečka in Rebhahn*, GIBG § 12 Rz.14.

²⁰⁵ BAG 8 AZR 112/03 NZA 2004/540.

die Anweisung zur Diskriminierung zu sanktionieren ist.²⁰⁶ Dem Wortlaut der Vorschrift zu Folge fällt insoweit auch die Anweisung des Arbeitgebers unter den Schutzzweck des GIBG. Die entspricht dem Gedanken des § 3 Abs.5 AGG und findet seine Grundlage in der Formulierung aus den Richtlinien, wonach eine Anweisung zur Diskriminierung einer Person als Diskriminierung zu gelten habe. Würde die Haftung aber auf diesen Tatbestand beschränkt liefe die Vorschrift weitestgehend leer. Der Arbeitgeber hätte lediglich eigenes Verhalten und die Anweisung zur Diskriminierung zu vertreten.

Über den Tatbestand der Anweisung zur Diskriminierung hinaus, hat der Arbeitgeber nach einhelliger Auffassung in der Literatur²⁰⁷ aber auch die Diskriminierung durch seine Vertreter zu verantworten. *Kletečka* sieht den Zurechnungszusammenhang auch in der sinngemäßen Anwendung des § 1313a ABGB gegeben, dessen Anwendungsbereich durch die Einordnung der Diskriminierung als Verletzung der arbeitsvertraglichen Nebenpflichten eröffnet ist. Auf der Grundlage des § 1313a ABGB muss sich der Arbeitgeber das Handeln seiner Gehilfen, deren er sich zu Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, zurechnen lassen. § 1313a ABGB trägt, wie § 278 BGB, dem Gedanken Rechnung, dass Derjenige, der Dritte zu seinem Vorteil einsetzt, auch deren Fehlverhalten vertreten muss²⁰⁸. Ihren Anwendungsbereich entfaltet die Vorschrift nicht nur bei vertraglichen Hauptleistungspflichten, sondern umfasst auch die vertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten²⁰⁹.

*Rebhahn*²¹⁰ sieht den Zurechnungszusammenhang unter Berufung auf die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 02.05.04²¹¹ in jeglichem Handeln eines Dritten, den der Arbeitgeber eingesetzt hat, selbst wenn ihn keinerlei Vorwurf bezüglich der Auswahl oder Überwachung trifft. Hierbei betont der Autor, dass der Zurechnungszusammenhang sich auf das gesamte Interessenverfolgungsprogramm des Arbeitgebers erstreckt.

²⁰⁶ vgl. Art.4 Abs.4 RL 2004/113/EG, Art.2 Abs.4 RL 2000/78/EG.

²⁰⁷ *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG §3 Rn.13.

²⁰⁸ *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts 206.

²⁰⁹ *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts 205.

²¹⁰ *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG §3 Rn.13.

²¹¹ BAG 8 AZR 112/03 NZA 2004/540.

4. Die Pflicht zu Prävention

Das GIBG knüpft seinen Sanktionskatalog nicht an das Unterlassen von Präventionsmaßnahmen und fordert von Seiten des Arbeitgebers keine Maßnahmen zum Schutz vor Diskriminierung. Dies fordern die Richtlinien, wie bereits oben ausgeführt, auch nicht ein²¹².

Dennoch obliegt auch hier dem Arbeitgeber die Organisationspflicht, zu gewährleisten, dass alle Bestimmungen zum Schutz der Beschäftigten eingehalten werden.

Ein Schadensersatzanspruch gegen den Arbeitgeber bei unterlassener Reaktion auf Diskriminierungen von Seiten Dritter hat der österreichische Gesetzgeber in §§ 12 Ziff.11 und 26 Ziff..11 GIBG für die Fälle der sexuellen Belästigung und der Belästigung installiert. Dies jedoch nur insoweit, als dass der Arbeitgeber diskriminiert, indem er es schuldhaft unterlässt, im Falle einer Belästigung durch Dritte eine auf Grund gesetzlicher Bestimmungen, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder des Arbeitsvertrages angemessene Abhilfe zu schaffen. Eine Zurechnung von Gehilfen und Vertretern kommt an nach § 1313a ABGB nicht in Betracht, da einerseits der Belästiger selbst haftet und andererseits das Gesetz ausdrücklich anordnet, dass der Arbeitgeber nur im Falle der unterlassenen Abhilfe in Anspruch genommen werden kann²¹³.

5. Zusammenfassung

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass Unterschiede bei der Haftungsbegründung in beiden Vorschriften zunächst beim Tatbestandsmerkmal des Verschuldens auszumachen sind. Während die Haftung nach dem GIBG kein Verschulden des Arbeitgebers voraussetzt, verlangt § 15 Abs.1 AGG europarechtswidrig nach diesem. Dahingegen treten bei der Frage des Zurechnungszusammenhangs keine Unterschiede auf. Der Zurechnungszusammenhang wird unter Berufung auf die Vorgaben aus den Richtlinien auch in den vorvertraglichen Bereich erstreckt und erschöpft sich nicht nur in der Zurechnung des Verhaltens eigener Mitarbeiter, vielmehr wird auch das Verhalten außen stehender Personalvermittler zugerechnet. Allerdings finden nach beiden Vorschriften die besonderen schadensersatzrechtlichen

²¹² Vgl. oben Dritter Teil, A I 2.

²¹³ *Kletečka in Rebhahn*, GIBG § 12 Rz.15.

Vorschriften keine Anwendung auf das Unterlassen präventiver Maßnahmen. Ein unterschiedlicher Zurechnungszusammenhang besteht letztendlich allerdings bei der Belästigung bzw. sexuellen Belästigung. Dem Arbeitgeber kann im Falle von Belästigung bzw. sexueller Belästigung auf österreichischer Seite nur in Anspruch genommen, wenn er die gebotenen Abhilfemaßnahmen nach §§ 6 Abs.1 Z 2, 7 Abs.1 Z 2 und 21 Abs.1 Z 2 GIBG nicht trifft.

B. Die Haftungsausfüllung

Von besonderem Interesse ist die Frage der Haftungsausfüllung im Zusammenhang mit dem Zugang zur Beschäftigung. Beide Gesetze ordnen in der Rechtsfolge Schadensersatz für den Fall an, dass der Stellenbewerber im Rahmen des Bewerbungsverfahrens diskriminiert wird. Dabei differenzieren beide Gesetze zwischen dem bestgeeigneten Bewerber, der bei diskriminierungsfreier Auswahl die Stelle erhalten hätte, und dem Bewerber, der die Stelle, wäre auch das Bewerbungsverfahren diskriminierungsfrei vollzogen worden, mangels Eignung niemals erhalten hätte.

Der deutsche Gesetzgeber hat die Rechtsfolge – den Schadensersatzanspruch – nur für den letztgenannten Bewerber beschränkt, § 15 Abs.2 S.2 AGG. Demnach darf die Entschädigung bei einer Nichteinstellung drei Monatsgehälter nicht übersteigen, wenn der Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. Eine Aussage über eine summenmäßige Begrenzung des Schadensersatzanspruchs des bestgeeigneten Bewerbers fehlt der Vorschrift.

Für eine konkretere Rechtsfolgenregelung hat sich demgegenüber der österreichische Gesetzgeber entschieden. Der österreichische Gesetzgeber gewährt in diesem Falle im Höchstmaß EUR 500,00, § 12 Ziff.1 Nr.1 und § 26 Ziff.1 Nr.1 GIBG. Der bestgeeignete Bewerber erhält hingegen mindestens zwei Monatsentgelte im Falle der Nichteinstellung. § 12 Ziff.1 Nr.2 und § 26 Ziff.1 Nr.2 GIBG.

Darüber hinaus gibt das GIBG in § 12 Ziff.5 Nr.1 und Nr.2, § 26 Ziff.5 Nr.1 und Nr.2 GIBG auch summenmäßige Rahmen für den Fall des beruflichen Aufstiegs vor, die auf mindestens 3 Monatsgehälter für den bestgeeigneten

Bewerber und auf EUR 500,00 für den Bewerber begrenzt sind, in dem Falle, in dem der Bewerber nicht aufgestiegen wäre.

I. § 15 Abs.1 AGG

§ 15 Abs.1 AGG bestimmt, dass der Arbeitgeber bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot verpflichtet ist, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Die Frage der Haftungsausfüllung bestimmt sich, deckungsgleich zur Frage der Haftungsbegründung, nach der Systematik des BGB, den §§ 249 ff. BGB. Die §§ 249 ff. BGB finden nicht nur auf den im BGB normierten Schadensersatz Anwendung, sondern tragen vielmehr eine allgemein gültige Wertung in sich. Nach § 249 Abs.1 BGB hat der zum Schadensersatz Verpflichtete den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. § 249 Abs.1 BGB enthält damit eine doppelte Aussage. Einerseits trägt die Vorschrift den Grundsatz der Totalreparation in sich; der hypothetische schadensfreie Zustand ist herzustellen, zum anderen meint der Gesetzgeber mit der Herstellung des Zustands, wie den folgenden Vorschriften entnommen werden kann, eine Herstellung in Natur, genannt das Restitutionsprinzip.²¹⁴ Dieses Prinzip schließt der Gesetzgeber allerdings für den Schadensersatz in Bezug auf die Begründung des Arbeitsverhältnisses, Berufsausbildungsverhältnisses und den beruflichen Aufstieg in § 15 Abs.6 AGG aus.

Während folglich im Falle der Benachteiligung in der Versagung des gleichen Entgelts oder sonstiger Vergünstigungen aus § 15 Abs.1 i.V.m. § 249 Abs.1 BGB die Pflicht folgt, diese Benachteiligung zu beseitigen, rückt in den Fällen der Benachteiligung bei Begründung des Arbeitsverhältnisses und beim beruflichen Aufstieg der Schadensersatz in Form von Geldleistung an diese Stelle, dies drückt § 251 Abs.1 BGB aus. Berechnet wird der Schaden mittels Differenzhypothese. Zu ersetzen ist das positive Interesse, der Benachteiligte ist so zu stellen, wie er stünde, wenn die verbotene Benachteiligung nicht begangen worden wäre. Danach ist festzustellen, dass sich der Schadensersatz bei dem bestgeeigneten Bewerber auf das Erfüllungsinteresse erstreckt,

²¹⁴ *Schiemann in Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2004) § 249 BGB Rn.1.*

während der Bewerber, dessen Bewerbung niemals Erfolg gehabt hätte nur den Vertrauensschaden geltend machen kann.

II. §§ 12, 26 GIBG

Gleichermaßen stellt sich bei der Untersuchung der Schadensersatzansprüche nach den §§ 12, 26 GLBG die Frage nach der systematischen Einordnung der Ansprüche in das System der Haftungsausfüllung.

Auch in der österreichischen Zivilrechtsordnung ist der Grundsatz der Naturalrestitution tragendes Element. Dies folgt unmittelbar aus § 1323 ABGB, demnach der Schuldner verpflichtet ist, alles in den vorherigen Stand zurückzusetzen, oder wenn dies nicht tunlich ist, den Schätzwert zu vergüten.

Vergleichend ist anzuführen, dass in der österreichischen Ausgestaltung der Anspruch auf Schadensersatz gegenüber dem Anspruch auf Gleichbehandlung oder Unterlassung eine untergeordnete Bedeutung erfährt. Dies zeichnet sich am deutlichsten bei den Ansprüchen hinsichtlich der zukünftigen Lage ab. Beispielhaft sind hier die Gewährung gleichwertiger Arbeitsbedingungen und die Zulassung zu betrieblichen Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen zu nennen. In der Vergleichung des deutschen und des österreichischen Umsetzungsaktes ist festzustellen, dass der österreichische Umsetzungsakt in vielen Konstellationen der diskriminierten Person ein Wahlrecht zwischen der Herstellung gleicher Bedingungen oder dem Schadensersatz einräumt. §§ 12, 26 GIBG sehen die Naturalrestitution bei der Herstellung gleicher Arbeitsbedingungen, bei der Gewährung von Sozialleistungen, beim Zugang zu innerbetrieblichen Fortbildungen, beim Zugang zu Arbeitnehmerorganisationen sowie bei der Diskriminierung durch die vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor. Alternativ hat die diskriminierte Person Anspruch auf den Ersatz des Vermögensschadens und eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

Ausgeschlossen ist der Anspruch auf Naturalrestitution im Falle der versagten Einstellung und des versagten beruflichen Aufstiegs. Für diese Diskriminierungstatbestände gilt, ebenso wie im deutschen Recht, ausschließlich die Pflicht zum Geldersatz.

Rebhahn vertritt aber in diesem Zusammenhang, dass auch die Entschädigung wegen unterbliebener Einstellung oder Beförderung bei bestehender Eignung nicht unbedingt als Schadensersatzanspruch einzuordnen ist, da diese „nur ein Minus gegenüber der Kontrahierungspflicht“ darstelle.²¹⁵

Allerdings ordnet das Gesetz explizit den Ersatz des Vermögensschadens und der Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung an. Auch die Gesetzesbegründung spricht durchgehend von Schadensersatzansprüchen²¹⁶.

III. Die Ermittlung des Schadensersatzes

Gleichsam der deutschen Rechtsordnung wird der Schadensersatz auch durch einen Vergleich des Vermögensstandes vor dem schädigenden Ereignis und dem tatsächlichen Vermögensstand ermittelt.²¹⁷ Dabei unterscheidet auch die österreichische Rechtsordnung zwischen dem Vertrauensschaden und dem Erfüllungsschaden.

Wendet man den Blick auf die Ausgestaltung der Schadensersatzansprüche im GIBG wird ersichtlich, dass der österreichische Gesetzgeber bei der Diskriminierung im Falle der entsprechenden Qualifizierung für das Arbeitsverhältnis, beziehungsweise den beruflichen Aufstieg, den Erfüllungsschaden im Sinn hat. Der Geschädigte soll so gestellt werden, wie er stünde, wenn er eingestellt worden wäre oder beruflich aufgestiegen wäre, in dem ihm mindestens zwei Monatsentgelte zugesprochen werden.

Besagtes gilt jedoch nicht für den Bewerber, der die Stelle mangels Eignung nicht erhalten hätte oder aus demselben Grunde den beruflichen Aufstieg nicht erreicht hätte. Der Bewerber wird auf einen Höchstschadensersatz in Höhe von EUR 500,00 verwiesen, der sowohl den Vermögensschaden als auch die Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung ersetzen soll.

Daraus ist zu schließen, dass der Gesetzgeber für den Schadensersatz aufgrund von Diskriminierung bei der Einstellung oder beim beruflichen Aufstieg das Erfüllungsinteresse vorsieht. Dabei stellt sich die Frage, ob diese Vorgabe mit den Grundgedanken des österreichischen Schadensersatzrechts vereinbar ist.

Zunächst ordnet der OGH den Verdienstentgang als positiven Schaden ein:

²¹⁵ *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG § 3 Rn.6.

²¹⁶ ErläutRV 307 BlgNr 22.GP S.17.

²¹⁷ *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht Band I (1997) 28.

„Verdienstentgang ist nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich positiver Schaden nicht bloß entgangener Gewinn. Die Erwerbsfähigkeit wird als selbständiges, gegenwärtiges Rechtsgut angesehen. Es wird darauf abgestellt, ob der Geschädigte eine rechtlich gesicherte Position auf Verdienst hatte oder der Verdienst zumindest mit hoher Wahrscheinlichkeit eingetreten wäre.“²¹⁸

Wendet man zunächst den Blick auf den beruflichen Aufstieg, ist festzustellen, dass der OGH an den Verstoß gegen § 37 Abs.1 ArbVG in Form der Versagung eines bestimmten Dienstpostens, den Ersatz des Erfüllungsinteresses knüpft.

Dabei kommt der OGH zu dem Schluss, dass dem Arbeitnehmer, dem einzig aufgrund seines Wahlverhaltens trotz der Bestqualifikation der berufliche Aufstieg verwehrt wird, Schadensersatz in Höhe der Bezügedifferenz beanspruchen kann:

„Da in einem solchen Fall nach der Art dieses (behaupteten) Verhaltens der beklagten Partei ein vorsätzliches Handeln anzunehmen wäre, hätte die beklagte Partei volle Genugtuung zu leisten, d.h. sie müsste dem Kläger auch den entgangenen Gewinn (hier: Bezügedifferenz) ersetzen (§§ 1323, 1324 ABGB)“²¹⁹

Hier existiert mit dem Arbeitsvertrag eine gesicherte Rechtsposition, die einen beruflichen Aufstieg im diskriminierungsfreien Zustand zugelassen hätte.

Dies Ergebnis ist jedoch für die Bemessung des Schadensersatzes des Stellenbewerbers nicht übertragbar. Hier hat selbst der bestgeeignete Bewerber keine gesicherte Rechtsposition. Ein Vertrag als Geschäftsgrundlage existiert nicht. Gleichwohl bekundet der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung grundsätzlich den Willen, dass der Vermögensschaden sowohl den positiven Schaden als auch den entgangenen Gewinn zu umfassen hat²²⁰.

Daher ist der Frage nachzugehen, ob der Ersatz des Erfüllungsinteresses außerhalb eines bestehenden Vertrages einen Widerspruch in der österreichischen Rechtsordnung erzeugt.

An dieser Stelle kann die Parallele zu dem Fall gezogen werden, in dem der Arbeitgeber den ausländischen Arbeitnehmer bei Vertragsabschluss nicht darüber aufklärt, dass eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich ist. Hätte

²¹⁸ OGH 2Ob82/00Y EFSIlg.93.595.

²¹⁹ OGH 4 Ob 61/83 ZAS 1984/142 (144).

²²⁰ ErläutRV 307 BlgNr 22.GP S.17.

der Arbeitnehmer zum damaligen Zeitpunkt eine Erlaubnis erlangt, so wäre das Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Mithin hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses. Dieser Fall unterscheidet sich jedoch vom Falle der Diskriminierung beim Zugang zum Beschäftigungsverhältnis in einem entscheidenden Punkt. In besagten Fall wollten die Parteien den Vertrag herbeiführen. Das ist jedoch im Falle der Diskriminierung beim Zugang zur Beschäftigung gerade nicht der Fall. Der Arbeitgeber verweigert den Vertragsschluss.

*Koziol*²²¹ legt dar, dass es bei der Frage, ob das Erfüllungs- oder Vertrauensinteresse zu ersetzen ist, auf den Schutzzweck der Norm ankommt. Koziol fragt folglich nach dem Zweck der Verhaltensregel und stellt fest, dass nicht in jedem Fall, in dem es bei rechtmäßigem Verhalten zu einem Vertragsschluss gekommen wäre, das Erfüllungsinteresse zu ersetzen sei. Dies liefe im Ergebnis auf einen Kontrahierungszwang hinaus, der in der österreichischen Rechtsordnung keine Grundlage finde:

„Solange keine Pflicht zum Abschluss des Vertrages besteht, darf nicht über das Schadensersatzrecht eine Bindung an vertragliche Pflichten herbeigeführt werden. Aus entsprechenden Überlegungen ist auch dann nur der Vertrauensschaden zu ersetzen, wenn jemand infolge Verletzung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes einen Dienstposten nicht erhält oder wenn bei einer öffentlichen Ausschreibung der Bestbieter übergangen wird.“²²²

1. Der Umfang des Schadensersatzes des bestgeeigneten Bewerbers

Fraglich ist weiterhin, wie der Schaden dem Umfang nach einzuordnen ist, den der bestgeeignete Bewerber bei Außerachtlassung seiner Bewerbung aufgrund verpönter Motive erfährt. Während §§ 12, 26 Abs.1 GIBG den Schadensersatz für den Bewerber, der die Stelle auch bei diskriminierungsfreier Auswahl nicht erhalten hätte, im Höchstbetrag begrenzen, unterliegt der Schadensersatzanspruch des Bewerbers, der ohne Diskriminierung zum Zuge

²²¹ *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I (1997) 67.

²²² *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I (1997) 67 f.

²²⁴ vgl. für das AGG: *Bauer/Göpfert/Krieger*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz², §15 Rn.24.

gekommen wäre, keiner Beschränkung der Höhe nach. Der Wortlaut beider Vorschriften lässt auch nicht den Schluss auf eine Obergrenze zu.²²⁴ Auch die jeweilige Gesetzesbegründung trifft keine Aussagen zu Obergrenzen.

Sowohl § 15 AGG als auch §§ 12, 26 GIBG sehen Höchstbeträge nur für den Fall vor, dass die Bewerbung um eine Stelle beziehungsweise um den beruflichen Aufstieg im bestehenden Arbeitsverhältnis nicht berücksichtigt wurde. Es geht hier folglich um die Fälle, in denen die Person auch bei diskriminierungsfreier Auswahl nicht berücksichtigt worden wäre.

Für das GIBG folgt dies aus einer Gesamtschau der Ersatzansprüche der §§ 12, 26 GIBG. Das GIBG sieht in den §§ 12, 26 GIBG sehr differenzierte Rechtsfolgen vor, die teilweise auch eine Naturalrestitution vorsehen und dies jeweils explizit ausdrücken.

Demgegenüber wird von einigen Autoren auf deutscher Seite die Auffassung vertreten, der Schadensersatz sei im Generellen, also unabhängig davon, ob das Arbeitsverhältnis bei benachteiligungsfreier Auswahl begründet worden wäre oder nicht, auf das negative Interesse zu beschränken.²²⁵ § 15 Abs.6 AGG betont allerdings, dass ein Anspruch auf Begründung des Beschäftigungsverhältnisses oder auf den beruflichen Aufstieg nicht besteht. Eine derartige Regelung wäre aber überflüssig, wenn der Arbeitgeber dem Beschäftigten ohnehin nur den Vertrauensschaden ersetzen müsste. Insofern kann dieser Auffassung nicht gefolgt werden. Diese Auffassung wird darüber hinaus den europäischen Vorgaben nicht gerecht und findet im Gesetz auch keine Stütze.

Damit stellt sich die Frage, wie der Schadensersatz des bestgeeigneten Bewerbers zu ermitteln ist. Als Grundlage für die Berechnung des Schadensersatzanspruchs können zunächst die allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätze herangezogen werden. Grundlage für die Berechnung des Umfangs des Schadensersatzanspruchs ist die Differenzhypothese. Der benachteiligte Beschäftigte ist so zu stellen, wie er stünde, wenn die verbotene Benachteiligung nicht begangen worden wäre. Der Schadensersatz ist folglich auf das positive Interesse gerichtet, das heißt auf die Begründung des Arbeitsverhältnisses oder den beruflichen Aufstieg. Dies wird jedoch gerade

²²⁵ Stein in Wendeling/Schröder/Stein, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (2008) § 15 AGG Rn.20.

durch § 15 Abs.6 AGG versagt, der Bewerber wird auf den Schadensersatzanspruch verwiesen. Ohne Zweifel hat sich dieser materielle Schadensersatz am Gehalt zu orientieren. Hierin liegt keine Unbilligkeit in Bezug auf geringer entlohnte Tätigkeiten begründet, denn der enttäuschte Bewerber hätte schließlich auch im Falle der Begründung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr als seine Entlohnung erhalten.

Die Anwendung der Differenzhypothese würde zu dem Ergebnis führen, dass der bestgeeignete Bewerber, wenn er nicht eingestellt wird, Anspruch auf Ersatz des hierdurch entstandenen Verdienstausfalls hätte, da er so zu stellen ist, wie wenn er eingestellt worden wäre. Findet dieser über Jahre hinweg nun keine finanziell gleichwertige Stelle, so hätte der Arbeitgeber für den gesamten Zeitraum die bei benachteiligungsfreier Auswahl beanspruchbare Vergütung zu erstatten.

Im Schriftum herrscht allerdings die einhellige Auffassung, dass dies nicht gewollt sein kann²²⁷. Daher werden verschiedene Ansätze vertreten, diesen Schadensersatzanspruch auf ein vertretbares Maß zu beschränken. Überwiegend wird vertreten, den materiellen Schadensersatzanspruch auf die Vergütungsdifferenz für die Dauer des Arbeitsverhältnisses bis zum nächstmöglichen Kündigungstermin zu ersetzen.

Die Autoren begründen ihre Auffassung mit dem Verweis auf die Grundsätze des § 628 Abs.2 BGB:

§ 628 Abs.2 BGB

Wird die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teils veranlasst, so ist dieser zum Ersatz des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet.

²²⁷ Thüsing in Münchener Kommentar zum BGB I/2⁵, § 15 AGG Rn.27; Pfeiffer in Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften⁸ (2007) AGG Rn.138.

Zu § 628 Abs.2 BGB vertritt das BAG²²⁸ die Auffassung, dass der Kündigende so gestellt werden soll, als wäre das Arbeitsverhältnis bis zur ordentlichen Kündigung fortgeführt worden. Gleichzeitig bildet die Befristung die zeitliche Grenze für eine Schadensersatzpflicht.

Dieser Ansatz wird auch zur Anwendung des GIBG auf österreichischer Seite vertreten. *Kletečka* weist unter Berufung auf den Gedanken des § 1162 b ABGB darauf hin, dass der Arbeitnehmer bei rechtmäßigem Alternativverhalten einen über den regulären Kündigungstermin hinausgehenden Gehaltsverlust ebenfalls erlitten hätte.²³²

*Kletečka*²³³ wirft auch die Frage auf, ob das Gesetz die Berücksichtigung des Alternativverhaltens überhaupt zulässt und weist darauf hin, dass der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens mit dem Gesetzeszweck unvereinbar sein könnte. Wenn dies nicht der Fall wäre, könnte der Arbeitgeber im Verfahren einwenden, dass er den diskriminierten Bestgeeigneten unter rechtmäßigen Motiven ausgeschieden habe. Dann könnte der Arbeitnehmer aber nicht mehr mit dem Einwand durchdringen, er hätte die Stelle tatsächlich erhalten, weil der Schaden auch durch ein hypothetisch rechtmäßiges Verhalten entstanden wäre.

Dieser Einwand kann jedoch keinen Bestand haben. Wie *Kletečka*²³⁴ selbst feststellt, unterstützt das GIBG gerade nicht das Bestbieterprinzip. Das GIBG verlangt vom Arbeitgeber grundsätzlich nicht, den fachlich Bestgeeigneten einzustellen. Vielmehr kann der Arbeitgeber seine Auswahl auch auf andere Kriterien neben der beruflichen Qualifikation erstrecken. Diesen Schadensersatz kann nicht ausschließlich der besser qualifizierte Bewerber beanspruchen, sondern vielmehr jeder Bewerber, der die Stelle erhalten hätte.

Treber vertrat demgegenüber bereits zu § 611a II BGB die Auffassung, dass die ordentliche Kündigung kein rechtmäßiges Alternativverhalten darstelle: „Die damit einhergehende Vermutung, der Arbeitgeber hätte bei Zustandekommen des Arbeitsvertrages diesen sofort wieder ordentlich

²²⁸ BAG 8 AZR 269/03 AP Nr.18 § 628 BGB.

²³² *Kletečka* in *Rebhahn* GIBG § 12 Rn.26.

²³³ *Kletečka* in *Rebhahn* GIBG § 12 Rn.26.

²³⁴ *Kletečka* in *Rebhahn* GIBG § 12 Rn.30.

gekündigt, fehlt die tatsächliche Grundlage. Eine Kündigung zu diesem Zeitpunkt lässt viel eher den Eindruck entstehen, die Gestaltungserklärung setze die im Bewerbungsverfahren untersagte Geschlechterdiskriminierung um.²³⁵

*Wagner*²³⁶ schließt sich dieser Auffassung an, und schlägt daher einen anderen Weg vor zur Ermittlung des angemessenen Schadensersatzes vor. Nach *Wagner* sollte der Schadensersatz der Bewerber anhand der Einstellungschancen bei diskriminierungsfreier Beurteilung ermittelt werden.

Im Ausgangspunkt schlägt *Wagner* vor, die durchschnittliche Beschäftigungsdauer im betroffenen Beruf und im jeweiligen Unternehmen anzusetzen. Dieser Betrag soll mit der Wahrscheinlichkeit zu multiplizieren sein, mit der der abgelehnte Bewerber die Arbeitsstelle erhalten hätte.

Dieser Ansatz scheitert jedoch meines Erachtens an der mangelnden Praxistauglichkeit. Die Ermittlung der relevanten Daten würde bereits enorme Schwierigkeiten bereiten.

Kletečka ist, wie bereits ausgeführt, der Auffassung, dass ein rechtmäßiges Alternativverhalten sehr wohl zu berücksichtigen sei. Dabei weist der Autor zutreffend darauf hin, dass es bei dem Alternativverhalten nicht um ein tatsächliches Ereignis geht, sondern vielmehr um eine gedachte Alternative.

Diese wiederum verdient Zustimmung. Es kommt daher nicht darauf an, ob der benachteiligende Arbeitgeber die Kündigung ausgesprochen hätte oder nicht. Von Bedeutung ist einzig, dass ihm der Ausspruch der Kündigung möglich ist. Demnach hat sich der Schadensersatz an der vereinbarten ordentlichen Kündigungsfrist zu orientieren. Außen vor muss allerdings die kurze Kündigungsmöglichkeit während der Probezeit bzw. des Probemonats bleiben. Bereits die Wahl des Mindestanspruchs an Schadensersatz in Höhe von zwei Monatsgehältern lässt darauf schließen, dass die Kündigungsmöglichkeit während eines Probemonats nicht berücksichtigt werden kann. Im Übrigen wäre es auch dem Sinn der Probezeit zuwider, diese dem Arbeitgeber bei der Schadensersatzbemessung gut zu schreiben. Sinn und Zweck der Probezeit ist es, den Arbeitnehmer auf seine Befähigung hin zu überprüfen. Erfüllt der

²³⁵ *Treber*, Arbeitsrechtliche Neuerungen durch das „Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Arbeitsgerichtsgesetz“, NZA 1998, 856 (858)

²³⁶ *Wagner* AcP 206, 352 (396).

²³⁸ *Müller-Glöge* in Erfurter Kommentar⁸ § 628 BGB Rn.24.

Arbeitnehmer die Anforderungen in seine Person nicht, soll der Arbeitgeber das Beschäftigungsverhältnis relativ kurzfristig lösen können. Der bestgeeignete Bewerber wird aber in aller Regel den Anforderungen des Arbeitsverhältnisses gerecht werden. Daher kann die kurzfristige Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Probezeit keine gedachte Alternative darstellen.

Ferner führt die Berufung auf die kurzfristige Kündigung während der Probezeit bzw. des Probemonats zu einem Wertungswiderspruch. Denn wie bereits ausgeführt, bildet eine etwaige Befristung des Dienstverhältnisses zugleich die Grenze für die Schadensersatzpflicht.²³⁸ Vergleicht man den Anspruch desjenigen, der nur für eine befristete Stelle in Betracht käme mit demjenigen, der unbefristet eingestellt worden wäre, kann letzterer, ausgehend davon, dass während der Probezeit grundlos gekündigt werden könne, nur einer geringeren Schadensersatz beanspruchen. Der Arbeitgeber, der nur befristet einstellt, würde hieraus einen Vorteil schöpfen und der Gesetzeszweck wäre verfehlt.

Daher wird in der deutschen Literatur erwogen²³⁹, den Schadensersatzanspruch des bestgeeigneten Bewerbers auf die erstmalige ordentliche Kündigungsmöglichkeit nach der längstmöglichen Probezeit von sechs Monaten zu erstrecken. Vereinbaren die Parteien ein längeres Lösungsverbot für den Arbeitgeber bzw. den Ausschluss der ordentlichen Kündbarkeit, gilt selbstverständlich ein anderes Maß.

Meines Erachtens bildet der Ansatz, den Schadensersatzanspruch generell auf die fiktive Probezeit von sechs Monaten zu erstrecken, die gangbarste Alternative. Einerseits werden damit Wertungswidersprüche vermieden. Andererseits würde damit der Einwand entkräftet, der Arbeitgeber könne sich auf ein unrechtmäßiges Alternativverhalten berufen. Die Gefahr einer Überkompensation wird durch die Anrechnungspflicht anderweitig erlangter Vergütung relativiert. Überdies kann dem diskriminierten Bewerber im Rahmen einer Schadensminderungspflicht die Nichtaufnahme einer zumutbaren anderweitigen Verdienstmöglichkeit entgegengehalten werden.

²³⁹ Deinert in *Däubler/Bertzbach*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz², § 15 Rn.39d .

2. Der Schadensersatz des Minderqualifizierten

Legt man diese Grundsätze bei der Frage des Schadensersatzanspruchs des Minderqualifizierten an, stellt sich die Frage, ob diese Gruppe überhaupt einen materiellen Schadensersatz beanspruchen kann.

In §§ 12 Abs.1, Abs.5 und 26 Abs.1, Abs.5 GIBG sieht der Gesetzgeber wortlautidentisch für den Minderqualifizierten sowohl im Bewerbungsverfahren um eine Stelle, als auch um den beruflichen Aufstieg einen Anspruch von bis zu EUR 500,00 vor. Dieser Höchstersatz, der sowohl den Vermögensschaden als auch den Ersatz für die erlittene persönliche Beeinträchtigung darstellt, soll in der Summe nicht EUR 500,00 überschreiten, wenn der Schaden nur in der mangelnden Berücksichtigung der Bewerbung besteht. § 15 AGG trifft keine Aussage über maximale Schadensersatzansprüche bei Geltendmachung des materiellen Schadens. § 15 AGG liefert lediglich eine Verweisung auf das bestehende zivilrechtliche Haftungssystem. Einordnen lässt sich der Schaden des nicht geeigneten Bewerbers unter dem tradierten Haftungsregime nur als Vertrauensschaden, wenn man davon ausgeht, dass der Schädiger dazu verpflichtet ist, die hypothetische schadensfreie Situation herzustellen. Der Geschädigte ist so zu stellen, wie er stünde, wenn er nicht auf die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts oder auf die Richtigkeit einer Auskunft vertraut hätte und dementsprechend seine Dispositionen trifft, dieses Rechtsgeschäft aber dann nicht zustande kommt.

Der Ersatzanspruch kann sich letztendlich nur auf das enttäuschte Vertrauen erstrecken. Dieses wird sich aber höchstens in den vergeblich aufgewendeten Bewerbungskosten erschöpfen.

Dem zuwider vertritt *Kletečka*²⁴⁰ die Auffassung, dass weder Bewerbungskosten noch ihre Frustration durch die Diskriminierung verursacht seien.

Schlachter²⁴¹ ist hingegen der Auffassung, dass diese Gruppe nur wegen der Verletzung der vorvertraglichen Pflichten den Ersatz der vergebens aufgewendeten Bewerbungskosten ersetzt verlangen kann.

In diesem Zusammenhang räumt *Kletečka* ein, dass dies nur der Fall sein kann, wenn der Arbeitgeber bereits von vornherein die Absicht hatte zu

²⁴⁰ *Kletečka* in *Rebhahn*, GIBG, § 12 Rn.32.

²⁴¹ *Schlachter* in *Erfurter Kommentar*⁸ § 15 AGG, Rn.4.

diskriminieren. Insoweit ist anzuführen, dass es schwer vorstellbar und nicht lebensnah erscheint, dass der Arbeitgeber sich mitten im Bewerbungsverfahren zur Diskriminierung entscheidet, vielmehr muss davon ausgegangen werden, dass der Arbeitgeber grundsätzlich mit einer ablehnenden Haltung in das Bewerbungsverfahren eintritt und diese aufrechterhält. Der Arbeitgeber wird seine Vorurteile gegen bestimmte Personengruppen grundsätzlich bei sich tragen.

Zusammenfassend ist an dieser Stelle festzustellen, dass der Schadensersatz des minder geeigneten Bewerbers neben den frustrierten Bewerbungskosten nur immaterielle Schadenspositionen beinhalten kann.

Vierter Teil Die Einordnung der verschuldensunabhängigen Haftung

Im Anschluss an diesen Befund stellt sich zunächst die Frage, ob sowohl der deutsche als auch der österreichische Gesetzgeber mit den geschaffenen Gesetzen dem Umsetzungsauftrag Genüge getan haben. In den Vordergrund rückt hier unmittelbar die Frage nach der verschuldensunabhängigen Haftung. Während zum Eintritt der Rechtsfolgen nach dem GIBG „lediglich an die Erfüllung des Tatbestandes der Diskriminierung anknüpft“²⁴² somit für die Verletzung des Gleichbehandlungsgebots der §§ 12, 26 GIBG „schuldhaftes Handeln des/der Diskriminierenden nicht erforderlich ist“²⁴³, knüpft der deutsche Gesetzgeber den Schadensersatzanspruch aus § 15 Abs.1 AGG an die Frage des Verschuldens. Diese Ausgestaltung des Schadensersatzanspruchs in § 15 Abs.1 AGG ist in der Literatur auf erhebliche Kritik gestoßen²⁴⁴. Einhellig wird § 15 Abs.1 AGG als europarechtswidrig kritisiert.

A. Das Europarechtliche Defizit einer Verschuldenshaftung

Das Verschuldenserfordernis ist nicht vereinbar mit den Vorgaben aus den Gleichbehandlungsrichtlinien²⁴⁶. Die mangelnde Vereinbarkeit mit den

²⁴² ErläutRV 307 BlgNr 22.GP S.17.

²⁴³ ErläutRV 307 BlgNr 22.GP S.17.

²⁴⁴ *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 223.

²⁴⁶ Förmliche Aufforderung der Europäischen Kommission vom 31.1.2008, Vertragsverletzung-Nr.2007/2362.

europarechtlichen Vorgaben begründe sich zum einen aus der Relativierung des effektiven Schutzes vor Diskriminierung. Andererseits stelle sich die Vorschrift des § 15 AGG als nicht vereinbar mit dem Umsetzungsauftrag des Art.8e Abs.2 RL 76/207/EWG und des Art.8 Abs.2 RL 2000/78/EG dar.

I. Die Relativierung des effektiven Schutzes vor Diskriminierung

Dem Vorwurf der Relativierung des effektiven Schutzes vor Diskriminierung in der gewählten Ausgestaltung des § 15 AGG wurde in der Literatur entgegengetreten. So vertritt *Hanau* die Auffassung²⁴⁷, der Schwerpunkt der Sanktion nach dem AGG liege eindeutig beim immateriellen Schaden, dementsprechend sei eine verschuldensunabhängige Ausgestaltung des Anspruchs auf Ersatz des Vermögensschadens nicht notwendig.

Auch folgt aus der Gesetzesbegründung zu §15 AGG, dass der Gesetzgeber bei der Einführung des AGG davon ausging, dass alleine der Verzicht auf das Verschulden beim immateriellen Schadensersatz ausreiche, um den europarechtlichen Vorgaben gerecht zu werden.

Diese Auffassung steht jedoch offensichtlich in Widerspruch zu der Entscheidung des EuGH vom 22.04.1997²⁴⁸ in der Sache *Draehmpaehl*.

Die effektive Umsetzung der Richtlinie erfordert, wie der EuGH verdeutlicht, dass einzig die in der Richtlinie vorgesehenen Rechtfertigungsgründe herangezogen werden können, mithin nationale Rechtfertigungsgründe bei der Ausgestaltung des Schadensersatzanspruchs für Verstöße gegen die Richtlinien außer Betracht bleiben müssen²⁵². Damit kann eine verschuldensabhängige Haftung keinen Bestand haben.

²⁴⁷ *Hanau*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (arbeitsrechtlicher Teil) zwischen Bagatellisierung und Dramatisierung ZIP 2006, 2189 (2201).

²⁴⁸ EuGH 22.04.1997, C-180/95, *Draehmpaehl/Urania Immobilienservice OHG*, Slg 1997 I-2195.

²⁵² EuGH 22.04.1997, C-180/95, *Draehmpaehl/Urania Immobilienservice OHG*, Slg 1997 I-2195.

²⁵⁵ *Thüsing* in Münchener Kommentar zum BGB I/2⁵ § 15 AGG, Rn.33.

II. Das Absenkungsverbot

Die vorliegende Ausgestaltung des Schadensersatzes steht ferner auch im Widerspruch zu dem in den Art.8 RL 2000/78/EG, Art.8e Abs.2 RL 2002/73/EG verankerten Absenkungsverbot. Demnach ist es den Mitgliedsstaaten verwehrt die Umsetzung der Richtlinie als Rechtfertigung für die Absenkung des bereits garantierten allgemeinen Schutzniveaus in Bezug auf Diskriminierung in den von den Richtlinien abgedeckten Bereichen zu nutzen. Mit der verschuldensabhängigen Ausgestaltung des § 15 Abs.1 AGG wird dies in Vergleich mit der Vorgängerregelung des § 611a BGB in seiner letzten Fassung jedoch erreicht, mithin ein Rückschritt in Bezug auf das bereits erreichte Schutzniveau vollzogen.

Dagegen wird eingewandt, der europäische Gesetzgeber überschreite mit dieser Regelung seine primärrechtliche Kompetenz, da es sich nicht mehr um die Harmonisierung von Mindeststandards, sondern vielmehr um die Festsetzung von Höchststandards handle²⁵⁵. Dies wäre dann der Fall, wenn die einschlägige Ermächtigungsgrundlage ausschließlich Richtlinien zur Herstellung von Mindeststandards zuließe.

Dies könnte dann der Fall sein, wenn einzig die Ermächtigungsnorm des Art.137 Abs.1 lit i) in Verbindung mit Abs.2 lit b) EGV für die Richtlinie herangezogen werden kann.. Hieraus folgt die beschränkte Ermächtigung des Gemeinschaftsgesetzgebers, Mindestvorschriften zu erlassen.

Allerdings liegt in Art.141 Abs.3 EGV eine Ermächtigungsgrundlage begründet, die den Gemeinschaftsgesetzgeber nicht nur auf den Erlass von Mindestvorschriften beschränkt. Der Gemeinschaftsgesetzgeber stützt die Richtlinie 2002/73/EG auf die Ermächtigungsnorm des Art.141 Abs.3 EGV. Fraglich ist, wie die Ermächtigungsgrundlagen abzugrenzen sind.

Während Art.137 Abs.1 lit i) in Verbindung mit Abs.2 lit b) den Rat nur zum Erlass von Mindestvorschriften durch Richtlinien auf dem Gebiet der Chancengleichheit auf dem Arbeitsmarkt und der Gleichbehandlung am Arbeitsplatz ermächtigt, kennt Art.141 Abs.3 EGV diese Form der Einschränkung nicht.

Abzugrenzen sind die Ermächtigungsgrundlagen in der Art und Weise, dass Maßnahmen im Sinne des Art.141 Abs.3 EGV der sekundärrechtlichen Konkretisierung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes im

Arbeitsrecht dienen, während Art.137 Abs.1 lit i) EGV für sonstige Maßnahmen der Gleichbehandlung einschlägig ist²⁵⁶. Art.137 Abs.1 lit i) i.V.m. Abs.2 lit b) EGV ist dann einschlägig, wenn der Rat per Richtlinie Mindestvorschriften zur Unterstützung der Mitgliedsstaaten erlässt, während der Beschluss anderer Maßnahmen, also auch Richtlinien, auf Art.141 Abs.3 EGV zu stützen ist.²⁵⁷

Daraus folgt, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber in der Wahl der Ermächtigungsgrundlage frei ist und diese anhand des Inhalts der zu erlassenden Normen zu wählen ist. Folglich ist der Gemeinschaftsgesetzgeber auch nicht auf den Erlass von Mindestvorschriften beschränkt.

Demgegenüber findet die Richtlinie 2000/78/EG ihre Ermächtigungsgrundlage in Art.13 EGV. Aus Art.13 EGV folgt jedoch ebenfalls keine Beschränkung auf die Harmonisierung von Mindeststandards. Vielmehr bietet Art.13 EGV eine Ermächtigungsgrundlage zur Maßnahmenergreifung bezüglich aller in Art.13 EGV genannten Diskriminierungstatbestände.

Im Übrigen bleibt zu ergänzen, dass die Verpflichtung zur Schaffung einer wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktion bereits aus der Verpflichtung zur Gemeinschaftstreue, niedergelegt in Art.10 EGV, erwächst.

III. Die europarechtskonforme Auslegung

Die vorgeannten Ergebnisse lassen die Frage aufkommen, ob § 15 Abs.1 AGG europarechtskonform ausgelegt werden kann. Die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung folgt aus der Verbindlichkeit des Richtlinienziels i.V.m. Art.189 Abs.3 EWGV bzw. Art.249 Abs.3 EG.

Die Pflicht stützt der EuGH auf Art.5 EWGV bzw. Art.10 EG: Demnach haben die Mitgliedsstaaten „im Rahmen ihrer nationalen Rechtsordnung alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um die vollständige Wirksamkeit der Richtlinie entsprechend ihrer Zielsetzung zu gewährleisten“²⁵⁸. In seinem Beschluss vom 18.02.2003²⁵⁹ legt das Bundesarbeitsgericht die Grundsätze und Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung dar.

²⁵⁶ *Krepper* in *Callies/Ruffert* EUV/EGV³(2007) Art.141 EGV Rn.97.

²⁵⁷ *Krepper* in *Callies/Ruffert* EUV/EGV³(2007) Art.141 EGV Rn.98.

²⁵⁸ EuGH 10.04.1984, C-14/83, *von Colson und Kamann*, Slg. 1984, I-1891.

²⁵⁹ BAG 1 ABR 2/02 NZA 2003, 742 (747).

„Lassen der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, der Gesamtzusammenhang und Sinn und Zweck des Gesetzes mehrere Deutungen zu, von denen jedenfalls eine zu einem verfassungsgemäßen bzw. gemeinschaftskonformen Ergebnis führt, so ist eine Auslegung geboten, die mit dem Grundgesetz beziehungsweise dem Gemeinschaftsrecht in Einklang steht. Die verfassungs- und gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung darf jedoch zu dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers nicht in Widerspruch treten. Der Gehalt einer nach Wortlaut, Systematik und Sinn eindeutigen Regelung kann nicht im Wege der richtlinienkonformen Auslegung in sein Gegenteil verkehrt werden.“ Auch der EuGH²⁶⁰ betont, dass der Grundsatz der gemeinschaftskonformen Auslegung nicht zu einer Auslegung - contra legem - des nationalen Rechts führen darf.

Legt man diesen Maßstab an die Vorschrift des § 15 Abs.1 AGG an, muss die Möglichkeit der richtlinienkonformen Auslegung verneint werden. Nach § 15 Abs.1 S.2 AGG ist der Arbeitgeber nicht zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Damit verweist der Gesetzgeber auf § 276 BGB. Nach dieser Vorschrift hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, mithin wird der Anspruch vom Merkmal des Verschuldens abhängig gemacht. Insoweit steht der richtlinienkonformen Auslegung der Wortlaut der Vorschrift entgegen. Einer anderen Interpretation der Vorschrift stehen der Wortlaut als auch der eindeutige Wille des Gesetzgebers entgegen, wonach der materielle Schadensersatzanspruch nur entsteht, wenn der Arbeitgeber die Pflichtverletzung zu vertreten hat²⁶¹. Der Gesetzgeber hat in eindeutiger Weise einen verschuldensabhängigen Anspruch installieren wollen. Für eine richtlinienkonforme Auslegung fehlt somit jeglicher Ansatz, der Wortsinn und der Wille des Gesetzgebers stehen dem entgegen.

Es bleibt zu erwarten, dass der EuGH § 15 Abs.1 AGG in der aktuellen Fassung jede Europarechtskonformität absprechen wird und ihn wie auch seinem Vorgänger, § 611 a Abs.2 in der Fassung bis zum 29.06.1998, für gemeinschaftsrechtswidrig erklären wird.

²⁶⁰ EuGH 16. 6. 2005, C-105/03, *Maria Pupino*, Slg 2005, I-5285; EuGH 4. 7. 2006, C-212/04, *Konstantinos Adeneler u.a./Ellinikos Organismos Galaktos [ELOG]*, Slg 2006, I-6057.

²⁶¹ BT-Drucksache 16/1780 S.38.

In den Fokus der Betrachtung rückt daher die Frage nach der Einordnung einer verschuldensunabhängigen Haftung in das tradierte Haftungsregime. Im Folgenden soll deshalb eine Auseinandersetzung mit den vorgefundenen Meinungen zur dogmatischen Einordnung dieser verschuldensunabhängigen Haftung erfolgen.

B. Die Einordnung der verschuldensunabhängigen Haftung in die Zivilrechtsordnung

Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Benachteiligung aufgrund des Geschlechts bei Begründung des Arbeitsverhältnisses war nach § 611a Abs.2 BGB in der Fassung seit dem 29.06.1998 wie bereits oben ausgeführt verschuldensunabhängig ausgestaltet. In diesem Zusammenhang stellte sich bereits für diese Norm das Problem der Einordnung in die Haftungssystematik des Zivilrechts.

Innerhalb der Betrachtung ist zu differenzieren zwischen dem Bewerber der auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre, dem Bewerber, der bei benachteiligungsfreier Auswahl eingestellt worden wäre und dem Beschäftigten im vollzogenen Arbeitsverhältnis.

In der deutschen Rechtsordnung kommt dem Unrechts- oder Verschuldensprinzip eine überragende Bedeutung zu. Sowohl in der vertraglichen Haftung nach § 276 BGB als auch der deliktischen Haftung nach § 823 BGB wirkt der Verschuldensvorwurf anspruchsbegründend.

Auch in der österreichischen Rechtsordnung gilt das Verschuldensprinzip sowohl in der vertraglichen als auch in der deliktischen Haftung als tragendes Prinzip. § 1295 Abs.1 ABGB sagt, dass jedermann berechtigt sei, vom Beschädiger den Ersatz des schuldhaft zugefügten Schadens zu fordern. Festzustellen ist ferner, dass in der österreichischen Zivilrechtsordnung der Haftungsumfang an den Grad des Verschuldens knüpft, §§ 1323, 1324 ABGB. Nach § 1324 ABGB hat der Schuldner im Falle eines aus böser Absicht oder aus einer auffallenden Sorglosigkeit verursachten Schaden, dem Beschädigten volle Genugtuung, in den übrigen Fällen aber nur die eigentliche Schadloshaltung, zu ersetzen. Die Ersatzleistung knüpft an die Art des

Verschuldensgrades. Damit ist zunächst festzustellen, dass in beiden Rechtsordnungen eine verschuldensunabhängige Haftung grundsätzlich als systemwidrig erscheint.

I. Die Einordnung der verschuldensunabhängigen Haftung aus § 611a BGB in der Rechtsprechung

Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner Entscheidung zu § 611 a Abs.2 BGB aus dem Jahre 2004²⁶² ausdrücklich offen gelassen, ob die verschuldensunabhängige Haftung nach § 611 a Abs.2 BGB, die im Falle der Diskriminierung bei Begründung des Arbeitsverhältnisses eingreift, als verschuldensunabhängige vorvertragliche Haftung des Arbeitgebers verstanden werden muss, oder ob es sich hierbei um eine reine Gefährdungshaftung im vorvertraglichen Bereich handelt. In der Literatur wurde vertreten, dass es sich um eine Haftung der Verletzung der Pflichten aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis handelt²⁶³. Dies begründet der Autor mit dem Entstehen eines Vertrauensverhältnisses zwischen dem Bewerber und dem potenziellen Arbeitgeber nach Zusendung der Bewerbungsunterlagen aufgrund einer Stellenanzeige.

Gleichzeitig lehnt der Autor die Zuordnung der Vorschrift zum Deliktsrecht mit der Begründung ab, dass § 611a BGB den Arbeitgeber nur zur Schadensvermeidung gegenüber dem Arbeitnehmer verpflichtet, somit nur ein relatives Rechtsgut betroffen ist, während das Deliktsrecht auf den Schutz absoluter Rechtsgüter abziele²⁶⁴.

Im Rahmen der Neuordnung der Ansprüche wegen Benachteiligung nach dem AGG hat der Gesetzgeber in § 7 Abs.3 AGG zum Ausdruck gebracht, dass die Benachteiligung durch den Arbeitgeber oder Beschäftigte eine Verletzung vertraglicher Pflichten darstellt. Der Gesetzgeber legt damit den Haftungsgrund für den Schadensersatzanspruch fest.

Aus der Gesetzesbegründung folgt, dass die Vorschrift verdeutlichen soll, dass eine Benachteiligung bei Begründung, Durchführung und nach Beendigung

²⁶² BAG 8 AZR 91/03 NZA 2004, 649.

²⁶³ *Westenberger*, Die Entschädigungs- und Beweislastregelungen des § 611a BGB im Lichte des deutschen und europäischen Rechts 92; *Ehrmann/Emmert*, Grundlage, Zweck und Missbrauch der Sanktionierung des Diskriminierungsverbots, SAE 1997, 253 (256)

²⁶⁴ *Westenberger*, Die Entschädigungs- und Beweislastregelungen des § 611a BGB im Lichte des deutschen und europäischen Rechts 93.

eines Beschäftigungsverhältnisses eine Verletzung vertraglicher Pflichten darstellt. Da nach § 32 AGG die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts des BGB gelten, sind damit die Regelungen des vertraglichen Leistungsstörungenrechts anwendbar²⁶⁵. Mit dieser Aussage ordnet der Gesetzgeber an den Haftungsgrund des § 15 AGG eindeutig dem Recht der Leistungsstörung zu. Dem § 15 AGG eine deliktsrechtliche Natur zuzusprechen verbietet sich somit.

Für die Einordnung der verschuldensunabhängigen Haftung in das zivilrechtliche Haftungssystem ist die vom Gesetzgeber getroffene Aussage zu der Einordnung der Benachteiligung als vertragliche Leistungsstörung nur bedingt aussagekräftig.

II. Der materielle Schadensersatzanspruch des Bewerbers

Grundlegend ist an dieser Stelle zu differenzieren zwischen der Diskriminierung/Benachteiligung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses und der Diskriminierung/Benachteiligung im vollzogenen Arbeitsverhältnis.

In der Bearbeitung dieser Fragestellung soll zunächst eine Parallele vom Verschulden unabhängig ausgestalteten Haftungstatbeständen beider Zivilrechtsordnungen gezogen werden.

1. Die Vertrauenshaftung aus §§ 122, 179 BGB

Zur Vergleichung herangezogen werden kann ferner die in beiden Rechtsordnungen anerkannte Haftung für die Inanspruchnahme besonderen Vertrauens. Dieser liegt der Gedanke zugrunde, dass bereits mit Aufnahme von Vertragsverhandlungen oder eines sie vorbereitenden geschäftlichen Kontakts ein besonderes Rechtsverhältnis entsteht, dem Verhaltenspflichten zugrunde liegen, deren Verletzung eine Haftung nach sich zieht.

In das Blickfeld rücken damit die verschuldensunabhängig ausgestalteten Haftungstatbestände nach § 122 Abs.1 BGB und nach § 179 Abs.2 BGB.

§ 122 Schadensersatzpflicht des Anfechtenden

²⁶⁵ BT-Drucksache 16/1780 S.34.

(1) Ist eine Willenserklärung nach § 118 nichtig oder auf Grund der §§ 119, 120 angefochten, so hat der Erklärende, wenn die Erklärung einem anderen gegenüber abzugeben war, diesem, andernfalls jedem Dritten den Schaden zu ersetzen, den der andere oder der Dritte dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere oder der Dritte an der Gültigkeit der Erklärung hat.

(2) Die Schadensersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Beschädigte den Grund der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen musste).

§ 179 Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht

(1) Wer als Vertreter einen Vertrag geschlossen hat, ist, sofern er nicht seine Vertretungsmacht nachweist, dem anderen Teil nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum Schadensersatz verpflichtet, wenn der Vertretene die Genehmigung des Vertrags verweigert.

(2) Hat der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt, so ist er nur zum Ersatz desjenigen Schadens verpflichtet, welchen der andere Teil dadurch erleidet, dass er auf die Vertretungsmacht vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Wirksamkeit des Vertrags hat.

(3) Der Vertreter haftet nicht, wenn der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste. Der Vertreter haftet auch dann nicht, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war, es sei denn, dass er mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat.

Nach beiden Vorschriften hat der Erklärende im Falle der Anfechtung den Schaden zu ersetzen, den der andere dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung beziehungsweise der Vertretungsmacht vertraut. Beide Anspruchsgrundlagen sind verschuldensunabhängig ausgestaltet und beruhen auf dem Gedanken, dass der Mangel der Erklärung alleine aus der Risikosphäre des Irrenden stammt, da grundsätzlich er es allein ist, der den Irrtum und damit gleichzeitig die Gefahr der Erweckung von Vertrauen beherrschen konnte. Der Schadensersatz umfasst alle Vermögensnachteile, die durch das Vertrauen auf die Gültigkeit der Erklärung entstanden sind, den so genannten

Vertrauensschaden. Der Anfechtungsgegner soll wirtschaftlich so gestellt werden, wie er stehen würde, wenn er nicht auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut hätte²⁶⁶.

Für den Fall des Scheiterns des Vertragsschlusses stellt sich die Frage, ob darüber hinaus eine analoge Anwendung des § 122 Abs.1 und des § 179 Abs.2 BGB in Betracht zu ziehen ist. Dies wird von einigen Stimmen in der Literatur bejaht²⁶⁷. Dies in Fällen, „in denen der eine Verhandlungspartner durch sein Verhalten bei dem anderen die sichere Erwartung erweckt hat, es werde zum geplanten Vertragsschluss kommen, dieser dadurch zu Aufwendungen veranlasst wurde, der erste Partner dann aber entgegen der von ihm hervorgerufenen Erwartung, wenn auch ohne Verschulden, den Vertragsschluss scheitern lässt“²⁶⁸. Die verschuldensunabhängige Haftung beruht auf dem Gedanken der Risikolehre. Der Erklärende soll für die Folgen eines aus seiner „Sphäre“ stammenden „Mangels“ unabhängig vom Verschulden eintreten²⁶⁹.

Die Haftung folgt aus der analogen Anwendung des § 122 BGB und stellt sich mangels Verschuldenserfordernisses nicht als Haftung aus Culpa in Contrahendo dar, es handelt sich hierbei vielmehr um eine reine Vertrauenshaftung²⁷⁰.

Betrachtet werden soll zunächst die Situation des Bewerbers, der die Stelle auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht erhalten hätte. Der Arbeitgeber enttäuscht durch die benachteiligende Bewerberauswahl das Vertrauen eines jeden Bewerbers um die Stelle darauf, dass die Begründung des Arbeitsverhältnisses nicht wegen der Benachteiligung scheitern wird. Dabei darf der Bewerber grundsätzlich darauf vertrauen, dass der Arbeitgeber seine Auswahl frei von jeder Benachteiligung treffen wird. Dies folgt aus § 2 Abs.1 Nr.1 AGG, der jeder Benachteiligung bei Bedingungen, einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen, für den Zugang zu Erwerbstätigkeit, ihre Zulässigkeit entsagt. Das Gesetz erlaubt es somit jedem

²⁶⁶ BGH VI ZR 191/82 NJW 1984, 1950 (1951).

²⁶⁷ *Canaris*, Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (1971) 544.

²⁶⁸ *Larenz* Bemerkungen zur Haftung für „culpa in contrahendo“ in FS Ballerstedt (1975), 397 (416).

²⁶⁹ *Canaris*, Vertrauenshaftung, 535.

²⁷⁰ *Larenz* in FS Ballerstedt, 397 (418).

Bewerber, auch ohne explizite Erklärung des Arbeitgebers, darauf zu vertrauen im Einstellungsverfahren nicht benachteiligt zu werden. Umgekehrt haftet derjenige, der den Vertrag nicht schließt, daraus, dass er keinen Grund hat, vom Vertragsschluss abzusehen.

Gleichwohl muss festgestellt werden, dass die Vergleichbarkeit der Haftung nach § 15 AGG mit der Vertrauenshaftung für die Fälle der Benachteiligung des Bewerbers, der die Stelle mangels Eignung nicht erhalten hätte, nicht gegeben ist. Diese Bewerber konnten nicht das der Haftung nach §§ 122, 179 BGB zugrunde liegende Vertrauen auf den Erhalt einer Leistung entwickeln. In diesem Falle ist das Merkmal, an das die Vertrauenshaftung anknüpft – der zu erwartende Vertragsschluss - nicht gegeben.

Im Falle der Diskriminierung/Benachteiligung im bestehenden Arbeitsverhältnis verbietet sich jeder Vergleich mit der Vertrauenshaftung. Die Lehre von der Vertrauenshaftung kann immer dann herangezogen werden, wenn die Gründe für die Ungültigkeit einer Erklärung allein aus der Sphäre des Erklärenden stammen. Wie bereits oben dargelegt, ist es ausgeschlossen, über gesetzliche Schutzpflichten zu disponieren, ein Vertrauen in eine Erklärung existiert hier nicht. Vielmehr tritt an die Stelle des Vertrauensschadens der Schadensersatz für die Verletzung der vertraglichen Nebenpflicht.

Dahingegen kann der bestgeeignete Bewerber darauf vertrauen, dass bei diskriminierungsfreier Auswahl der Arbeitsvertrag zustande kommt. Dies setzt voraus, dass der Bewerber darauf vertrauen kann, dass die Vertragsverhandlungen nicht sachgrundlos abgebrochen werden, obwohl vorher ein Vertrauen geweckt oder genährt wurde, dass ein bestimmter Vertrag zustande komme. Die Grundlage für ein derartiges Vertrauen liefert das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz. Demnach darf der Bewerber darauf vertrauen, dass das Bewerbungsverfahren diskriminierungsfrei durchgeführt wird. Die Schaffung eines derartigen Vertrauenstatbestandes reicht nach der überwiegenden Auffassung in der deutschen Literatur für sich allein genommen aus, eine Haftung für das enttäuschte Vertrauen zu begründen.

Einen weiteren wesentlichen Unterschied erfahren beide Haftungstatbestände dann allerdings auf der Rechtsfolgenseite. Während die Haftungstatbestände der §§ 122 Abs.1 BGB, 179 Abs.2 BGB das Vertrauen, also das negative

Interesse²⁷¹ schützen, zielt der Schutzzweck des § 15 Abs.1 AGG auf das positive Interesse ab. Der Arbeitgeber haftet auch im Falle einer vorvertraglichen Verletzung auf das positive Interesse, das heißt er hat den Zustand herzustellen, der bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vertrages gegeben wäre.

Dieser Ansicht wird entgegen gehalten, dass die § 15 Abs.6 AGG gerade den Anspruch auf die Erfüllung ausgeschlossen hat²⁷². Nach § 15 Abs.6 AGG begründet der Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot keinen Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungs- oder Ausbildungsverhältnisses oder den beruflichen Aufstieg. Dieser Auffassung begegnen jedoch erhebliche Bedenken. § 15 Abs.6 AGG trifft die Werteentscheidung²⁷³, wonach trotz der Diskriminierung im Arbeitsrecht kein Vertragspartner aufgedrängt werden darf und damit eine Aussage über den Umfang des Ersatzanspruchs, nicht jedoch über den Schutzzweck des Haftungstatbestandes aus § 15 Abs.1 AGG. Der im Schadensersatzrecht vorrangige Grundsatz der Naturalrestitution, angelegt in § 249 Abs.1 BGB, soll für den Haftungstatbestand des § 15 Abs.1 AGG keine Geltung beanspruchen. Dies hat zur Folge, dass der Geschädigte vom Ersatzpflichtigen in Geld zu entschädigen ist, § 251 Abs.1 S.1 BGB. Die Restitution ist von Gesetzes wegen ausgeschlossen. Dabei ist anerkannt, dass die Unmöglichkeit aus Rechtsgründen einen Fall der Unmöglichkeit der Herstellung bildet²⁷⁴.

Gegen die Ansicht ist weiter anzuführen, dass die Regelung des § 15 Abs.6 AGG überflüssig wäre, wenn der Arbeitgeber dem Beschäftigten nur den Vertrauensschaden ersetzen müsste²⁷⁵. Wäre § 15 Abs.1 AGG derart zu interpretieren, dass der Haftungstatbestand auf den Ersatz des Vertrauensschadens begrenzt wäre, bräuchte es die Regelung des § 15 Abs.6 AGG nicht; der Gläubiger wäre grundsätzlich nur zur Durchsetzung der Investitionen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung getätigt hat, beschränkt. Dieses Ziel entspricht jedoch nicht dem gesetzgeberischen Willen hinter der Regelung. Aus der Gesetzesbegründung ist zu lesen, dass ein

²⁷¹ *Kramer* in Münchener Kommentar zum BGB I/1⁵, § 122 Rn.8.

²⁷² *Bauer/ Evers*, Schadensersatz und Entschädigung bei Diskriminierung – Ein Fass ohne Boden in NZA 2006 S.893 (894).

²⁷³ *Deinert* in *Däubler/Bertzbach*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz², § 15 Rn.43 .

²⁷⁴ *Heinrichs* in Palandt Bürgerliches Gesetzbuch⁶⁷, § 251 Rn.3b.

²⁷⁵ *Bauer/ Göpfert/ Krieger*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz², § 15 Rn.24

Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder auf den beruflichen Aufstieg nicht gewährt werden soll. Dennoch soll nach dem Willen des Gesetzgebers der berufliche Aufstieg, der sich aus anderen Gründen ergibt, wie etwa ein tariflicher Bewährungsaufstieg, unberührt bleiben. „Würde § 15 Abs.1 AGG lediglich den Vertrauensschaden ersetzen, entstünde damit ein Wertungswiderspruch, nachdem aus anderen Vorschriften das positive Interesse durchsetzbar wäre, nicht jedoch aus dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, dessen vornehmlichstes Ziel die Verhinderung der Benachteiligung ist“²⁷⁶ Darüber hinaus erscheint der Ersatz des negativen Interesses den europarechtlichen Vorgaben nicht gerecht zu werden. In der Entscheidung vom 10.04.1984 – Rs. 14/83 war der EuGH mit der Regelung des § 611 a Abs.2 BGB in der Fassung vom 13.08.1980²⁷⁷, nach der ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der Arbeitnehmer dadurch erleidet, dass er darauf vertraut, die Begründung des Arbeitsverhältnisses werde nicht wegen eines solchen Verstoßes unterbleiben. Nach dieser Bestimmung war der Arbeitgeber nur zum Ersatz des Vertrauensschadens verpflichtet. Dieser erfasste nach Ansicht des BAG²⁷⁸ regelmäßig nur den Ersatz der Bewerbungskosten. In seiner Entscheidung kommt der EuGH zu dem Ergebnis, dass eine Rechtsvorschrift, die die Schadensersatzansprüche von Personen, die Opfer einer Diskriminierung beim Zugang zur Beschäftigung wurden, auf eine rein symbolische Entschädigung wie etwa die Erstattung ihrer Bewerbungskosten beschränkt, den Erfordernissen einer wirksamen Umsetzung der Richtlinie (Art. 6 Abs.2 RL 76/207/EWG) nicht gerecht wird. Damit stellt der EuGH klar, dass eine Rechtsvorschrift, die den Ersatz des Vertrauensschadens für den Fall der Benachteiligung vorsieht nicht ausreicht dem Ziel der Richtlinie gerecht zu werden²⁷⁹. Die Sanktion muss vielmehr eine wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber haben. Entschidet sich der Mitgliedsstaat dafür, als Sanktion für den Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot eine Entschädigung zu gewähren, so muss diese deshalb jedenfalls in einem

²⁷⁶ BT-Drucksache 16/1780 S. 30.

²⁷⁷ BGBl 1980 I, S.1308.

²⁷⁸ BAG 8 AZR 447/87, NZA 1990, 21.

²⁷⁹ Scholz, Anmerkung zu den Urteilen des Europäischen Gerichtshofes vom 10.04.1984 in den Rechtssachen 14/83 und 79/83, SAE 1984, 251.

angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen. Dieser Zielsetzung wollte der deutsche Gesetzgeber mit der Schaffung des § 15 Abs.1 AGG ebenfalls nachkommen. Es bleibt damit festzuhalten, dass die Haftung nach § 15 Abs.1 AGG nicht mit der Vertrauenshaftung vergleichbar ist.

2. Die Haftung für anfängliche Unmöglichkeit in der Österreichischen Zivilrechtsordnung

Das österreichische Gesetz sieht in § 878 ABGB vor, dass derjenige der bei Abschließung des Vertrages die Unmöglichkeit kannte oder kennen musste, dem anderen Teil den Schaden zu ersetzen hat, den er durch das Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages erlitten hat.

Grundgedanke des Schadensersatzanspruchs ist die Pflicht des Vertragspartners, dem anderen vor Geschäftsabschluss jene Umstände mitzuteilen, die einem gültigen Vertragsabschluss entgegenstehen. Die Vertragspartner sind verpflichtet, derartige Hindernisse zu beseitigen. Konsequenz hieraus ist aber, dass der Schädiger regelmäßig den Vertrauensschaden zu ersetzen hat, also den Nachteil, den der Vertragspartner dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit vertraut.

Apathy und *Riedler* sehen aus dieser Anspruchsgrundlage auch den Ersatz des Erfüllungsinteresses erwachsen. Insoweit kann der Geschädigte nutzlose Aufwendungen und Nachteile wegen Versäumung anderer Abschlussgelegenheiten verlangen. Dies in dem Falle, in dem der Geschädigte eine andere Abschlussgelegenheit versäumt. Dies, so die Autoren weiter, entspreche der Lehre von *conditio sine qua non*, wenn bei entsprechender Aufklärung der Vertrag nicht geschlossen worden wäre.²⁸⁰

Reischauer tritt demgegenüber an dieser Stelle, für eine gesetzliche Garantiehaftung ein, der allerdings die Möglichkeit der Entlastung folgt.²⁸¹

Bollenberger lehnt diese Ansicht mit dem Argument ab, dass die Verletzung der Aufklärungspflicht für den Nichterfüllungsschaden nicht kausal sei. So betont er, dass ursächlich für den Schaden die Nichterbringung der unmöglichen Leistung sei, doch ist diese wiederum nicht als rechtswidrig oder schuldhaft zu beurteilen.²⁸²

²⁸⁰ *Apathy/Riedler* in *Schwimann ABGB IV*³ (2006), § 878 Rn.11.

²⁸¹ *Reischauer* in *Rummel Kommentar zum ABGB I*³ § 920 Rn.18.

²⁸² *Bollenberger* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger ABGB* (2005) § 878 Rn.8.

Festzustellen bleibt an dieser Stelle, dass der Schadensersatzanspruch wegen anfänglicher Unmöglichkeit nach § 878 ABGB ebenfalls Verschulden im Tatbestand voraussetzt. Ferner gilt auch hier, dass sich die Unmöglichkeit auf eine Hauptleistungspflicht beziehen muss.

Damit bleibt festzuhalten, dass der Schädiger nach der herrschenden österreichischen Lehre infolge anfänglicher Unmöglichkeit nur dann für das Erfüllungsinteresse haften muss, wenn er seine Leistung rechtsgeschäftlich garantiert.²⁸³

3. Die Haftung wegen Abbruchs von Vertragsverhandlungen, §§ 861, 1295 ABGB

Eine Haftung wegen Abbruchs von Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund wird auch in Teilen der österreichischen Literatur und Rechtsprechung bejaht. Die Grundlage für den Haftungstatbestand folgt ebenfalls aus dem Rechtsinstitut der Culpa in Contrahendo. Von der herrschenden Meinung in der Literatur und dem OGH ist anerkannt, dass die potentiellen Vertragsparteien mit der Aufnahme geschäftlicher Kontakte in ein vorvertragliches Schuldverhältnis eintreten, dass sie zur gegenseitigen Rücksichtnahme bei der Vorbereitung und beim Abschluss des Geschäftes zwingt²⁸⁴. In seiner Entscheidung vom 22.03.2005 legt der OGH dar, dass zwar niemand verpflichtet sei, „einen bestimmten Vertrag zu schließen, weil schon Verhandlungen über den Vertragsinhalt geführt wurden und der andere Teil meinen konnte, es werde ein Vertrag in seinem Sinn zustande kommen. Grundsätzlich kann jeder Vertragspartner auch ohne Grund die Verhandlungen auch noch im letzten Moment abbrechen und den Vertragsschluss scheitern lassen.“

Zur Begründung führt der OGH den § 861 S.2 ABGB an, dieser bestimmt, dass im Stadium der Vertragsverhandlungen keine rechtsgeschäftliche Bindung entstehe.

Allerdings betont der OGH, dass Aufklärungs-, Schutz und Sorgfaltspflichten gegenüber dem Verhandlungspartner entstehen, die zur Haftung aus dem Rechtstitel der Culpa in Contrahendo führen.

²⁸³ *Apaty/Riedler* in *Schwimann* ABGB IV³, § 878 Rn.12.

²⁸⁴ *Jaksch-Ratajczak*, Haftung für grundlose Ablehnung des Vertragsabschlusses beim Liegenschafts Kauf, wobl 2005, 217.

*Reischauer*²⁸⁵ vertritt demgegenüber, dass die Haftung des In-Sicherheit-Wiegens eine Haftung sei, die ein Verschuldenselement nicht erfordert. Zur Begründung führt der Autor an, dass diese Haftung sich bereits auf die vorsätzliche oder fahrlässige Herbeiführung des der inneren Einstellung widersprechenden Vertrauenstatbestandes begründe, wenn wegen der Schaffung des Vertrauenstatbestandes einschlägige Schäden entstehen.

An dieser Stelle bleibt festzustellen, dass ein Vergleich mit der Haftung bei Benachteiligung im Einstellungsverfahren ausgeschlossen ist. Die Haftung dessen, der den Vertrag nicht schließt folgt daraus, dass er keinen Grund für die Abstandnahme vom Vertragsschluss hat.

Zwar wird das Vertrauen des Bewerbers durch das GIBG insoweit geschützt, als dass der Bewerber darauf vertrauen kann, in dem Bewerbungsverfahren zumindest nicht wegen der verpönten Motive benachteiligt zu werden. Vertrauen in den Erhalt der Stelle kann der nicht geeignete Bewerber allerdings nicht haben.

Anders könnte die Beurteilung zu treffen sein, für den bestgeeigneten Bewerber. Dieser wird nach § 12 Abs.1, 26 Abs.1 GIBG so gestellt, wie er stünde, wenn ordnungsgemäß erfüllt worden wäre.

Die Haftung wegen grundlosen Abbruchs von Vertragsverhandlungen kann sich aber nur auf den Vertrauensschaden beziehen. Derjenige, der den Vertrauenstatbestand setzt, muss seinem Vertragspartner für die Schäden aufkommen, die dieser dadurch erleidet, dass er auf die Erklärung vertraut. Ein Anspruch auf Erfüllung wird hieraus nicht erwachsen. Dies kann auch den oben genannten Aussagen *Bollenbergers* entnommen werden, der überzeugend vertritt, dass an dieser Stelle die Verletzung einer Sorgfaltspflicht sanktioniert werden soll, mithin wiederum eine Haftung aus dem Rechtstitel der Culpa in Contrahendo geschöpft wird. Wendet man die vorgefundenen Ergebnisse auf den Tatbestand der Diskriminierung an, so muss die Vergleichbarkeit erneut verneint werden.

Festzustellen bleibt, dass im ABGB kein dem § 122 BGB vergleichbarer Tatbestand, der eine vom Verschulden unabhängige Vertrauenshaftung für den Anschein einer gültigen Willenserklärung enthält. Demzufolge sehen

²⁸⁵ *Reischauer* in *Rummel* Kommentar zum ABGB I³ Vor §§ 918-933 Rn.17.

Rechtssprechung und die herrschende Lehre in der unbegründeten Ablehnung des Vertragsschlusses²⁸⁶ die Verletzung der vorvertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten die zur Haftung aus dem Rechtstitel der Culpa in Contrahendo führen kann, die ihrerseits entsprechend den allgemeinen Grundsätzen des Haftungsrechts vom Tatbestandsmerkmal des Verschuldens abhängt.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass weder auf Seiten des Tatbestands noch auf Seiten der Rechtsfolgen Vergleichbarkeit besteht. Eine Haftung auf das Erfüllungsinteresse im vorvertraglichen Bereich ist beiden Rechtsordnungen fremd.

III. Die verschuldensunabhängige Haftung im Vertragsverhältnis

Fraglich erscheint, ob die Zivilrechtsordnungen sowohl auf österreichischer als auch auf deutscher Seite verschuldensunabhängige Rechtsfolgen zur Verfügung stellen, die mit der verschuldensunabhängigen Haftung wegen Diskriminierung vergleichbar sind.

1. Die vertraglichen Lösungsrechte

Zu nennen sind zunächst das vertragliche Lösungsrecht (§ 323 BGB), das in zentralen Vertragstypen um ein Minderungsrecht ergänzt wird (§§ 437, 441, 536 Abs.1, 638 BGB). Gleiches gilt für die Nacherfüllung, die unabhängig von dem Schuldnersverschulden gefordert werden kann.

Auch auf österreichischer Seite können Minderung und Wandlung sowie das Nachbesserungsrecht, zusammengefasst in § 932 ABGB, angeführt werden.

Das allgemeine Schuldrecht stellt dem Gläubiger in den §§ 323 Abs.1 und 324 BGB Lösungsrechte vom Vertrag zur Verfügung. Dabei kann der Gläubiger im Falle der Nichterbringung einer gegenseitigen, fälligen Pflicht nach § 323 Abs.1 BGB unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Leistung oder Nacherfüllung vom Vertrag zurücktreten. § 323 BGB gilt dabei ausnahmslos für Pflichten, die im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen. Daneben tritt das Rücktrittsrecht aus § 324 BGB im Falle der Verletzung einer Pflicht nach § 241 Abs.2 BGB. Im Rahmen des Dauerschuldverhältnisses tritt an die Stelle

²⁸⁶ *Ostheim*, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei grundloser Ablehnung des Vertragsschlusses JBl 1980, 570 (577); OGH 10 Ob 10/05a wobl 2006, 51 (54).

des Rücktrittsrechts nach den genannten Vorschriften das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund nach § 314 BGB. Grundlage hierfür bildet aber ebenfalls die Verletzung der Schutzpflichten aus § 241 Abs.2 BGB.

Nach § 918 ABGB kann der Gläubiger in einem entgeltlichen Vertrag bei mangelnder Leistung durch den Schuldner entweder Erfüllung und Schadensersatz wegen Verspätung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten, dies jedoch nur unter Fristsetzung zur Nacherfüllung.

Jedoch scheidet die Vergleichbarkeit der Tatbestände mit dem verschuldensunabhängig ausgestalteten Schadensersatzansprüche nach § 15 AGG und §§ 12, 26 GIBG aufgrund der unterschiedlichen Zielrichtung der Ansprüche aus. Während der Schadensersatz auf den Ausgleich für erlittene Nachteile abzielt, richtet sich die Kündigung aus wichtigem Grund auf die Beendigung des Vertragsverhältnisses.

2. die Haftung nach § 311 a Abs.2 BGB

Vergleichend kann einzig auf deutscher Seite die Haftung für anfängliche Unmöglichkeit aus § 311 a Abs.2 BGB herangezogen werden.

§ 311a Leistungshindernis bei Vertragsschluss

(1) Der Wirksamkeit eines Vertrags steht es nicht entgegen, dass der Schuldner nach § 275 Abs.1 bis 3 nicht zu leisten braucht und das Leistungshindernis schon bei Vertragsschluss vorliegt.

(2) Der Gläubiger kann nach seiner Wahl Schadensersatz statt der Leistung oder Ersatz seiner Aufwendungen in dem in § 284 bestimmten Umfang verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner das Leistungshindernis bei Vertragsschluss nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat.³ § 281 Abs. 1 Satz 2 und 3 und Abs.5 findet entsprechende Anwendung.

§ 311 a Abs.2 BGB gewährt dem Gläubiger im Falle des Vorliegens eines Leistungshindernisses bei Vertragsschluss nach seiner Wahl Schadensersatz statt der Leistung oder Ersatz seiner Aufwendungen in dem in § 284 BGB

bestimmten Umfang. Dies gilt jedoch nicht, wenn der Schuldner das Leistungshindernis bei Vertragsschluss nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat. Dabei ist die Pflichtverletzung, für die der Gläubiger nach § 311 a Abs.2 Schadensersatz erhält auf den Umstand zurückzuführen, dass das ihm gegebene, auf Erfüllung gerichtete Leistungsversprechen wegen § 275 BGB nicht erfüllt wird²⁸⁷. Der Schuldner kann sich jedoch exkulpieren, wenn er darlegt, dass er das Leistungshindernis bei Vertragsschluss nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat. Haftungsgrund des § 311 a Abs.2 BGB ist der Bruch des Leistungsversprechens. Dabei gibt der Schuldner ein Versprechen doppelten Inhalts ab: Es richtet sich zunächst auf die Erbringung der Leistung und enthält zusätzlich die Aussage, zu der Leistung im Stande zu sein²⁸⁸; diese wird verbunden mit der Rechtsfolge, im Fehlgehen dieser Aussage eine entsprechende Geldzahlung zu erbringen²⁸⁹.

Die Besonderheit der Vorschrift liegt darin begründet, dass die Garantie eingeschränkt wird durch die Rücksichtnahme auf die Erkennbarkeit des Leistungshindernisses für den Schuldner. Es handelt sich insoweit um eine Garantiehafung unter dem Vorbehalt des entschuldbaren Irrtums²⁹⁰.

In der vergleichenden Betrachtung der Haftung aus § 311 a Abs.2 BGB mit der Haftung nach § 15 Abs.1 AGG muss zunächst grundlegend festgestellt werden, dass § 311a Abs.2 BGB den Vertragsschluss als konstitutiv voraussetzt. Insoweit scheidet die Vergleichbarkeit des Anspruchs auf Schadensersatz nach § 15 Abs.1 AGG mit der Haftung nach § 311 a Abs.2 BGB für alle Fälle der Benachteiligung im vorvertraglichen Bereich. Dies gilt sowohl im Falle der Benachteiligung des nicht geeigneten Bewerbers, als auch des bestgeeigneten Bewerbers. Parallelen der Haftungstatbestände könnten folglich einzig im bestehenden Beschäftigungsverhältnis gezogen werden.

Dabei begegnet der Vergleichbarkeit jedoch die Schwierigkeit, dass § 311 a Abs.2 BGB nur das Äquivalenzinteresse schützt, nicht jedoch das Integritätsinteresse. Wie bereits oben erörtert stellt sich die Benachteiligung als

²⁸⁷ *Canaris*, Grundlagen und Rechtsfolgen der Haftung für anfängliche Unmöglichkeit nach § 311 a Abs.2 BGB in FS Heldrich (2005) 11 (24).

²⁸⁸ *Canaris*, in FS Heldrich 30.

²⁸⁹ *Canaris* in FS Heldrich 30.

²⁹⁰ *Ernst* in Münchener Kommentar zum BGB II⁵ § 311a Rn.15

Verletzung der arbeitsvertraglichen Nebenpflicht des Arbeitgebers dar²⁹¹. Begründet wird die Haftung aus § 311 a Abs.2 BGB durch den Ausschluss des Anspruchs auf die Leistung, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist, §275 Abs.1 BGB. Bezüglich der Nebenpflichten kann sich aber die Unmöglichkeit nur auf solche Pflichten erstrecken, die im Zusammenhang mit der Herbeiführung des Leistungserfolges stehen²⁹². Die Pflichten nach § 241 Abs.2 BGB kann nach der herrschenden Meinung nicht erfüllt werden im Sinne der §§ 362 ff. BGB, sondern sie ist so lange zu befolgen, wie die schuldrechtliche Sonderverbindung besteht²⁹³. § 275 Abs.1 BGB findet dahingegen keine Anwendung, wenn der Schuldner eine Schutzpflicht nicht eingehalten hat. Zur Begründung ist hier anzuführen, dass es sich bei der Pflicht zu diskriminierungsfreiem Verhalten um eine gesetzliche Schutzpflicht handelt. Der Arbeitgeber kann über die Einhaltung dieser Pflichten nicht disponieren, er ist hierzu gesetzlich verpflichtet. Demzufolge gibt der Arbeitgeber auch kein Leistungsversprechen dergestalt ab, sich diskriminierungsfrei zu verhalten, dessen Erbringung ihm in der Folge unmöglich werden kann.

Aus diesem Grund kann die verschuldensunabhängige Haftung auch nicht als ein Fall des vertraglichen Garantieversprechens eingeordnet werden. Über die Einhaltung einer gesetzlichen Pflicht kann nicht disponiert werden.

IV. Die Einordnung in das System der Gefährdungshaftungstatbestände

Die vorstehenden Ausführungen belegen die mangelnde Vereinbarkeit der Vorschriften mit dem tradierten vertraglichen Haftungsrecht Deutschlands und Österreichs. Zur Rechtfertigung des Systembruchs wird in der Literatur die Einordnung der verschuldensunabhängigen Haftung wegen Diskriminierung/Benachteiligung dem System der Gefährdungshaftungstatbestände zugeordnet.²⁹⁴ Das BAG lässt in seiner Entscheidung vom 05.02.2004²⁹⁵ die eine Diskriminierung im Zusammenhang mit der Besetzung einer Stelle zum Gegenstand hatte, offen, „ob es sich bei der

²⁹¹ Däubler in Däubler, Bertzbach, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz², § 7 Rn.293.

²⁹² Ernst in Münchener Kommentar zum BGB II⁵, § 275 Rn.12.

²⁹³ Heinrichs in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch⁶⁷, § 280 Rn.3.

²⁹⁴ Müller-Glöge in Münchener Kommentar II⁴ (2005)§ 611a BGB Rn.62.

²⁹⁵ BAG 8 AZR 112/03 AP § 611a BGB Nr.23.

Haftung nach § 611a BGB um eine verschuldensunabhängige vorvertragliche Haftung des Arbeitgebers oder um eine reine Gefährdungshaftung im vorvertraglichen Bereich handelt.“

Nach *Müller-Glöge* ist mit der Einführung der verschuldensunabhängigen Haftung des § 611a BGB „die Begründung des Arbeitsverhältnisses mit anderen gefährlichen Tätigkeiten gleichgestellt worden“. ²⁹⁶

Gamillschegg ordnet die Haftung wegen Diskriminierung als „eine Art Gefährdungshaftung“ ein. ²⁹⁷

Angezeigt ist es daher sich zunächst den herkömmlichen Anwendungsbereich der Gefährdungshaftungstatbestände darzustellen.

1. Der Anwendungsbereich und die Analogiefähigkeit der Gefährdungshaftung

Gefährdungshaftungstatbestände finden sich in der deutschen Rechtsordnung wieder in § 833 S.1 BGB, § 7 StVG, § 1,2 HaftpflG, § 33 ff. LuftVG, §§ 1, 2 UmwHG, § 1 ProdHaftG, § 84 AMG, §§ 25 ff. AtomG, § 32 GenTG, § 22 WHG, § 29 I, II BJagdG.

Parallel hierzu finden sich auch in der österreichischen Rechtsordnung zahlreiche Gefährdungshaftungstatbestände in §12 EKGH, §3 RHG, LuftVG, § 3 AtomHG, § 10 RohrlG, § 186 BergG, § 34 GWG, § 161 MinroG.

Wenngleich auf deutscher Seite die Gefährdungshaftungstatbestände dem Enumerationsprinzip unterliegen und eine spezialgesetzliche Zersplitterung erfahren, existiert doch ein durchgängiges Prinzipien, das die dogmatische Eigentümlichkeit konstituiert. ²⁹⁸

Diese Feststellung gilt in gleichem Maße für die österreichische Rechtsordnung. Auch hier wird den Gefährdungshaftungstatbeständen von Seiten der Literatur Analogiefähigkeit zuerkannt. „Das Fehlen eines allgemeinen Gefährdungshaftungstatbestandes, der nur schwer zu formulieren wäre, wird aber dadurch ausgeglichen, dass die Zulässigkeit einer Gefährdungshaftung

²⁹⁶ *Müller-Glöge* in Münchener Kommentar II⁴ § 611a BGB Rn.62.

²⁹⁷ EuGH 03.02.2000, C-207/98, *Mahlburg*, Slg2000, I- 549, EzA § 611a BGB Nr.15(Gamillschegg).

²⁹⁸ *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrecht II/2¹³ (1994) 604.

kraft Analogie bejaht wird.“²⁹⁹ Auch die österreichische Rechtsprechung³⁰⁰ billigt der Gefährdungshaftung grundsätzlich Analogiefähigkeit zu.

Einhergehend mit der Bejahung der Analogiefähigkeit sieht der Entwurf zur Schaffung eines neuen österreichischen Schadensersatzrechts³⁰¹ eine verschuldensunabhängige Haftung für Quellen hoher Gefahr vor.

2. Die Vergleichbarkeit auf der Rechtsfolgenseite

a) Der Ersatz immaterieller Interessen

Wendet man den Blick vorgreifend auf die Rechtsfolgen kann eine vergleichende Betrachtung zunächst grundlegende Zweifel an der Geeignetheit der Gefährdungshaftung als Erklärungsmodell der verschuldensunabhängigen Haftung nach dem AGG und dem GIBG erzeugen. Diese könnten sich aus der mangelnden Ersatzfähigkeit immaterieller Interessen aus den Gefährdungshaftungstatbeständen nähren.

Dies wird zunächst durch den Umstand untermauert, dass sowohl der deutsche als auch der österreichische Gesetzgeber den Ersatz immaterieller Interessen im Bereich der Gefährdungshaftung uneinheitlich geregelt haben.

Mit der Neufassung des § 253 BGB durch das Zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19.07.2002 reagierte der Gesetzgeber auf die Forderung aus der Literatur, auch für die Gefährdungshaftungstatbestände einen Schmerzensgeldanspruch einzuführen.

Mit der besagten Neuschaffung verschob der Gesetzgeber den Schmerzensgeldanspruch in das allgemeine Schuldrecht, § 253 Abs.2 BGB. Zudem wurden die Gefährdungshaftungstatbestände neu gefasst und sehen nun ausdrücklich vor, dass „auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden kann.“³⁰²

Demgegenüber zeichnet sich in der österreichischen Rechtsordnung im Bezug auf den Ersatz ideeller Nachteile im Rahmen der Gefährdungshaftungstatbestände kein einheitliches Bild ab. Einen Anspruch auf Schmerzensgeld bei der Körperverletzung sehen nicht alle Gesetze vor.

²⁹⁹ *Karner*, Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung (1997) 31.

³⁰⁰ OGH 5 Ob 50/73 JBl 1974, 199 (200).

³⁰¹ § 1302 des Entwurfs zur Reform des Schadensersatzrechts in Österreich.

³⁰² vgl. § 11 S.2 StVG, § 6 S.2 HaftPflG, § 36 S.2 LuftVG, § 87 S.2 AMG, § 29 Abs.2 AtomG und § 32 Abs.5 S.2 GenTG.

Während die Gesetze, die aus dem deutschen Rechtsbereich stammen, wie das RHG und das LuftVG nur den Ersatz des Vermögensschadens gewähren, stellen die neueren Gefährdungshaftungstatbestände auch den Ersatz des ideellen Schadens ein, vgl. § 12 EKHG, § 186 BergG und § 10 RohrlG. Ferner ist anzuführen, dass in den §§ 1302 und 1303 Reformentwurf zum Schadensersatzrecht aus dem Jahre 2005 Gefährdungshaftungstatbestände normiert wurden, die den allgemeinen Prinzipien des Schadensersatzrechts folgen und damit auch den Ersatz immaterieller Interesse erfassen.

b) Die Präventionsfunktion

Fraglich ist auch, ob die Gefährdungshaftung auf der Rechtsfolgenseite den Anforderungen gerecht werden kann. Dies könnte insoweit fragwürdig sein, als das dem Präventionszweck, dem die Haftungstatbestände wegen Benachteiligung bzw. Diskriminierung dienen sollen, nicht ausreichend verwirklicht wäre. Die Haftung wegen Diskriminierung/ Benachteiligung verfolgt neben der Ausgleichsfunktion auch die Funktion der Prävention. Der Schadensersatz soll abschreckende Wirkung entfalten und den Arbeitgeber von Diskriminierung/ Benachteiligung abhalten. Fraglich ist, ob dieser Zweck auch der Gefährdungshaftung innewohnt. In diesem Zusammenhang ist anzuführen, dass der Gefährdungshaftung eine „ökonomische Prävention“³⁰³ inne wohnt. Der Betreiber gefährlicher Anlagen wird seine wirtschaftlichen Aktivitäten senken, sobald er feststellt, dass sich der Betrieb wegen der steigenden Kosten, die aus dem steigenden Schadensrisiko entstehen als unrentabel darstellt und in letzter Konsequenz die Anlage still legen.

Andererseits wird der Anlagenbetreiber aber auch alle erforderlichen und ihm rentabel erscheinenden Sicherheitsvorkehrungen treffen um die Gefahr des Schadenseintritts zu minimieren.

Projiziert man diese Grundsätze auf die Haftung des Arbeitgebers wegen Diskriminierung/ Benachteiligung, muss festgestellt werden, dass die Gefährdungshaftung zur Prävention ebenfalls geeignet ist.

³⁰³ *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht ²Rn.637.

3. Die grundlegenden Gedanken hinter der Gefährdungshaftung

Insofern ist die Frage aufzuwerfen, ob die verschuldensunabhängige Haftung des Arbeitgebers wegen Diskriminierung/ Benachteiligung mit der Gefährdungshaftung vergleichbar ist. Dabei soll zunächst der herkömmliche Anwendungsbereich der Gefährdungshaftung dargestellt werden und anschließend untersucht werden, ob die Haftung wegen Diskriminierung/Benachteiligung den grundlegenden Gedanken der Gefährdungshaftung entspricht.

a) Das Wesen der Gefährdungshaftung

Die Entwicklung der Gefährdungshaftung findet ihren Ursprung in der fortschreitenden technischen Modernisierung. Der Gefährdungshaftung im herkömmlichen Sinne liegen die Prinzipien der Gefahrveranlassung und Gefahrbeherrschung zugrunde³⁰⁴. Sie trägt der gewandelten Funktion der Fahrlässigkeit in der modernen Verkehrs- und Industriegesellschaft Rechnung³⁰⁵, nach der regelmäßig nicht die Verhinderung sondern der konkrete Umgang mit der Gefahr als sorgfältiges Verhalten angesehen wird. Damit stützt sich die Gefährdungshaftung auf das Zurechnungsprinzip. Derjenige, der eine Gefahrenquelle zum eigenen Vorteil unterhält und beherrscht, muss im Falle der Realisierung der Gefahr für die dadurch verursachten Schäden unabhängig davon aufkommen, ob ihm eine Fahrlässigkeitsvorwurf hinsichtlich der Realisierung gemacht werden kann.³⁰⁶ Damit unterscheidet sich die Gefährdungshaftung nicht nur von der Verschuldenshaftung, sondern auch von der bloßen Verursachenshaftung³⁰⁷. Der Haftungsmaßstab wendet sich von der Sorgfaltshaftung hin zu einer Erfolgshaftung. In der Konsequenz hieraus findet im Gegensatz zur Verschuldenshaftung im Rahmen der Gefährdungshaftung eine Solidarisierung im Schadensfalle statt. Das Risiko des Schadenseintritts wird von dem Betroffenen auf die Gemeinschaft verlagert. Die Anknüpfungspunkte für die Belegung mit einer Gefährdungshaftung sind zahlreich. Genannt werden die

³⁰⁴ *Larenz/Canaris*, Lehrbuch zum Schuldrecht II/2¹³ (1994) 605,

³⁰⁵ *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht², Rn. 636.

³⁰⁶ *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch⁶⁷, Einf v § 823 BGB Rn.6.

³⁰⁷ BGH VI ZR 177/75 BGHZ 67, 129 (130).

Beherrschung der Gefahr, der Nutzen aus der Gefahr oder die Gefahr eines außergewöhnlich hohen Schadens. Einige Autoren sehen die Grundlage für die Gefährdungshaftung in der Erlaubtheit der Gefährdung. Andere sehen in der Nähe des Schädigers zur Gefahrenquelle und der damit einhergehende Beweisnot des Opfers die Grundlage der Gefährdungshaftung.

b) Das Kriterium der besonderen Gefahr

In beiden Rechtsordnungen bildet das Kriterium der besonderen Gefahr den grundlegenden Anknüpfungspunkt für die Gefährdungshaftung. Aus der besonderen Gefahr heraus resultieren enorme Risiken einerseits hinsichtlich der Verwirklichung des Schadenspotentials, andererseits hinsichtlich des Schadensausmaßes. Die Gefährdungshaftung greift in Bereichen ein, in denen das Schadenspotential aufgrund gewaltiger Elementarkräfte, die beispielsweise beim Betrieb eines Nuklearreaktors entstehen, oder der Unbekanntheit des Risikopotentials, wie etwa das der Gentechnik, aus der besondere Gefahren mit dem Umgang der Technik herrühren. Andererseits auch dann, wenn der Schaden katastrophale Ausmaße erreichen kann, wie dies im Falle des Eisenbahnunglücks, des Reaktorschadens oder des Flugzeugabsturzes regelmäßig der Fall ist.

Der OGH charakterisiert die Gefahrenquellen dahingehend, dass gewaltige Elementarkräfte entfesselt werden, schwere Massen mit ungeheurer Geschwindigkeit dahin gleiten, Zündstoffe erzeugt oder verwendet werden, der feste Boden untergraben oder der Laufraum unsicher gemacht wird.

Koziol führt die Einführung der Gefährdungshaftungstatbestände auf zwei Momente zurück, die den Gesetzgeber seiner Auffassung nach bewogen haben, eine verschärfte verschuldensunabhängige Haftung einzuführen. Einerseits begründet die hohe Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts den Umstand der besonderen Gefahr, hierzu führt er die Haftung für Kraftfahrzeuge an, andererseits die Höhe des Schadens, dessen Eintritt allerdings nicht sehr wahrscheinlich sei, was er am Beispiel des AtomHG verdeutlicht.³⁰⁸

Eine analoge Anwendung der Gefährdungshaftung wurde von der österreichischen Rechtsprechung beispielsweise in den Fällen bejaht, in denen

³⁰⁸ *Koziol*, Haftungspflichtrecht, I³ (1997) 222.

ein Industriebetrieb Rauchgase entwickelt hat oder für das Unternehmen eines Feuerwerkers.

Dieser Gedanke manifestiert sich auch in den §§ 1302 und 1303 des Reformentwurfs zum österreichischen Schadensersatzrecht.

Nach § 1302 des Entwurfs haftet der Halter einer Quelle hoher Gefahr für den eingetretenen Schaden. § 1303 definiert eine Quelle hoher Gefahr:

Eine Quelle hoher Gefahr liegt vor, wenn eine Sache als solche, ihr gewöhnlicher Gebrauch oder eine Tätigkeit, trotz Aufwendung der erforderlichen Sorgfalt, das Risiko häufiger oder schwerer Schäden mit sich bringt. Quellen hoher Gefahr sind insbesondere Kernanlagen, Staudämme, Öl-, Gas- und Starkstromleitungen, Munitionsfabriken und -lager, ferner Luftfahrzeuge, Eisen- und Seilbahnen, Motorfahrzeuge und Motorboote sowie Bergbau und Sprengungen.

Koziol sieht den Haftungsgrund vor allem darin, dass demjenigen der Schaden zugerechnet werden kann, dessen Interessen die besondere Gefahrenquelle dient und dem auch die Möglichkeit der Einflussnahme offen steht.³⁰⁹

Kletečka steht der Einordnung der Diskriminierung/Benachteiligung in das System der Gefährdungshaftungstatbestände ablehnend gegenüber. Zur Begründung führt er an, dass in der Diskriminierung nicht die für eine Gefährdungshaftung essentielle Gefährdung inne wohne.³¹⁰

Die Einstellung und Beschäftigung von Mitarbeitern birgt nicht das erhöhte Risikopotential in sich, dass es zu Diskriminierungen/ Benachteiligungen kommt.

Die Vergleichbarkeit muss ferner bei der Betrachtung des Schadensausmaßes verneint werden. Im Falle des Reaktorschadens oder des Eisenbahnunglücks kann der Schaden Millionenbeträge erreichen; demgegenüber stellt sich der drohende Schaden wegen Diskriminierung/Benachteiligung als wesentlich geringer dar. Zwar folgt sowohl aus den §§ 12 und 26 GIBG als auch aus § 15 AGG, dass der Arbeitnehmer neben dem materiellen Schaden auch einen Anspruch auf eine billige Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung verlangen kann. Dabei betont der EuGH jedoch, dass der

³⁰⁹ *Koziol* Haftpflichtrecht, I³ 219.

³¹⁰ *Kletečka* in *Rebhahn*, GIBG § 12 Rn.38.

Schadensersatz bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebots in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden zu stehen hat³¹¹.

Sowohl nach den §§ 12 Abs.1 Nr.2, 26 Abs.1 Nr.2 GIBG als auch dem § 15 Abs.2 S.2 AGG ist der Schadensersatzanspruch für den Bewerber, der auch bei diskriminierungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre, in der Summe begrenzt. Nach dem GIBG gilt die summenmäßige Begrenzung ebenfalls beim beruflichen Aufstieg, §§ 12 Abs.5 Nr.2, 26 Abs.5 Nr.2 GLBG.

Aber auch bei geringeren Gefahren, als der eines Kernreaktorschadens kann eine gemeinsame Grundlage nicht erblickt werden. So verbietet sich selbst eine vergleichende Betrachtung mit der straßenverkehrsrechtlichen Gefährdungshaftung. Hier besteht die Gefahr der schweren körperlichen Schädigung.

Vergleichbare Positionen ergeben sich auch nicht unter Zugrundelegung des Gedankens der Zusammengehörigkeit von Vorteil und korrespondierendem Risiko. *Canaris* legt dar, dass dieses Prinzip in voller Stärke zum Ausdruck kommt, wenn der Inhaber einer Gefahrenquelle deren wirtschaftlichen Nutzen über den Preis auf die Kunden umlegen kann.³¹² Zwar handelt der diskriminierende Arbeitgeber regelmäßig in der Absicht, durch die zielgerichtete Diskriminierung seinen Profit zu steigern. Dennoch ist die Interessenlage nicht die gleiche. Es besteht im Falle der Diskriminierung keine unkontrollierbare Gefahrenquelle, deren Schadensrisiko über einen Preis auf die Kunden umgelegt werden kann. Vielmehr steckt hinter der Diskriminierung in aller Regel ein vorsätzliches Wirken des Arbeitgebers.

c) **Die Erlaubtheit der Gefährdung**

In der Rechtsprechung³¹³ findet sich als Erklärung für die Einführung der Gefährdungshaftung die Begründung wieder, diese sei die Kompensation für die Gestattung einer Handlung, die, stelle man nur auf die gefährdeten Interessen Dritter ab, eigentlich verboten sein müsste. Auch *Deutsch* sieht den

³¹¹ EuGH 22.04.1997, C-180/95, *Draehmpael/Urania Immobilienservice OHG*, Slg 1997 I-2195.

³¹² *Larenz/Canaris*, Lehrbuch zum Schuldrecht II/2¹³ (1994) 605.

³¹³ OGH 5Ob50/73 JBl 1974, 199 (201); BGH VI ZR 346/87 BGHZ 105, 65 (66).

wirklichen Gegensatz zwischen Schuldhaftung und Gefährdungshaftung im Bereich der Rechtswidrigkeit verortet. „Man kann ihn verkürzen, dass man sagt: Die Schuldhaftung verbietet, die Gefährdungshaftung erlaubt. Mag auch für eine unerlaubte, weil übermäßig gefährdende oder besonders verbotene Betriebshandlung gleichfalls die Gefährdungshaftung eintreten, so ist doch die gesetzliche Einführung der Gefährdungshaftung für ein Unternehmen ein Hinweis darauf, dass dieses Unternehmen erlaubt ist.“³¹⁴

Dass dieses Kriterium kein tragfähiges Erklärungsmodell für die Einführung eines Gefährdungshaftungstatbestandes liefern kann, wird bereits deutlich, wenn man es an die Haftung des PKW – Halters anlegt. Niemand würde auf die Idee kommen, im Führen eines PKW eine generelle Gefahr zu sehen, die eigentlich von Gesetzeswegen verboten sein müsste. Dieses Kriterium ist völlig ungeeignet, die Gefährdungshaftung zu charakterisieren.³¹⁵

Legt man diesen Maßstab an die verschuldensunabhängige Haftung des Arbeitgebers wegen Diskriminierung/Benachteiligung an, muss die Vergleichbarkeit verneint werden. Den Gedanken auf die Haftung wegen Diskriminierung/Benachteiligung anzuwenden, würde bedeuten der Einstellung und Beschäftigung von Mitarbeitern ein grundsätzliches Verbot beizumessen. Dies muss als sinnwidrig eingeordnet werden.

d) Die Beweisführung

Im Bereich des Deliktsrechts kann die Gefährdungshaftung zwar damit begründet werden, dass der Geschädigte einem Entlastungsbeweis auf Grund der Unkenntnis betriebsinterner Vorgänge nur schwer entgegenzutreten kann. Auch muss berücksichtigt werden, dass im Deliktsrecht die Möglichkeit der Exkulpation offen steht. Dem gegenüber handelt es sich bei der Haftung wegen Diskriminierung um eine vertragliche Haftung. Hier besteht nicht die Gefahr der Exkulpation.

³¹⁴ *Deutsch*, Allgemeines ,Haftungsrecht² Rn.657.

³¹⁵ *Larenz/Canaris*, Lehrbuch zum Schuldrecht II/2¹³ (1994) 606.

Dies kann nach *Treber* aber auch nicht für die Haftung im vorvertraglichen Bereich gelten.³¹⁶ Erst Recht kann dieses Argument nicht im Bereich der vertraglichen Haftung Geltung beanspruchen.

4. Die Haftung des Gastwirts

Sowohl die deutsche, als auch die österreichische Rechtsordnung stellen dem Gast gegen den Gastwirt eine Anspruchsgrundlage zur Seite, den Schaden geltend zu machen, den er an den von ihm eingebrachten Sachen erleidet. Nach § 701 Abs.1 BGB haftet der Gastwirt, der gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung aufnimmt, für den Schaden, der durch den Verlust, die Zerstörung oder Beschädigung von Sachen entsteht, die ein im Betrieb dieses Gewerbes aufgenommener Gast eingebracht hat, wenn nicht der Schaden durch vom Gast zu vertretende Umstände, durch die Beschaffenheit der Sachen oder durch höhere Gewalt verursacht wurde, § 701 Abs.3 BGB.

Nach § 970 Abs.1 ABGB haftet der Gastwirt, der Fremde beherbergt als Verwahrer für die von den aufgenommenen Gästen eingebrachten Sachen, sofern er nicht beweisen kann, dass der Schaden weder durch sie oder einen ihrer Leute verschuldet noch durch fremde, in dem Hause aus- und eingehende Personen verursacht ist.

Während die Haftung nach § 701 Abs.1 BGB gänzlich verschuldensunabhängig ausgestaltet ist, haftet der Gastwirt nach § 970 Abs.1 ABGB verschuldensabhängig für sich und seine „Leute“ und verschuldensunabhängig für fremde, „im Haus aus- und eingehende Personen“. Die Haftung nach beiden Anspruchsgrundlagen bedarf keines Vertragsschlusses zwischen Wirt und Gast.

Umstritten ist dabei, ob es sich um eine Gefährdungshaftung³¹⁷ handelt oder eine Haftung aus einer der „Garantiepflicht angenäherten Risikoverteilung“³¹⁸. Sie stellt sich als Erfolgshaftung aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis dar und ist summenmäßig begrenzt.

Ihren Zweck schöpfen beide Vorschriften aus der typischen Gefahr des „offenen Hauses“. Dabei steht hinter der Haftung der Gedanke der drohenden

³¹⁶ *Treber*, Arbeitsrechtliche Neuerungen durch das „Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Arbeitsgerichtsgesetzes“ NZA 1998, 856 (858).

³¹⁷ BGH III ZR 91/59 BGHZ 32, 150 (151).

³¹⁸ *Werner* in Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2006) Vorbem. zu §§ 701 ff. BGB Rn.5.

Beweisnot, in die der Gast im Falle der Zerstörung oder Beschädigung der eingebrachten Sachen kommen kann, müsste er eine schuldhafte Pflichtverletzung des Gastwirts nachweisen. Der Gast hat in der Regel nur die eingeschränkte Möglichkeit seine Sachen zu beaufsichtigen zumal er nicht die Schutzmöglichkeiten gegen Zerstörung und Beschädigung nutzen kann, die ihm womöglich zuhause zur Verfügung stehen. Der Schutz der eingebrachten Sachen wird zusätzlich erschwert durch den ständigen wechselnden Personenkreis, der in der Herberge verkehrt.

Hinzu tritt der Gedanke, dass der Gastwirt seinem, von ihm ausgesuchten Personal durch den Zutritt zu den Zimmern ungehinderten Zugriff auf die Sachen der Gäste verschafft und letztendlich aus der Beherbergung auch den wirtschaftlichen Nutzen zieht.

Die typische Gefahr des Beherbergungsbetriebes besteht darin, dass oftmals völlig ungeklärt bleibt, wer die Beschädigung verursacht hat. Das Ausmachen des Schädigers ist dem Gast oftmals völlig unmöglich. Der Gast müsste ohne die Zufallshaftung bei Verlust oder Beschädigung der von ihm eingebrachten Sachen den Verschuldensnachweis für eine vertragliche oder deliktische Haftung nachweisen, was ihm oftmals unmöglich sein wird, da der Gast sich oftmals ganztägig außerhalb der Gasträume aufhält.

Eine Gemeinsamkeit weisen die Vorschriften zur Haftung des Gastwirts und die Haftung bei Diskriminierung/Benachteiligung für den Fall auf, dass der Bewerber oftmals nicht einsehen kann, ob er im Bewerbungsverfahren benachteiligt wurde.

Die Vergleichbarkeit scheidet allerdings an dem wesentlichen Zweck, der hinter den Haftungstatbeständen steht. Während die Haftung des Gastwirts die vereinfachte Durchsetzung der Schadensersatzansprüche ermöglichen soll, weil der Gast in der Regel nicht wissen wird, wer ihm den Schaden zugefügt hat, sei es der Gastwirt, ein Angestellter oder ein anderer Gast. In der Regel wird zwar der Schaden durch schuldhaftes Handeln einer Person, sei es des Gastwirts, eines Angestellten oder eines Gastes entstanden sein, dies zu ermitteln wird dem Gast in der Regel jedoch unmöglich sein. Anders verhält es sich bei der Haftung wegen Diskriminierung/Benachteiligung. Der Arbeitnehmer wird die Diskriminierung unmittelbar wahrnehmen und eine eindeutige Zuordnung treffen können.

Deutlicher tritt dieser Schutzzweck hinter der Haftung in der Fassung des § 970 Abs.1 ABGB hervor, der an dem Merkmal des Verschuldens für die Pflichtverletzung des Gastwirts oder seiner „Leute“ anknüpft und nur in Bezug auf die Haftung für Pflichtverletzungen fremder im Haus ein- und ausgehender Personen vom Merkmal des Verschuldens absieht. Die gewählte Formulierung, die die Beweispflicht des Gastwirts deutlich hervorhebt, veranschaulicht damit, dass der wesentliche Gedanke hinter der Vorschrift die Linderung der Beweisnot des Gastes ist, nicht primär das Absehen vom Verschulden. Deutlich tritt dabei hervor, dass die Haftung geschaffen wurde um in dem besonderen Gefahrenbereich, den der Gastwirt verantwortet, und in dem der Gast in der Regel keine Einflussmöglichkeiten hat, eine vereinfachten Durchsetzung der Ausgleichsansprüche zu ermöglichen.

Der vereinfachten Durchsetzung der Ansprüche dienen ebenfalls die verschuldensunabhängig ausgestalteten Haftungsgrundlagen wegen Diskriminierung/Benachteiligung. Neben der verschuldensunabhängigen Ausgestaltung der Haftungstatbestände dient die erleichterte Beweisführung sowohl nach dem AGG als auch dem GIBG der effektiven Durchsetzung der Schadensersatzansprüche. Vornehmlichstes Ziel ist aber sowohl nach dem AGG als auch dem GIBG nicht die Vereinfachung der Ausgleichsansprüche aus der Unkenntnis des Schädigers, sondern die Durchsetzung der Gleichbehandlung als grundlegendes Prinzip der Gemeinschaft. Zu diesem Zweck, dies folgt aus der Rechtsprechung des EuGH, muss der Schadensersatzanspruch abschreckende Wirkung entfalten. Dies wird nur erreicht, wenn jeder Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot für sich genommen, die volle Haftung auslöst³¹⁹, ohne dass die im nationalen Recht vorgesehenen Rechtfertigungsgründe eingreifen. Daraus folgt, dass die Haftung beim Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nicht den Zweck verfolgt, reine Zufallsschäden in einem Gefahrenbereich auszugleichen, sondern vielmehr abschreckende Wirkung entfalten soll um letztendlich den Arbeitgeber dazu zu bewegen seinerseits alles Erforderliche zu tun um in seinem Einflussbereich jegliche Form von Diskriminierung zu unterbinden.

³¹⁹ EuGH 08.11.1990, C-177/88, *Dekker/VPV-Centrum*, Slg 1990 I-03941.

5. Ergebnis:

Die vorgenannten Ausführungen belegen, dass die verschuldensunabhängige Haftung wegen Diskriminierung/Benachteiligung nicht in das System der Gefährdungshaftungstatbestände eingeordnet werden kann.

V. Die Rechtfertigung der verschuldensunabhängigen Haftung unter den Besonderheiten des Arbeitsrechts

Die Feststellung, dass sich die verschuldensunabhängige Haftung des Arbeitgebers wegen Diskriminierung nicht in die Systematik des Zivilrechts einordnen lässt, führt unmittelbar zu der Frage, ob diese ihre Rechtfertigung aus den Besonderheiten des Arbeitsrechts schöpfen kann? Die verschuldensunabhängige Haftung besteht in der arbeitsrechtlichen Systematik in beiden Rechtsordnungen im Zusammenhang mit der Haftung des Arbeitgebers für Sachschäden des Arbeitnehmers und in der Frage der Gleichbehandlung. Einzugehen ist an dieser Stelle zunächst auf die Haftung des Arbeitgebers für Sachschäden des Arbeitnehmers.

1. Die Haftung des Arbeitgebers für Sachschäden des Arbeitnehmers

Hinsichtlich der Haftung der Vertragsparteien im Arbeitsverhältnis ist in beiden Rechtsordnungen festzustellen, dass diese für Schäden, die dem anderen Teil anlässlich der Erfüllung des Vertragsverhältnisses erwachsen, im Vergleich zum Zivilrecht erhebliche Modifikationen erfährt.³²⁰

Eine wesentliche Modifikation der zivilrechtlichen Haftungsgrundsätze findet sich in der Haftung des Arbeitgebers für Sachschäden des Arbeitnehmers wieder. Hat der Dienstnehmer im Interesse des Dienstgebers eigenes Vermögen zur Erbringung der Dienstleistung eingesetzt, haftet der Dienstgeber dem Dienstnehmer bei Eigenschäden des Dienstnehmers verschuldensunabhängig. In der österreichischen Rechtsordnung wird diese aus der analogen Anwendung des § 1014 ABGB geschlossen. In einer

³²⁰ Preis in Erfurter Kommentar⁸ § 619a BGB Rn.6.

grundlegenden Entscheidung hat der OGH³²² einem Arbeitnehmer einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf Ersatz für arbeitsadäquate Sachschäden infolge gefahreneigiger Tätigkeit analog § 1014 ABGB zuerkannt, wenn sich das spezifische Risiko der Tätigkeit des Arbeitnehmers verwirklicht hat. Auch § 2 DNHG sieht Haftungserleichterungen zugunsten des Dienstnehmers vor.

In der deutschen Arbeitsrechtsordnung bildet § 670 BGB in analoger Anwendung die Grundlage für Haftungserleichterungen. Voraussetzung der Haftungsbeschränkung ist, dass der Arbeitnehmer eine Einbuße an seinen Vermögensgütern bei der Ausführung einer betrieblichen Tätigkeit erlitten hat. Diese Haftungserleichterung folgt aus der Zusammenschau mehrerer Begründungselemente, die letztendlich auf den Gedanken zurückzuführen sind, dass der Arbeitgeber die geschuldete Arbeitsleistung bestimmt und korrelierend hierzu die Fürsorgepflicht auferlegt bekommt, den Arbeitnehmer von Haftungsrisiken freizustellen.³²³

Eine Haftung nach allgemeinen zivilrechtlichen schadensersatzrechtlichen Grundsätzen würde der grundlegenden Wertung des Arbeitsrechts, dem Schutz des persönlich abhängigen Arbeitnehmers, nicht gerecht werden.³²⁴

Preis sieht die Rechtfertigung des Abweichens von den bestehenden zivilrechtlichen Haftungsgrundsätzen „in der Verantwortung des Arbeitgebers für die mit der Organisation seines Betriebes verbundenen Risiken und den im Arbeitsrecht besonders intensiv ausgeprägten wechselseitigen Schutzpflichten“ begründet.³²⁵

2. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz

Fraglich ist, ob die verschuldensunabhängige Haftung wegen Diskriminierung Gemeinsamkeiten mit den genannten Rechtsinstituten, insbesondere dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, aufweist.

In die Betrachtung einzubeziehen ist ferner der in beiden Rechtsordnungen fest verankerte einfachgesetzliche arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz.

³²² OGH 4Ob35/82 JBl 1984, 391.

³²³ Jousen in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Arbeitsrecht Kommentar (2008) § 611 Rn.369.

³²⁴ Marhold/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht (2006) 232.

³²⁵ Preis in Erfurter Kommentar⁸ § 619a BGB Rn.6.

Dieser gehört sowohl in Österreich als auch in Deutschland zu den grundlegenden Rechtsgründen des Arbeitsrechts, der inzwischen gewohnheitsrechtlich anerkannt ist. Das Bundesarbeitsgericht umschreibt die Reichweite des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes auf deutscher Seite wie folgt:

„Der Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet dem Arbeitgeber seine Arbeitnehmer oder Gruppen seiner Arbeitnehmer, die sich in vergleichbarer Lage befinden, bei der Anwendung einer selbst gegebenen Regel gleich zu behandeln. Er verbietet nicht nur die willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer innerhalb einer Gruppe, sondern auch eine sachfremde Gruppenbildung.“³²⁶

Eine Differenzierung ist nach der deutschen herrschenden Meinung dann sachfremd, wenn es für die unterschiedliche Behandlung keine billigenwerten Gründe gibt, wenn also für eine am Gleichheitsgedanken orientierte Betrachtungsweise die Regelung als willkürlich anzusehen ist.³²⁷ Dies gilt gleichermaßen auf österreichischer Seite. Allerdings erfährt der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz insoweit eine Einschränkung, als dass er nur die Differenzierung, die den einzelnen in eine benachteiligende Minderheitenposition bringt, für die es keine sachliche Rechtfertigung gibt, sanktioniert.³²⁸

3. vergleichende Betrachtung

Gleiches gilt für die Diskriminierungsverbote. Auch die Diskriminierungsverbote lassen nur dort eine Rechtfertigung der Benachteiligung zu, wo ein sachlicher Grund gegeben ist.

Auch die Wirkrichtung beider Rechtsinstitute ist grundlegend die gleiche. Während nach der Ansicht *Wiedemanns*³³⁰ der Gleichheitssatz die Verteilungsgerechtigkeit wahren soll, stellen die Diskriminierungsverbote die Beteiligungsgerechtigkeit sicher. Die Verteilungsgerechtigkeit bemüht sich, geeignete sachliche Maßstäbe für die Verteilung von Chancen und Lasten zu

³²⁶ BAG, 5 AZR 713/00 NZA 2003/215.

³²⁷ BVerfG 2 BvL 4/83 BVerfGE 71, 39, 58.

³²⁸ *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht⁴ (2008) 336.

³³⁰ *Wiedemann*, Gerechtigkeit durch Gleichbehandlung, in FS 50 Jahre Bundesarbeitsgericht (2004) 265 (266).

finden, während die Beteiligungsgerechtigkeit die Zurücksetzung wegen ungeeigneter Unterscheidungsmerkmale verhindern will. Bei genauerer Betrachtung liegt hierin jedoch kein tief greifender Unterschied begründet. Auch der Gleichheitssatz gewährleistet dem Individuum das Recht auf Beteiligung. Die Diskriminierungsverbote dienen letztendlich doch der Verwirklichung des Gleichheitssatzes.

Die Antidiskriminierungsvorschriften finden, wie auch der Gleichheitssatz, ihre Wurzel in der Anerkennung der Menschenwürde. Daneben wirkt das Antidiskriminierungsrecht aber auch zum Schutz der persönlichen Entfaltungsfreiheit und der Gleichheit, insbesondere im Verhältnis von Mann und Frau oder Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigten. Damit ist festzustellen, dass zwischen dem Gleichheitsgebot und dem Diskriminierungsverbot Berührungspunkte bestehen, so stellt auch das BAG fest, dass der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt ist, wenn eine Maßnahme gegen die Richtlinie 2000/78/EG verstößt.

Wendet man den Blick auf die Rechtsfolgen, so ist festzustellen, dass aus der Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes regelmäßig die Angleichung nach oben folgt. Die übergangenen Arbeitnehmer können verlangen, nach Maßgabe der allgemeinen Regel behandelt zu werden. Sie haben Anspruch auf die Leistung, welche die begünstigte Gruppe erhalten hat. Auf ein Verschulden des Arbeitgebers kommt es nicht an.³³²

Vergleichend hierzu gewähren die Schadensersatzvorschriften nach dem GIBG und dem AGG den diskriminierten Arbeitnehmer oftmals den Anspruch auf Gleichstellung. So findet sich in §§ 12, 16 Abs.6 GIBG ein Anspruch auf Gewährung gleicher Arbeitsbedingungen zugunsten des Diskriminierten. Insoweit weisen die Diskriminierungsverbote und das Gleichbehandlungsgebot auch hinsichtlich der Rechtsfolgen gewisse Parallelen auf. Beide Rechtspositionen verschaffen einen Anspruch auf Naturalrestitution. Der Geschädigte wird so gestellt, wie er ohne Benachteiligung stünde.

Fraglich ist dabei, ob sich beide Institute aus einer gemeinsamen Wertung gründen. Ein dogmatischer Ansatzpunkt hinter dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz stellt entscheidend auf die Machtposition des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer ab.

³³² *Hinrichs* in *Däubler/Bertzbach Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*² § 2 AGG Rz 200.

Bydlinski vertritt die Meinung, dass die grundsätzliche „Verhandlungsunterliegenheit“ des Arbeitnehmers bzw. des Bewerber diesen daran hindert, seine elementaren Persönlichkeitsinteressen im Vertrag selbst durchzusetzen. Deshalb besteht an dieser Stelle auch die Pflicht zur normativen Korrektur, die u.a. im arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz und in der Haftung des Arbeitgebers für Sachschäden des Arbeitnehmers ihre Ausgestaltung gefunden hat.

Dieser Gedanke kann auch für die Antidiskriminierungsrechte fruchtbar gemacht werden. Der Arbeitnehmer befindet sich regelmäßig in der schwächeren Position. Den Vorurteilen des Arbeitgebers, der konkreten Benachteiligung, sei es beim beruflichen Aufstieg, beim Zugang zu Bildungsmaßnahmen, bei der Entlohnung usw. ist der Arbeitnehmer oftmals wehrlos ausgesetzt, geht es doch oftmals um seine wirtschaftliche Existenz. Der Arbeitnehmer wird sich nicht zur Wehr setzen, fürchtet er um seinen Arbeitsplatz.

Der Gedanke der strukturellen Ungleichgewicht kommt auch in den zivilrechtlichen Antidiskriminierungsvorschriften zum Ausdruck, geht es doch in aller Regel um die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen und den Wohnraum, also existenzielle Grundbedürfnisse.

Fraglich ist aber, ob die benannten Ergebnisse auch für den vorvertraglichen Bereich - beim Zugang zur Beschäftigung - gelten. Das Bundesarbeitsgericht hat die Anwendbarkeit des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes im vorvertraglichen Bereich offen gelassen.

Insoweit drängt sich an dieser Stelle die grundlegende Frage auf, ob auch dem einzelnen Privatrechtssubjekt die dem Gleichheitsgebot zugrunde liegende Wertung bei der Gestaltung seiner privaten Rechtsbeziehungen aufgezwungen werden darf.

Diese Frage verschärft sich unter dem Aspekt, dass der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz in seiner Schutzwirkung auf den Inhalt des Arbeitsvertrages abstellt, mithin in der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses Wirkweise entfaltet, nicht jedoch bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses.

An anderer Stelle wird der Diskriminierungsschutz bei Begründung des Arbeitsverhältnisses und beim beruflichen Aufstieg als verfassungswidrige Beschränkung der Privatautonomie verstanden.³³³

*Krejci*³³⁴ sieht den sachlichen Anwendungsbereich des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses nicht eröffnet. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers besteht nach Ansicht des Autors nur im ausgeübten Arbeitsverhältnis. Auch kommt eine Haftung des Arbeitgebers im Zusammenhang mit der Begründung des Arbeitsverhältnisses nicht über die Grundsätze der culpa in contrahendo in Betracht. Erst die Antidiskriminierungsgesetzgebung schaffe an dieser Stelle Abhilfe.

*Egger*³³⁵ vertritt demgegenüber, dass auch in der österreichischen Rechtsordnung Schutzpflichten bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses bestehen, die zwar nicht den arbeitsvertraglichen Fürsorgepflichten gleichzustellen sind, dennoch gebieten diese, die Person, das Eigentum und sonstige Rechtsgüter des anderen Teils nicht zu schädigen, soweit durch das Anbahnungs-, das aktive Arbeits- oder das Abwicklungsverhältnis eine Einwirkung auf diese Rechtsgüter eröffnet wird. Die Diskriminierungsverbote fußen letztlich auf der Anerkennung der Menschenwürde. Dem Arbeitgeber ist es verboten, bestimmte Merkmale zum Unterscheidungskriterium zu nutzen, wenn dadurch Personen herabgesetzt, ausgegrenzt oder benachteiligt werden. Insoweit unterscheidet sich der Pflichtenkreis hierbei nicht von dem im bestehenden Arbeitsverhältnis. Vielmehr besteht die universelle Pflicht sich jedes herabwürdigenden Verhaltens zu enthalten, gleich ob bei der Entstehung des Arbeitsverhältnisses oder im Vollzug des Arbeitsverhältnisses.

Sieht man nun mit *Bydlinski*³³⁶ die Grundlage des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes auch aus der Verpflichtung des Arbeitgebers erwachsen, den Persönlichkeitswert der Arbeitnehmer zu respektieren, stellt sich eine Vergleichbarkeit ein; denn der Persönlichkeitsschutz gilt wie bereits dargestellt auch bei der Anbahnung des Arbeitsverhältnisses. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz wirkt nach dieser Auffassung auch bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses.

³³³ *Herrmann*, ZfA 1996, 19.

³³⁴ *Krejci*, Antidiskriminierung, Privatautonomie und Arbeitnehmerschutz, DRdA 2005, 383.

³³⁵ *Egger*, Rechtsprobleme bei der Anbahnung von Arbeitsverhältnissen, DRdA 1982, 89.

³³⁶ *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, 566.

Eine Unterscheidung muss man an dieser Stelle jedoch bezüglich der Rechtsfolgen einräumen. Während der Gleichbehandlungsgrundsatz die Beseitigung der Ungleichbehandlung in Form der Gewährung gleicher Bedingungen zulässt, kann dieser Weg beim Schadensersatz wegen Diskriminierung nicht eingeschlagen werden. Ein Anspruch auf Einstellung kann nicht gewährt werden, dies wäre eine unzulässige Einschränkung der Privatautonomie. Was bleibt, ist in der Rechtsfolge die Gewährung von Schadensersatz zum Ausgleich der Herabsetzung und für den Bestgeeigneten auch materieller Schadensersatz.

Fünfter Teil

Die Rechtfertigung der Diskriminierung, Haftungserleichterungen

In die Betrachtung einzubeziehen ist ferner die Frage, ob die Gewährung eines Schadensersatzes vom Fehlen von Rechtfertigungsgründen abhängig gemacht werden kann und Haftungserleichterungen Wirksamkeit beanspruchen können. Der deutsche Gesetzgeber hat einen Rechtfertigungsgrund in § 15 Abs.3 AGG vorgesehen. Nach § 15 Abs.3 AGG ist der Arbeitgeber bei der Anwendung kollektivrechtlicher Vereinbarungen nur dann zur Entschädigung verpflichtet, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig handelt. Der Arbeitgeber muss um die rechtliche Unverbindlichkeit gewusst haben oder leichtfertig vor ihr die Augen verschlossen haben.³³⁷

Der Gesetzgeber begründet das Haftungsprivileg mit einer vermuteten „höheren Richtigkeitsgewähr“ solcher kollektivrechtlicher Regelungen, die es rechtfertige, die Rechtsfolgen anders auszugestalten als bei Maßnahmen, für die der Arbeitgeber allein verantwortlich ist.³³⁸

Auch das GIBG sieht Rechtfertigungsgründe vor. Aus § 12 Abs.12 GIBG folgt, dass es dem Beklagten obliegt bei der Berufung auf §§ 3 oder 4 zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände „wahrscheinlicher „ ist, dass ein anderes vom/von der Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder das andere Geschlecht unverzichtbare

³³⁷ *Thüsing* in Münchener Kommentar I/2⁵ § 15 AGG Rn.34.

³³⁸ BT-Drucksache 16/1780 S.38.

Voraussetzung für die ausübende Tätigkeit ist oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne des § 5 Abs.2 vorliegt.

Nahezu identisch sieht § 26 für den Beklagten die Möglichkeit vor, zu beweisen, dass die Verletzung des Gleichbehandlungsgebots durch die in §§ 19 Abs.2 oder 20 GIBG genannten Gründe gerechtfertigt ist.

Fraglich ist daher, ob Rechtfertigungsgründe und Haftungserleichterungen Geltung beanspruchen können.

Hierzu ist festzustellen, dass der EuGH in Bezug auf Rechtfertigungsgründe eine klare Linie vertritt. Der EuGH stellt in seiner Entscheidung *Draehmpaehl*³³⁹ unter Berufung auf die Rechtsprechung in der Sache *Dekker*³⁴⁰ fest, „dass die Richtlinie (Anm. RL 76/207/EWG) keinen Rechtfertigungsgrund vorsieht, auf den sich der Urheber einer Diskriminierung mit haftungsbefreiender Wirkung berufen könnte, und den Ersatz eines solchen Schadens nicht vom Vorliegen eines Verschuldens abhängig macht, gleichgültig, wie leicht der Nachweis dafür zu erbringen ist.“

Ausgehend von dem Richtlinienziel, eine abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber zu erzeugen, kommt der EuGH in der Sache *Dekker* zu dem Ergebnis, dass die praktische Wirksamkeit dieses Grundsatzes erheblich beeinträchtigen „wenn die Haftung des Arbeitgebers für Verstöße gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung davon abhinge, dass ein Verschulden des Arbeitgebers nachgewiesen wird und kein durch das anwendbare nationale Recht anerkannter Rechtfertigungsgrund vorliegt.“³⁴¹

Dies leitet den EuGH zu dem Schluss, „dass dann, wenn sich ein Mitgliedsstaat für eine Sanktion entscheidet, die sich im Rahmen einer Regelung über die zivilrechtliche Haftung des Arbeitgebers einfügt, jeder Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot für sich genommen ausreichen muss, um die volle Haftung seines Urhebers auszulösen, ohne dass die im nationalen Recht vorgesehenen Rechtfertigungsgründe berücksichtigt werden können.“

Damit macht der EuGH klar, dass der Arbeitgeber sich auf Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe gerade nicht berufen kann, wenn kein Fall einer ausnahmsweise zulässigen Differenzierung vorliegt.

³³⁹ EuGH 22.04.1997, C-180/95, *Draehmpaehl/Urania Immobilienservice OHG*, Slg 1997 I-2195.

³⁴⁰ EuGH 27.10.1993, C-127/92, *Enderby*, Slg 1993, I-5535.

³⁴¹ EuGH 27.10.1993, C-127/92, *Enderby*, Slg 1993, I-5535.

Dies lässt vordergründig die Interpretation zu, dass nur an die Tatbestandsmäßigkeit keine Erschwerungen gestellt werden dürfen, während die Regelungsfreiheit bezüglich der Rechtswidrigkeit gänzlich beim nationalen Gesetzgeber verbleibt.

Grundlegend stellt *Kletečka* hierzu dar, dass eine strikte Trennung zwischen der Rechtswidrigkeit und der Tatbestandsmäßigkeit vom EuGH nicht vollzogen wird, da diese Trennung in den europäischen Zivilrechtsordnungen uneinheitlich vorgenommen wird.³⁴², insoweit davon auszugehen ist, dass der EuGH im Generellen von Ausschlussgründen im Tatbestand und auf Rechtfertigungsebene spricht und dabei einzig die in den Richtlinien vorgesehenen Rechtfertigungsgründe anerkennt. Eine derartig vordergründige Interpretation kann auch nicht vom Umsetzungsauftrag gedeckt sein. Würde diese Auffassung Geltung beanspruchen, wäre der mit den Richtlinien bezweckte Diskriminierungsschutz gänzlich seiner Wirkung entkleidet.

Festzustellen ist damit, dass § 15 Abs.3 AGG europarechtswidrig ist. Diese Auffassung vertritt auch die Europäische Kommission. Ausweislich ihrer förmlichen Aufforderung vom 31.01.08, vertritt die Kommission mit gleicher Begründung die Auffassung, § 15 Abs.3 AGG entspreche nicht den Vorgaben von Artikel 17 der Richtlinie, da die Haftung unabhängig von einem Verschulden einzusetzen hat.³⁴³

Legt man dahingegen diese Beurteilungsmaßstäbe an die Rechtfertigungsgründe aus den § 12 Abs.12 GIBG und § 26 Abs.12 GIBG an ist eine andere Beurteilung angezeigt. Das Gesetz setzt an dieser Stelle die Vorgaben aus dem Umsetzungsauftrag eins zu eins um³⁴⁴, muss deshalb rechtmäßig sein.

Wenngleich der europäische Gesetzgeber vom nationalen Umsetzungsakt das Absehen von Ausschlussgründen im Tatbestand und auf Rechtfertigungsebene einfordert, stellt sich für beide Gesetze die Frage, wie im Falle der Pflichtenkollision zu verfahren ist.

Diese liegt insbesondere in dem Falle vor, in dem der Arbeitgeber auf der Grundlage ihm auferlegter nationaler Pflichten, die gegen die europäischen Vorgaben verstoßen, diskriminiert.

³⁴² *Kletečka* in *Rebhahn* Kommentar zum GIBG § 12 Rn.40.

³⁴³ Aufforderungsschreiben der Kommission Vertragsverletzung-Nr.2007/2362 vom 31.01.08.

³⁴⁴ vgl. Art.2 RL 2000/43/EG, Art.1 RL2002/73/EG, Art.2 RL 97/80/EG, Art.2 RL 2000/78/EG.

Eine derartige Pflichtenkollision war Gegenstand der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 05.03.1996³⁴⁵. In dieser Entscheidung war das BAG mit der Frage befasst, ob ein Entschädigungsanspruch in dem Falle zu gewähren ist, in dem ein Bewerber wegen seines Geschlechts benachteiligt wird, indem die Auswahlentscheidung auf eine europarechtswidrige Quotenregelung in dem Bremer Landesgleichstellungsgesetz gestützt wurde. Das BAG betonte, in Anbetracht der Tatsache, dass § 611a BGB in der Fassung bis zum 01.09.1994 nur den Ersatz des Vertrauensschadens regelte, dass ein Anspruch auf Schmerzensgeld wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts ausscheide, da es bereits am Verschulden und dem Merkmal der Schwere des Eingriffs fehle.

Gleichwohl deutet das BAG an, dass auf der Grundlage des inzwischen neu geschaffenen § 611a BGB, der aber für den Rechtsstreit noch keine Wirkung erzeugen konnte, eine andere Entscheidung zu treffen wäre. Anzumerken ist, dass der neu geschaffene § 611a BGB einen Ausgleich materieller und immaterieller Schäden vorsah, abhängig vom Verschulden des Arbeitgebers, wobei das BAG betont, dass eine verschuldensabhängige Haftung im Bruch mit dem Gemeinschaftsrecht steht.

Die Lösung dieser Frage kann der Entscheidung des EuGH in Sachen *Mangold*³⁴⁶ entnommen werden. In der Entscheidung kommt der EuGH zu dem Ergebnis, dass § 14 III 1 TzBfG mit dem Gemeinschaftsrecht und insbesondere mit den Vorgaben aus der Richtlinie 2000/78/EG nicht vereinbar ist. Daher erging die Forderung an das nationale Gericht, die Vorschrift nicht anzuwenden: „Es obliegt dem nationalen Gericht, die volle Wirksamkeit des allgemeinen Verbots der Diskriminierung wegen des Alters zu gewährleisten, indem es jede entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet lässt...“³⁴⁷ Im Kern betont der EuGH damit die horizontale Drittwirkung des Diskriminierungsverbots.

³⁴⁵ BAG 1 AZR 590/92 AP Art.3 GG Nr.226.

³⁴⁶ EuGH 22.11.2005, C-144/04, *Mangold*, Slg 2005 I-9981.

³⁴⁷ EuGH 22.11.2005, C-144/04, *Mangold*, Slg 2005 I-9981.

Sechster Teil

Die Beweislast für den Verstoß gegen das Benachteiligungs-/Diskriminierungsverbot

Mit der Neustrukturierung des GIBG und der Neuschaffung des AGG wurden die bestehenden Beweislastregelungen für Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot ebenfalls neu gefasst. Während § 2 Abs.9 GIBG a.F. und § 611a BGB in ihrem Anwendungsbereich nur die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts erfassten, sahen sich sowohl der deutsche als auch der österreichische Gesetzgeber gezwungen, den Vorgaben aus den Richtlinien zu entsprechen und den Schutzbereich der Antidiskriminierungsvorschriften auf die übrigen verpönten Motive zu erstrecken. Mit den neu gefassten Tatbeständen rückt die Frage nach der Vereinbarkeit mit den europäischen Vorgaben in den Vordergrund.

A. Die Struktur der Vorschriften

I. Die Struktur der §§ 12 Ziff.12 und 26 Ziff.12 GIBG

Die Frage der Beweislast im Bezug auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nach dem GIBG sind in den §§ 12 Ziff.12 und 26 Ziff.12 GIBG geregelt.

§ 12 Ziff.12 GIBG weist folgende Struktur auf:

(12) Insoweit sich im Streitfall die betroffene Person auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne der §§ 3, 4, 6 oder 7 beruft, hat er/sie diesen glaubhaft zu machen. Dem/der Beklagten obliegt es bei Berufung auf §§ 3 oder 4 zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom/von der Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder das andere Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die auszuübende Tätigkeit ist oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne des § 5 Abs. 2 vorliegt. Bei Berufung auf §§ 6 oder 7 obliegt es dem/der Beklagten zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlich ist, dass die vom/von der Beklagten glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

Wortlautidentisch sieht § 26 Z12 folgende Regelung vor:

(12) Insoweit sich im Streitfall die betroffene Person auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne der §§ 17, 18, oder 21 beruft, hat er/sie diesen glaubhaft zu machen. Dem/der Beklagten obliegt es bei Berufung auf §§ 17 oder 18 zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom/von der Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne der §§ 19 Abs. 2 oder 20 vorliegt. Bei Berufung auf § 21 obliegt es dem/der Beklagten zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die vom/von der Beklagten glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

Wendet man das Augenmerk auf die beiden Tatbestände, ist zunächst festzustellen, dass § 12 seinen Anwendungsbereich auf die Rechtsfolgenregelung der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bezieht, § 3 Z 1 GIBG. Demgegenüber eröffnet sich der Anwendungsbereich des § 26 GIBG auf die Verletzung des Gleichbehandlungsgebots aus § 17 Z 1 des GIBG, demzufolge auf die Diskriminierung auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung.

In ihrer Struktur gleichen sich die §§ 12 Z12 und 26 Z12 GIBG. Für jede Form der Diskriminierung, gleich ob es sich um eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis §§ 3,17 GIBG, der Verletzung des Gleichbehandlungsgebots in der sonstigen Arbeitswelt §§ 4, 18 GIBG oder dem Tatbestand der sexuellen Belästigung, § 6 GIBG oder der Belästigung, §§ 7, 21 GIBG, trägt der Anspruchsteller, dies wird regelmäßig der Arbeitnehmer sein, die Obliegenheit, den Diskriminierungstatbestand glaubhaft zu machen. Das Gesetz ordnet damit universell an, dass der Arbeitnehmer den Diskriminierungstatbestand in jedem Falle glaubhaft zu machen hat. Auf die Frage hin, welche Obliegenheit dem Beklagten auferlegt wird, trifft das Gesetz hingegen eine Weichenstellung. Es ordnet zunächst für den Fall, dass der Kläger sich auf eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis oder der sonstigen Arbeitswelt beruft, an, dass dem Beklagten der Beweis obliegt,

dass es bei Abwägung aller Umstände „wahrscheinlicher“ ist, dass ein anderes vom Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund vorliegt.

Dabei ist zunächst festzustellen, dass insoweit vom Gesetz für die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts einzig der Rechtfertigungsgrund des § 5 Z 2 GIBG, die Rechtfertigung einer mittelbaren Diskriminierung, genannt wird, während die Diskriminierung aufgrund sonstiger Motive ihre Rechtfertigung sowohl hinsichtlich der mittelbaren Diskriminierung in § 19 Abs.2 GIBG als auch durch den Tatbestand des § 20 GIBG erfährt.

Einen anderen Weg hat der Gesetzgeber schließlich für die Fälle der sexuellen Belästigung, als auch der Belästigung vorgesehen. Hier obliegt es dem Beklagten zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlich ist, dass die vom Beklagten glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass vergleichbare Regelungen auch in Bezug auf die Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes auf die ethnische Zugehörigkeit außerhalb der Arbeitswelt und im Bereich der Gleichbehandlung im Arbeitsleben in der Land- und Forstwirtschaft existieren.

II. Die Struktur des § 22 AGG

Im Vergleich zu der österreichischen Regelung wurde die Regelung auf deutscher Seite in einer eigenständigen Norm formuliert und knapp ausgestaltet. § 22 AGG lautet:

„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.“

Auch die deutsche Regelung erstreckt sich in ihrem Anwendungsbereich auf die Benachteiligung entsprechend den Vorgaben aus den Richtlinien hinsichtlich aller verpönten Motive. Ferner ist festzustellen, dass die Vorschrift im Gegensatz zu den Beweislastregelungen im GIBG in ihrem Wortlaut nicht zwischen der unmittelbaren und der mittelbaren Benachteiligung und der

sexuellen Belästigung differenziert. Vielmehr findet die Vorschrift auf alle Tatbestände gleichermaßen Anwendung.

In Bezug auf die Struktur der Vorschrift ist ebenso wie nach dem GIBG ein zweistufiges Verfahren vorgesehen. Auf der ersten Stufe steht der Nachweis von Indizien, die auf eine der Benachteiligung hinweisen, während sich auf der zweiten Stufe die Rechtfertigung durch den Arbeitgeber anschließt.

B. Die Entstehungsgeschichte der Beweislastregelung im GIBG und AGG

Sowohl auf österreichischer als auch auf deutscher Seite waren die Vorgängerregelungen heftiger Kritik aus der Literatur ausgesetzt. Ferner waren beide Vorschriften Gegenstand zahlreicher Entscheidungen. Daher erscheint es zunächst angezeigt, die Vorgängerregelungen und die wesentliche Rechtssprechung hierzu zu skizzieren.

I. Die Regelung in § 2 Abs.9 GIBG a.F.

In der Betrachtung soll der Blick zunächst auf die Beweislastregelung des § 2 Abs.9 GIBG in der Fassung bis zum 23. Juni 2004 gelenkt werden. Die besondere Regelung der Beweislast, eingeführt mit der zweiten Novelle zum GIBG aus 1990, weist folgenden Inhalt auf:

§ 2 a Abs.9 GIBG a.F.:

„Insoweit sich im Streitfall der Arbeitnehmer oder Stellenbewerber auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne des § 2 Abs.1 beruft, hat er diesen glaubhaft zu machen. Die Klage ist abzuweisen, wenn bei Abwägung aller Umstände eine höhere Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass ein anderes vom Arbeitgeber glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder das andere Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die ausübende Tätigkeit ist.“

II. Die Rechtsprechung des OGH zu § 2a Abs.9 GIBG a.F.

Mit der Vorschrift war der OGH im Jahre 2004³⁴⁸ befasst. In den Entscheidungsgründen legt der OGH die Vorschrift derart aus, „dass es – sofern dem Kläger die Glaubhaftmachung eines Diskriminierungstatbestandes gelingt – am Arbeitgeber liegt zu beweisen, dass er tatsächlich nicht diskriminiert hat“.

Ferner geht der OGH³⁴⁹ in Bezug auf die Vereinbarkeit der Norm mit den europäischen Vorgaben auch auf die Tatbestandsmerkmale, die der Beweiserleichterung unterworfen sind, ein.

„Ist dem Kläger die Glaubhaftmachung von Umständen, die einen Zusammenhang zwischen Ablehnung der Bewerbung und dem Geschlecht des Bewerbers indizieren, gelungen, verlagert sich die Beweislast in Bezug auf die rechtfertigenden Kriterien auf den Arbeitgeber. Zur Begründung der vorliegenden Beweislastregelung führt der OGH an: „Der Grund für die Notwendigkeit der hier interessierenden Beweislastregelung liegt zum einen in der mangelnden Nähe der Stellenbewerber zum Beweis, denen in der Regel die notwendigen Informationen über die Auswahl- und Beurteilungskriterien des Arbeitgebers fehlen. Zum anderen ist es zumeist unmöglich, Motive lückenlos zu beweisen.“

Damit trifft der OGH eine klare Aussage über das Beweisthema, auf das eine Beweiserleichterung anwendbar sein soll – der Zusammenhang zwischen der Ablehnung des Bewerbers und dem verpönten Motiv.

Dies wird auch deutlich, berücksichtigt man, dass § 2a Abs.9 GIBG a.F. nur auf die Diskriminierungstatbestände nach § 2 Abs.1 GIBG a.F. anwendbar war. Demzufolge war der Tatbestand der sexuellen Belästigung nicht erfasst. Begründet wird dies mit dem Argument, dass die sexuelle Belästigung objektivierbar ist, daher ebenso wenig einer Beweiserleichterung bedarf wie die Ehrenbeleidigung oder Körperverletzung.³⁵⁰

Damit entsprach die Fassung des § 2a Abs.9 GIBG a.F. den europäischen Vorgaben in Bezug auf das Beweisthema.

³⁴⁸ OGH 9 Ob A 46/04 RdW 2004, 679 (680).

³⁴⁹ OGH 9 Ob A 46/04 RdW 2004, 679 (680).

³⁵⁰ OGH 9 ObA 2056/96k ÖJZ 1997, 150.

Umstritten war demgegenüber, ob die vom österreichischen Gesetzgeber gewählte Beweislastverteilung richtlinienkonform ausgestaltet war. *Tinhofer*³⁵¹ vertrat zu der Regelung des § 2a Abs.9 GIBG a.F die Ansicht, dass diese nicht den Vorgaben aus den Richtlinien entsprochen habe, da nach der österreichischen Regelung genüge, dass der Arbeitgeber das Nichtvorliegen der Diskriminierung „glaubhafter“ also „wahrscheinlicher“ mache. Demgegenüber müsse der Arbeitgeber nach der Richtlinie beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes stattgefunden habe.

Demgegenüber hat der OGH in seiner Entscheidung vom 07.07.2004 festgestellt, dass die vom österreichischen Gesetzgeber gewählte Formulierung in § 2a Abs.9 GIBG a.F. mit den Vorgaben aus Art.4 Abs.1 RL 97/80/EG vereinbar ist. Hierbei stellt der OGH zunächst fest, dass dem Arbeitgeber aus Art.4 Abs.1 RL 97/80/EG der Beweis obliege, während § 2 Abs.9 GIBG a.F. nur die Glaubhaftmachung verlange. Diese geht aber, dies folgt aus der Natur der Sache, zwangsläufig über die Intensität hinaus, die zunächst an die vom Arbeitnehmer geforderte Glaubhaftmachung anknüpft. Daher ist § 2a Abs.9 GIBG a.F. im Wege der richtlinienkonformen Interpretation dahingehend auszulegen, dass es sofern dem Arbeitnehmer die Glaubhaftmachung eines Diskriminierungstatbestandes gelingt, am Arbeitgeber liegt, zu beweisen, dass er tatsächlich nicht diskriminiert hat.³⁵²

II. Die Änderung des GIBG hin zur aktuellen Fassung

Von Bedeutung ist an dieser Stelle ferner, dass der Gesetzgeber die ursprüngliche Formulierung des Gleichbehandlungsgesetzes aus dem Jahre 2004 in Bezug auf die Regelung der Beweislast im Jahre 2005³⁵³ einer Veränderung zugeführt hat. In Art.5 der Änderung des Gleichbehandlungsgesetzes wurde festgelegt, dass in §§ 12 Abs.12, 26 Abs.12, 35 Abs.3 sowie 51 Abs.9 GIBG das Wort „wahrscheinlich“ durch das Wort „wahrscheinlicher“ ersetzt.

³⁵¹ *Tinhofer*, Neues zur Beweislast bei Geschlechterdiskriminierung, RdW 1997, 459 (460).

³⁵² OGH 9 Ob A 46/04m RdW 2004, 679 (680).

³⁵³ BGBl. I Nr.82/2005.

III. Die Regelung des § 611a BGB a.F.

Die Vorschrift des § 22 AGG löst ausweislich der Gesetzesbegründung die Beweislastregelung des § 611a Abs.1 S.3 BGB ab. Nach § 611a Abs.1 S.3 BGB hatte der Arbeitnehmer Tatsachen glaubhaft zu machen, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen, hierauf trug der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass nicht auf das Geschlecht bezogene, sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen oder das Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die ausübende Tätigkeit ist.

Bereits zu der Vorgängerregelung des § 611a Abs.1 S.3 BGB war umstritten, ob die Beweiserleichterung auch auf das Vorliegen einer Benachteiligung Anwendung findet, oder ob diese lediglich auf dem Beruhen der Benachteiligung auf einem verpönten Motiv anzuwenden ist. Umstritten war ferner, ob das Beweismaß an die Regelung des § 294 dZPO anknüpft.

Mit der Regelung des § 611a Abs.1 S.3 BGB in der zuvor genannten Fassung war das BAG in seiner Entscheidung vom 05.02.2004 befasst.³⁵⁴ In seiner Entscheidung führt das BAG zunächst an, dass die Glaubhaftmachung durch den Arbeitnehmer die Beweislastverteilung zunächst unberührt lässt, vielmehr nur das Beweismaß absenkt. Die Glaubhaftmachung, so das BAG weiter, ist „nicht als Glaubhaftmachung im Sinne des § 294 dZPO zu verstehen; verlangt ist lediglich eine Darlegung, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts als wahrscheinlich erscheinen lässt.“

Erläuternd führt das BAG weiter aus, dass die Vorschrift so zu verstehen sei, dass der klagende Arbeitnehmer eine Beweislast des Arbeitgebers dadurch herbeiführen kann, dass er Hilfstatsachen darlegt und ordnungsgemäß unter Beweis stellt, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen. Hierzu genügt die Überzeugung des Gerichts von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit für die Kausalität zwischen Geschlechtszugehörigkeit und Nachteil.

Es genügen Indizien, die aus einem regelhaft einem Geschlecht gegenüber geübten Verhalten auf eine solchermaßen motivierte Entscheidung schließen lassen. Solche Vermutungstatsachen können in Äußerungen des Arbeitgebers bzw. anderen Verfahrenshandlungen begründet sein, die die Annahme einer Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen.“

³⁵⁴ BAG 8 AZR 112/03 NZA 2004, 540.

C. Die Vorgaben aus den Richtlinien

I. Der Wortlaut der Vorschrift

Sowohl die Beweislastverteilung nach dem GIBG als auch dem AGG sollen ausweislich der Gesetzesbegründungen die Vorgaben aus den Richtlinien 2000/78/EG, 2000/43/EG und die Beweislastrichtlinie 97/80/EG umsetzen³⁵⁵. In Art.10 der Richtlinie 2000/78/EG und Art.8 der RL 2000/43/EG und Art.19 der RL 97/80/EG fordert der Europäische Gesetzgeber wortlautidentisch vom nationalen Gesetzgeber im Rahmen der Umsetzung im Einklang mit ihrem nationalen Gerichtswesen die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um zu gewährleisten, dass immer dann, „wenn Personen, die sich durch die Nichtanwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für verletzt halten und bei einem Gericht oder 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.“

Gleichzeitig belässt der Europäische Gesetzgeber in Art.10 Abs.2 RL 2000/78/EG und Art.8 der RL 2000/43/EG den Mitgliedsstaaten das Recht, für den Kläger eine günstigere Beweislastregelung vorzusehen.

Die vom Europäischen Gesetzgeber gewählte Formulierung lässt zahlreiche Fragen offen. Insbesondere kann dem Wortlaut der Vorschriften nicht entnommen werden, mit welchen konkreten Tatsachen der klagende Arbeitnehmer eine Vermutung für die unmittelbare und die mittelbare Diskriminierung aufstellen kann und welche Anforderungen an den Entlastungsvortrag des Arbeitgebers zu stellen sind.

Aufgeworfen ist damit die Frage, welche Beweisthemen von der Erleichterung betroffen sind und welches Beweismaß der europäische Gesetzgeber zu Grunde gelegt hat.

³⁵⁵ ErläutRV 307 BlgNr 22.GP S.1.

II. Die Glaubhaftmachung

Am Beginn steht die Frage, was der Europäische Gesetzgeber unter der Glaubhaftmachung versteht. Sowohl nach der deutschen als auch der österreichischen Zivilprozessrechtsordnung ist mit der Glaubhaftmachung eine Beweisabsenkung verbunden. Wenn im Gesetz die bloße Glaubhaftmachung (Bescheinigung) einer tatsächlichen Behauptung verlangt ist, so wird hierdurch das Beweismaß herabgesetzt. Die richterliche Überzeugung, die dem Regelbeweismaß zu Folge eine hohe Wahrscheinlichkeit zum Gegenstand haben muss, reduziert sich im Falle der Glaubhaftmachung auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit³⁵⁶. Gleichmaßen reduziert sich in dem Falle, in dem die Glaubhaftmachung zugelassen ist, die Beweisführung auf präsenste Beweismittel. In der deutschen ZPO ist ferner die Versicherung an Eides statt zugelassen, während nach der österreichische ZPO die eidesstattliche Erklärung nur als Privaturkunde in den Prozess eingebracht werden kann, die der freien richterlichen Würdigung unterliegt, § 274 öZPO.

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob die Glaubhaftmachung im Sinne der Richtlinien dem Zweck der Glaubhaftmachung in der jeweiligen Zivilprozessordnung entspricht. Die Glaubhaftmachung hat einerseits die Beschränkung der Beweismittel zur Folge, andererseits wird das Beweismaß gesenkt. Dies dergestalt, dass der Richter nur mit überwiegender Wahrscheinlichkeit von der Tatsachenbehauptung überzeugt sein muss.³⁵⁷

Prütting weist in diesem Zusammenhang unter Berufung auf die englische und die französische Fassung der Richtlinien darauf hin, dass die Glaubhaftmachung nicht im Sinne der technischen Bezeichnung der § 294 dZPO und § 274 öZPO handeln kann, wenn die englische Fassung von „Establish facts“ spricht und in der französischen Fassung von „Établit des Faits“ spricht.³⁵⁸ Eine derartige Einordnung, die in der Konsequenz eine Beschränkung der Beweismittel zur Folge hätte, würde dem Sinn der Regelung, eine Erleichterung der Beweisführung, gerade zuwiderlaufen.³⁵⁹

³⁵⁶ *Rechberger* in *Fasching*, ZPO III² (2004), § 274 Rn.1.

³⁵⁷ *Rechberger* in *Fasching*, ZPO III², § 274 Rn.1.

³⁵⁸ *Prütting*, Beweisrecht und Beweislast im arbeitsgerichtlichen Diskriminierungsprozess FS BAG (2004) 1312 (1316).

³⁵⁹ *Prütting*, die Beweislast im Arbeitsrecht, RdA 1999, 107 (110).

Gleichwohl betont *Prütting*, dass mit dem Begriff der Glaubhaftmachung „eine Beweismaßsenkung auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit“ gemeint sein muss.³⁶⁰

Dieses Ergebnis wird auch untermauert durch die Rechtsprechung des EuGH, auf die in den Begründungserwägungen der einschlägigen Richtlinien Bezug genommen wird. In der Entscheidung *Enderby* drückt der EuGH aus, wie die Beweiserleichterung einzuordnen ist.

„Wenn der erste Anschein für eine Diskriminierung spricht, hat der Arbeitgeber nachzuweisen, dass es sachliche Gründe für den festgestellten Unterschied beim Entgelt gibt.“³⁶¹

Damit kommt die Frage auf, ob der Richtlinien gesetzgeber das Mittel des Anscheinsbeweises gewählt hat. Der gewohnheitsrechtlich anerkannte Anscheinsbeweis erlaubt bei typischen Geschehensabläufen den Nachweis eines ursächlichen Zusammenhangs ohne exakte Tatsachengrundlage, sondern auf Grund von Erfahrungssätzen.³⁶²

Der Anscheinsbeweis dient dazu, die Beweisnot zu verringern, wenn aus den Umständen ein Erfahrungssatz dahingehend abgeleitet werden kann, dass eine Rechtsverletzung typischerweise kausal für den nachfolgenden Schaden ist.

Gleichwohl ist eine Verringerung des Beweismaßes hiermit nicht verbunden; der beweisbelasteten Partei obliegt es den Erfahrungssatz zu beweisen. Dem Arbeitnehmer wäre mit dieser Form des Beweises aber nicht geholfen. Ein Erfahrungssatz dergestalt, dass Arbeitnehmer bei der Einstellung, Arbeitsbedingungen oder Entlassung typischerweise diskriminiert werden, existiert nicht.³⁶³

III. Die Beweisthemen der Glaubhaftmachung

Fraglich ist ferner, auf welche Beweisthemen sich die Beweismaßreduzierung erstreckt. Umstritten geblieben ist ferner, ob die Beweismaßreduzierung für die Benachteiligung im Sinne der objektiven Zurücksetzung gegenüber einer anderen Person oder nur für den diskriminierenden Grund bzw. das Motiv der

³⁶⁰ *Prütting*, FS BAG 1312 (1317).

³⁶¹ EuGH 27.10.1993, C-127/92, *Enderby*, Slg 1993, I-5535.

³⁶² *Zöller*, Zivilprozessordnung²⁹ (2009) Vor.284 Rn.29.

³⁶³ *Schlachter*, Richtlinien über die Beweislast bei Diskriminierung, RdA 1998, 321 (324).

Benachteiligung gelten soll. Wortlaut und Begründungserwägungen der Richtlinien lassen keinen Schluss zu.

Klarheit über die Frage, auf welche Beweisthemen die Beweislasteileichterung Anwendung findet, könnte sich vor allem aus der Rechtssprechung des EuGH abzeichnen, auf die in den Erwägungsgründen der Richtlinien Bezug genommen wird. Der Blick richtet sich an dieser Stelle zunächst auf das Urteil *Enderby*³⁶⁴.

Den Ausgangspunkt legt der EuGH in seiner Rechtssprechung auf die grundsätzliche Beweislastverteilung. „Grundsätzlich hat derjenige, der sich zur Stützung eines Anspruchs auf Tatsachen beruft, diese zu beweisen. Die Beweislast für das Vorliegen einer Diskriminierung beim Entgelt aufgrund des Geschlechts obliegt daher grundsätzlich dem Arbeitnehmer, der sich diskriminiert glaubt, und deshalb gegen seinen Arbeitgeber Klage auf Beseitigung dieser Diskriminierung erhebt.“

Allerdings kehrt sich die Beweislast um, „wenn Arbeitnehmer, die dem ersten Anschein nach diskriminiert sind, sonst kein wirksames Mittel hätten, um die Einhaltung des Grundsatzes des gleichen Entgelts durchzusetzen. Wenn eine Maßnahme, die zwischen Beschäftigten nach ihrer Arbeitszeit unterscheidet tatsächlich mehr Personen des einen oder anderen Geschlechts benachteiligt, so ist diese Maßnahme daher als ein Verstoß gegen das in Art.119 EWGV verfolgte Ziel anzusehen, sofern der Arbeitgeber sie nicht durch objektive Faktoren rechtfertigen kann, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben“³⁶⁵ „Den Arbeitnehmern stünden nämlich keine Mittel zur Verfügung, um die Einhaltung des Grundsatzes des gleichen Entgelts vor den nationalen Gerichten durchzusetzen, wenn das Vorbringen von Tatsachen, die den ersten Anschein einer Diskriminierung begründen, nicht dazu führen würde, dass dem Arbeitgeber der Nachweis auferlegt wird, dass der Unterschied im Entgelt in Wirklichkeit nicht diskriminierend ist.“³⁶⁶

Hierzu stellt der EuGH ergänzend fest, dass in dem Falle, in dem der erste Anschein für eine Diskriminierung spricht, der Arbeitgeber nachzuweisen hat,

³⁶⁴ EuGH 27.10.1993, C-127/92, *Enderby*, Slg 1993, I-5535.

³⁶⁵ EuGH 27.10.1993, C-127/92, *Enderby*, Slg 1993, I-5535.

³⁶⁶ EuGH 27.10.1993, C-127/92, *Enderby*, Slg 1993, I-5535.

dass es sachliche Gründe für den festgestellten Unterschied beim Entgelt gibt.³⁶⁷

Westenberger erblickt in den Formulierungen des EuGH die Anhaltspunkte dafür, dass die Beweiserleichterung nur auf die Motivation des Arbeitgebers Anwendung findet. Dies macht der Autor an der Formulierung, „dass der Unterschied nicht diskriminierend ist“, fest. Der EuGH differenziere folglich zwischen der Benachteiligung und dem Benachteiligungsgrund und verlange die tatsächliche Feststellung der Benachteiligung.³⁶⁸

Für die vorgebrachte These führt *Westenberger* schließlich auch an, dass sich die Beweislastumkehr nicht auf die Benachteiligung, sondern auf den Beweis sachlicher Gründe beschränke, die das Vorliegen eines sachlichen Grundes ausschließen. Insoweit kann der Ansicht *Westenbergers* zugestimmt werden. Dies kann ferner untermauert werden mit dem Argument, dass der EuGH in dem Urteil *Enderby* von der Gefahr einer mangelnden Rechtsdurchsetzung des Diskriminierten ausgeht, „wenn das Vorbringen von Tatsachen, die den ersten Anschein einer Diskriminierung begründen, nicht dazu führen würde, dass dem Arbeitgeber der Nachweis auferlegt wird, dass der Unterschied im Entgelt in Wirklichkeit nicht diskriminierend ist“³⁶⁹ Damit kann festgestellt werden, dass der EuGH die Beweiserleichterung bei dem Benachteiligungsgrund verortet sieht.

Auch *Schlachter*³⁷⁰ vertritt diese Auffassung. Sie stellt fest, dass die geforderte Glaubhaftmachung sich gerade auf das Vorliegen einer Diskriminierung, folglich auf den Umstand, dass der Nachteil die klagende Partei gerade wegen des Geschlechts getroffen hat, beziehen muss. Das Vorliegen einer Diskriminierung setzt tatbestandlich das Fehlen von Rechtfertigungsgründen und Ausnahmetatbeständen voraus, ein Gegenstand, der einem direkten Beweis nicht zugänglich ist.³⁷¹ Damit muss auch der Ansicht *Windels*³⁷² widersprochen werden. *Windel* schöpft aus den Erwägungsgründen der Richtlinie 97/80/EWG die Ansicht, dass der europäische Gesetzgeber die Beweiserleichterung sowohl auf die objektive Benachteiligung als auch den

³⁶⁷ EuGH 27.10.1993, C-127/92, *Enderby*, Slg 1993, I-5535.

³⁶⁸ *Westenberger*, Die Entschädigungs- und Beweislastregelungen des § 611a BGB im Lichte des deutschen und europäischen Rechts 144.

³⁶⁹ EuGH 27.10.1993, C-127/92, *Enderby*, Slg 1993, I-5535.

³⁷⁰ *Schlachter*, RdA 1998, 321 (325).

³⁷¹ *Schlachter* in Erfurter Kommentar,⁸ § 22 AGG Rn.2.

³⁷² *Windel*, RdA 2007, 1 (2).

Grund erstreckt, wenn in den Erwägungsgründen die Rede vom „Anschein einer Diskriminierung“ ist.

Letztendlich spricht für die hier vertretene Auffassung, dass sie vom Zweck der Richtlinien getragen wird. Die Richtlinie wird getragen von der Absicht, dem Diskriminierten die Rechtsdurchsetzung zu vereinfachen und ihm seine Beweisnot zu nehmen, für Tatsachen, die er schlicht und einfach nicht beweisen kann. Die typische Beweisnot des Diskriminierten besteht nicht bei der Benachteiligung selbst, sondern vielmehr besteht die Schwierigkeit, das subjektive Merkmal, die Motivation des Diskriminierenden nachzuweisen. Es muss daher festgestellt werden, dass die Erleichterung des Beweismaßes nur beim Nachweis der Kausalität des verpönten Merkmals für die Diskriminierung einsetzt.

Auch der deutsche Gesetzgeber vertritt die Auffassung, dass aus der Rechtssprechung des EuGH in Sachen *Enderby* die Erkenntnis folge, dass dem Kläger für die Tatsache der Ungleichbehandlung der Vollbeweis aufzuerlegen ist, lediglich der Nachweis, dass die unterschiedliche Behandlung auf einem verpönten Motiv beruht, kann mit Vermutungstatsachen gestützt werden.³⁷³

Auch das Bundesverfassungsgericht bezog die Beweiserleichterung nur auf den Benachteiligungsgrund. „Es genügt die Überzeugung des Gerichts von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit für die Kausalität zwischen Geschlechtszugehörigkeit und Nachteil.“³⁷⁴

IV. Die Abwehr des Vorwurfs

In Erwägungsgrund Nr.17 der RL 97/80/EG stellt der Europäische Gesetzgeber zunächst fest, dass der klagenden Partei unter Umständen kein wirksames Mittel zur Verfügung stünde, um die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vor den nationalen Gerichten durchzusetzen, wenn der Beweis des Anscheins einer Diskriminierung nicht dazu führte, dem Beklagten die Beweislast dafür aufzuerlegen, dass sein Verhalten in Wirklichkeit nicht diskriminierend ist.

Aus der Konsequenz hieraus und unter Berufung auf die Rechtssprechung des Europäischen Gerichtshofes stellt der Gesetzgeber ferner in Erwägungsgrund Nr.18 fest, dass eine Änderung der Regeln für die Beweislastverteilung

³⁷³ BT-Drucksache 16/1780 S.47.

³⁷⁴ BVerfG 1 BvR 308/03 NJW 2007, 137.

geboten ist, wenn der Anschein einer Diskriminierung besteht, und dass in solchen Fällen zur wirksamen Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes eine Verlagerung der Beweislast auf die beklagte Partei erforderlich ist.

Daraus ist der Schluss zu ziehen, dass die Richtlinien in ihrer Wirkweise keine Beweislastumkehr erzeugen. Vielmehr wirkt die Glaubhaftmachung derart, dass Tatsachen nicht zur überzeugenden Wahrscheinlichkeit bewiesen werden müssen. Es reicht vielmehr, vergleichbar dem Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz, die überwiegende Wahrscheinlichkeit.³⁷⁵

Damit ist festzustellen dass die Richtlinie auf der ersten Stufe eine Absenkung des Beweismaßes bezogen auf das Tatbestandsmerkmal der Kausalität verlangt. Auf der zweiten Stufe obliegt es dem mutmaßlich diskriminierenden Arbeitgeber, objektiv rechtfertigende Faktoren, die nichts mit einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts zu tun haben, nachzuweisen. Eine Widerlegung der aufgestellten Vermutung im Sinne des „Beweises eines Gegenteils“ liegt der Regelung nach der Ansicht der Autoren *Smutny* und *Mayr*³⁷⁶ nicht zu Grunde.

Das Beweismittel der Glaubhaftmachung erwirkt auch keine Beweislastumkehr. Die beklagte Partei trifft nicht die Pflicht, darzulegen und zu beweisen, dass die fragliche Personalentscheidung ohne Diskriminierung wegen des Geschlechts zustande gekommen ist. Für diese Ansicht könnten zwar zunächst die Urteilsgründe des EuGH in der Sache *Draehmpaehl* ins Feld geführt werden, demzufolge „der Arbeitgeber, der über sämtliche eingereichten Bewerbungsunterlagen verfügt, zu beweisen hat, dass der Bewerber die zu besetzende Position auch dann nicht erhalten hätte, wenn keine Diskriminierung stattgefunden hätte.“³⁷⁷

Diese Beweislastumkehr fordert der EuGH jedoch einzig in der Differenzierung zwischen den Bewerbern, die auch bei benachteiligungsfreier Auswahl eingestellt worden wären und den sonstigen Bewerbern. Damit hat die zitierte Stelle des Urteils für die vorliegend zu beurteilende Frage keine Relevanz.

³⁷⁵ *Thüsing*, Münchener Kommentar zum BGB I/2⁵, § 22 AGG Rn.2, *Prütting* in FS BAG 1311 (1317).

³⁷⁶ *Smutny/Mayr* Kommentar zum GIBG (2001) 189.

³⁷⁷ EuGH 22.04.1997, C-180/95, *Draehmpael/Urania Immobilienservice OHG*, Slg 1997 I-2195.

V. Die Würdigung der Beweise durch das Gericht

Die Würdigung der Beweise vollzieht sich allerdings nach der freien Überzeugung des Gerichts, § 272 öZPO, § 286 dZPO. Demnach ist das Gericht unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Verfahrens nach freier Überzeugung, die ihre Grenzen einzig in den Denk- und Naturgesetzen findet, zu prüfen verpflichtet, ob eine tatsächliche Angabe für wahr zu halten ist oder nicht. Die freie Beweiswürdigung wird auch nicht durch die Beweisregeln des GIBG eingeschränkt.³⁷⁸

Nach § 272 Abs.1 öZPO hat das Gericht unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des gesamten Verfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine tatsächliche Angabe für wahr zu halten ist oder nicht.

Dieser Grundsatz findet sich ebenfalls in § 286 Abs.1 dZPO wieder. Demnach muss der Richter die Behauptungen des Anspruchstellers für wahr erachten. Er muss vom Vorliegen dieser Tatsachen voll überzeugt sein.

D. Die Regelungen zur Beweislastverteilung im GIBG

Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, ob die Regelungen im GIBG vorgenannten Voraussetzungen genügen.

I. Die Glaubhaftmachung

Nach §12 Abs.12 S.1 und § 26 Abs.12 S.1 GIBG hat, wer sich auf einen Diskriminierungstatbestand beruft, diesen lediglich glaubhaft zu machen.

Legt man den Wortlaut der Vorschrift zunächst aus, gelangt man zu dem Ergebnis, dass sich die Beweismaßleichterung im Gegensatz zu den Vorgaben aus den Richtlinien und dem deutschen Umsetzungsakt auf den gesamten Tatbestand erstreckt. Die Glaubhaftmachung erstreckt sich demzufolge im österreichischen Umsetzungsakt nicht nur auf den Ursachenzusammenhang zwischen dem Motiv und der Ungleichbehandlung sondern im Falle der unmittelbaren Diskriminierung auch auf das Vorliegen einer vergleichbaren Situation der Arbeitnehmer und die weniger günstige Behandlung im Vergleich zu den Angehörigen des anderen Geschlechts, § 5

³⁷⁸ *Smutny/ Mayr*, Kommentar zum GIBG 189.

Abs.1 GIBG beziehungsweise den anderen Personen im Sinne des § 19 Abs.1 GIBG.

Im Bezug auf die mittelbare Diskriminierung erstreckt sich die Beweismaßerleichterung auf die Tatbestandsmerkmale der Vergleichbarkeit der Situation, die Benachteiligung im Vergleich zu den Angehörigen eines anderen Geschlechts, § 5 Abs.2 GIBG, beziehungsweise den in § 19 Abs.2 GIBG genannten Gruppen und letztendlich die Benachteiligung „in besonderer Weise“ durch die Vorschrift.³⁷⁹

Mit der Klärung der Frage, welche Beweisthemen von der Beweiserleichterung erfasst werden, kommt die Frage nach der Intensität der Beweisführung im Rahmen der Glaubhaftmachung auf. Sowohl in der deutschen als auch in der österreichischen Zivilprozessordnung wird die Glaubhaftmachung als Absenkung des Beweismaßes dergestalt verstanden, dass die Richtigkeit des Parteivorbringens nicht gewiss sein muss, sondern vielmehr ausreicht, dass das Gericht die Wahrheit der behaupteten Tatsache für überwiegend wahrscheinlich hält.³⁸⁰ Dies bedeutet, dass es zur Glaubhaftmachung mittels Indizien ausreicht, dass die auf Hilfstatsachen gestützte Schlussfolgerung überwiegend wahrscheinlich erscheint, ohne dass dadurch bereits alle anderen Möglichkeiten praktisch ausgeschlossen sein müssen.³⁸¹

Schwierigkeiten bereitet an dieser Stelle die Bestimmung des Wahrscheinlichkeitsgrades. Die Formel der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ ist unscharf. Die Reichweite dieser Formulierung ist in der Literatur nicht eindeutig umrissen. *Prütting*³⁸² vertritt die Ansicht, dass aus der Anforderung der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu folgern sei, dass etwas mehr für das Vorliegen der Tatsache als gegen sie zu sprechen habe. Auch in der österreichischen ZPO wird überwiegend die Ansicht vertreten, dass eine Wahrscheinlichkeit von 40% für die Richtigkeit der Tatsache nicht ausreicht. Demzufolge reicht nicht darzustellen, dass gute Gründe für etwas sprechen.³⁸³

Fraglich ist jedoch, ob dies in Bezug auf die Beweismaßerleichterung des GIBG ebenfalls zu gelten hat. *Rebhahn* vertritt in diesem Zusammenhang die

³⁷⁹ *Rebhahn* in *Rebhahn* GIBG § 5 Rn.65.

³⁸⁰ BGH VII ZB 32/01 NJW 2002, 1429.

³⁸¹ BGH II ZB 15-97 NJW 1998, 1870.

³⁸² *Prütting* in Münchener Kommentar zur ZPO I³ (2008), § 294 ZPO Rn24.

³⁸³ *Rebhahn* in *Rebhahn* GIBG § 5 Rn.70.

Auffassung, dass nicht eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ erforderlich ist, sondern vielmehr eine „beträchtliche Wahrscheinlichkeit“ ausreicht. Hierzu führt der Autor die Systematik des Gesetzes ins Feld. Nach §§ 12 Abs.12 und 26 Abs.12 GIBG kommt es darauf an, was „wahrscheinlicher“ ist, wenn sich zwei Tatsachenvorträge gegenüber stehen. Dann macht aber die Anforderung einer „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ an dieser Stelle kaum Sinn.

Rebhahn zieht ferner vergleichend § 105 Abs.5 ArbVG heran, demzufolge die Glaubhaftmachung eines Anfechtungsgrundes keinen Erfolg verspricht, wenn bei Abwägung aller Umstände eine höhere Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass ein anderes vom Arbeitgeber glaubhaft gemachtes Motiv für die Kündigung ausschlaggebend war. Der OGH legt die Vorschrift dahingehend aus, dass „in der Frage des Vorliegens eines Anfechtungsgrundes bzw. Kündigungsrechtsgrundes...lediglich eine Abwägung der erhöhten Wahrscheinlichkeit zu erfolgen hat.“³⁸⁴

Den Ausführungen *Rebhahns* ist vorliegend zuzustimmen. Vor allem vor dem Hintergrund, dass es sich bei der vorliegenden Streitigkeit um ein normales Erkenntnisverfahren handelt³⁸⁵, besteht kein Bedürfnis, die Anforderungen an den Tatsachenvortrag zu stellen, vergleichbar den Anforderungen an den Tatsachenvortrag im einstweiligen Rechtsschutzverfahren. Einen Nachteil wird der Beklagte in der Regel nicht erleiden, bietet sich ihm doch die Möglichkeit dem Vorwurf unmittelbar entgegen zutreten.

II. Die Abwehr des Vorwurfs

§§ 12 Abs.12 und 26 Abs.12 GIBG sehen in dem Falle, in dem ein Diskriminierungstatbestand glaubhaft gemacht ist vor, dass es dem Beklagten obliegt, zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände „wahrscheinlicher“ ist, dass ein anderes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne des § 5 Abs.2 beziehungsweise 19 Abs.2 oder 20 vorliegt. Ergänzend tritt im Fall der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts hinzu, dass der Arbeitgeber auch den Beweis dahingehend führen kann, dass ein anderes Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die auszuübende Tätigkeit ist.

³⁸⁴ OGH 8 ObA 2308/96m wbl 1997, 209 (210).

³⁸⁵ *Müller-Glöge* in Münchener Kommentar zum BGB II⁴, § 611a BGB Rn.81.

1. Auslegung der Vorschrift

Nähert man sich diesen Vorschriften zunächst im Rahmen einer Auslegung des Wortlauts, muss man zunächst feststellen, dass die Vorschrift keine Vergleichbarkeit mit den bestehenden Instrumenten der Zivilprozessordnung aufweist. Dies vor dem Hintergrund, dass an das Merkmal des Beweises sowohl in der deutschen als auch der österreichischen Rechtsordnung zwar nicht zwingend einer „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ bedarf, so jedoch einer „hohen Wahrscheinlichkeit“.³⁸⁶

Die Vorschrift hat wie bereits oben dargestellt im Jahre 2005 eine Änderung dahingehend erfahren, dass „wahrscheinlich“ durch das Wort „wahrscheinlicher“ ersetzt wurde. Die ursprüngliche Fassung lieferte das unbefriedigende und nicht mit den Vorgaben aus den Richtlinien zu vereinbarende Ergebnis, dass dem Arbeitgeber die Entlastung gelingt bei einer Wahrscheinlichkeit von 1%.³⁸⁷

Gleichwohl stellt sich die Frage, ob die Vorschrift in der gültigen Fassung den europäischen Vorgaben genügt.

Der Gesetzgeber hebt in seiner Begründung zum Gesetzesentwurf die Vereinbarkeit der Vorschrift mit den Vorgaben aus den Richtlinien hervor: „Die klagende Partei hat die Diskriminierung zwar glaubhaft zu machen, aber die Klage ist nur dann vom Gericht abzuweisen, wenn bei Abwägung aller Umstände eine höhere Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass die von der beklagten Partei ihrerseits glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen, also dieser der Entlastungsbeweis gelungen ist. Durch diese Regelung wird nicht nur das Beweismaß erleichtert, sondern tatsächlich die Beweislast umgekehrt.“³⁸⁸

Dieser gesetzgeberische Wille könnte jedoch im Widerspruch zu dem Wortlaut der Vorschrift stehen. Nach dem Wortlaut der Vorschrift sind der Beweisgegenstand, die „Wahrscheinlichkeit“, und das Beweismaß miteinander vermengt. Der Arbeitgeber muss lediglich beweisen, dass ein Motiv, das seinerseits wiederum nur glaubhaft zu machen ist, vorgelegen hat. Damit kann der Arbeitgeber die Klage abwehren, wenn er nachweisen kann, dass seine

³⁸⁶ *Rechberger in Fasching ZPO III² Vor § 266 Rn.11.*

³⁸⁷ *Rebhahn in Rebhahn GIBG § 5 Rn.78.*

³⁸⁸ *ErläutRV 307 B1gNr 22.GP S.18.*

Behauptung wahrscheinlicher ist als die der anderen Partei, dass sie überwiegend wahrscheinlich ist. Im Endeffekt läuft dies wiederum nur auf eine Glaubhaftmachung hinaus³⁸⁹, und stellt keine Anordnung auf die Erbringung des Vollbeweises dar, höhlt damit den Wortlaut der Vorschrift aus. Damit ist gleichzeitig festzustellen, dass nach dem vorgefundenen Ergebnis eine Vereinbarkeit mit den europäischen Vorgaben diesbezüglich verneint werden muss. Die europäischen Vorgaben verlangen eben, dass der Arbeitgeber stärker belastet wird als der Arbeitnehmer, will er den Vorwurf entkräften.³⁹⁰

2. Die Frage der Europarechtskonformität der Regelung

Fraglich ist damit, ob die Vorschrift europarechtskonform ausgelegt werden kann. Die Pflicht zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung folgt aus dem in Art.10 EGV verankerten Gebot der Gemeinschaftstreue und dem Umsetzungsgebot aus Art.249 Abs.3 EGV. Das nationale Recht muss nach diesen Grundsätzen anhand des Wortlauts der Richtlinie so ausgelegt werden, dass das Ergebnis der Auslegung mit dem Ziel der Richtlinie vereinbar ist.

Allerdings endet die Möglichkeit der Auslegung am eindeutigen Wortlaut der Vorschrift. Verhindert der eindeutige Wortlaut und Sinn des nationalen Rechts eine solche Auslegung, ist das gemeinschaftswidrige nationale Recht gleichwohl anzuwenden, denn das Instrument der richterlichen Auslegung darf nicht dazu verwendet werden, eindeutiges nationales Recht europarechtskonform zu verändern.³⁹¹

Legt man diese Maßstäbe zu Grunde, ist festzustellen, dass die Vorschrift einer europarechtskonformen Auslegung zugänglich ist. Der Gesetzgeber wollte ausweislich der Gesetzesbegründung den Vorgaben aus den Richtlinien gerecht werden. Die Vorschrift ist derart auszulegen, dass sich die Beweislast tatsächlich umkehrt, die beklagte Partei muss beweisen, dass sie nicht diskriminiert hat.³⁹²

³⁸⁹ *Kletečka* in *Rebhahn* GIBG § 12 Rn.57.

³⁹⁰ *Rebhahn* in *Rebhahn* GIBG, § 5 Rn.78.

³⁹¹ BAG 2 AZR 79/02, NZA 2004, 375.

³⁹² ErläutRV 307 BlgNr 22.GP S.18.

3. Die Beweislast der übrigen Tatbestandsmerkmale

Die Abwehr des Vorwurfs der Diskriminierung, dies kann dem Wortlaut der Vorschrift entnommen werden, bezieht sich lediglich auf das Motiv.

Die Vergleichbarkeit der Lage und die weniger günstige Behandlung erfasst §§ 12 Abs.12 S.2 und 26 Abs.12 S.2 GIBG dahingegen nicht. In den Vordergrund rückt an dieser Stelle zunächst die Frage, wie die Behauptung einer statistischen Differenz entkräftet werden kann. Nahe liegend erscheint zunächst, sich auf die Zufälligkeit dieser Differenz zu berufen. Diese Möglichkeit wird jedoch bereits im Wortlaut der Vorschrift unterbunden.

Ferner gilt auch hier, dass durch die Vorgaben aus den Richtlinien das Mittel der Gegenglaubhaftmachung bereits abgeschnitten ist. Auch in Bezug auf die mittelbare Benachteiligung muss dem Beklagten mehr abverlangt werden als demjenigen, der sich auf den Diskriminierungstatbestand beruft, dies folgt, wie bereits oben erörtert, aus den europäischen Vorgaben.

Schwierigkeiten bestehen im Zusammenhang mit der Frage der Abwehr des Vorwurfs der Diskriminierung, wie den, nicht von §§ 12, 26 Abs.12 S.2 GIBG erfassten Tatbestandsmerkmalen entgegengetreten werden kann. Rebhahn³⁹³ zieht vergleichend § 105 ArbVG heran, demzufolge die Glaubhaftmachung seitens des Arbeitnehmers erst erschüttert ist, wenn die Behauptung des Arbeitgebers wahrscheinlicher ist; bei gleicher Wahrscheinlichkeit gibt der OGH der Anfechtungsklage des Arbeitnehmers statt. Rebhahn weist aber in der Folge darauf hin, dass sich der österreichische Gesetzgeber gegen die Formulierung aus § 105 ArbVG entschieden hat. Vielmehr muss ausgehend von den Vorgaben aus den Richtlinien bewiesen werden, dass eines der Tatbestandselemente nicht vorliegt, demzufolge obliegt es dem mutmaßlich diskriminierenden Arbeitgeber, objektiv rechtfertigende Faktoren, die nichts mit einer Diskriminierung zu tun haben, nachzuweisen. Rebhahn vertritt dabei die Auffassung, dass auch hier nicht der Vollbeweis zur Entkräftung der Tatbestandsmerkmale zu führen ist, vielmehr reicht eine höhere Wahrscheinlichkeit aus. Dem ist vorliegend zuzustimmen. Meines Erachtens ist der Arbeitgeber an dieser Stelle nicht zum Vollbeweis verpflichtet. Vor dem Hintergrund, dass die Richtlinien sich lediglich über die Beweiserleichterung in Bezug auf den Nachweis des Motivs verhalten, hat der Gesetzgeber insoweit

³⁹³ Rebhahn in Rebhahn GIBG § 5 Rn.88.

Gestaltungsspielraum. Da der Gesetzgeber seine Regelung in S.2 der §§ 12, 26 Abs.12 GIBG nur auf die Motivation bezogen hat, hat er zum Ausdruck gebracht, dass er im Übrigen von den gewöhnlichen gesetzlichen Regelungen Gebrauch machen will, damit auch die Gegenglaubhaftmachung in Bezug auf diese Tatbestandsmerkmale zulässt und die höhere Wahrscheinlichkeit ausreicht.

4. Die Beweislastverteilung im Falle der Belästigung

Aus der vorgenannten Systematik ausgeklammert sind im GIBG die Fragen der Beweislastverteilung im Falle der Belästigung §§ 6, 7, 21 GIBG. Zwar hat in diesen Fällen die betroffene Person den Tatbestand der Belästigung glaubhaft zu machen, allerdings obliegt es dem Beklagten zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlich ist, dass die auf der Beklagtenseite glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

Betrachtet man zunächst die Regelungen der §§ 2 Abs.1a und 1b des GIBG in der alten Fassung, ist festzustellen, dass eine Beweiserleichterung, wie sie für die übrigen Diskriminierungstatbestände der § 2 Abs.1 Z 1 bis Z 7 GIBG in der alten Fassung vorgesehen war, nicht existierte.

Insoweit sprach sich der OGH auch gegen eine Erstreckung der Beweiserleichterung auf den Tatbestand der sexuellen Belästigung aus³⁹⁴:

„Für den Tatbestand der sexuellen Belästigung gemäß § 2 Abs 1a und 1b GleichbG gilt die Beweiserleichterung des § 2a Abs 9 GleichbG nicht. Die Glaubhaftmachung durch die Arbeitnehmerin genügt daher nicht. Wer eine sexuelle Belästigung durch den Arbeitgeber behauptet, dem obliegt daher auch unter dem Aspekt des für Erfolgsverbindlichkeiten geltenden § 1298 ABGB zumindest der Tatsachenbeweis bzw. der Beweis der Verletzung der Fürsorgepflicht.“

Der OGH begründet seine Entscheidung damit, dass eine sexuelle Belästigung objektivierbar sei und als Tatsache ebenso wenig einer Beweiserleichterung bedürfe wie etwa eine Ehrenbeleidigung oder eine Körperverletzung.³⁹⁵

Sturm gelangte zu der Erkenntnis, dass durch die geänderte Gleichbehandlungsrichtlinie 2002/73/EWG die Rechtsprechung nicht mehr

³⁹⁴ OGH 9 ObA 2056/96k ÖJZ 1997, 150 (151).

³⁹⁵ OGH 9 ObA 2056/96k ÖJZ 1997, 150 (151).

aufrecht erhalten werden kann, da die Richtlinie vorschreibt, auch für den Fall der Belästigung eine Beweiserleichterung vorzusehen.³⁹⁶

Dies erkannte der Gesetzgeber ebenfalls und dehnte die Beweiserleichterung auch auf die Tatbestände der sexuellen Belästigung und der Belästigung aus. Gleichwohl erfährt die Beweiserleichterung im Vergleich zu den übrigen Diskriminierungstatbeständen eine Veränderung, da es sich bei diesen Diskriminierungstatbeständen nicht um Motive sondern um Tatsachen handelt.³⁹⁷

Bei Berufung auf einen Belästigungstatbestand nach §§ 6 oder 7 bzw. 21 GIBG obliegt es dem Beklagten zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlich ist, dass die vom Beklagten glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen. Dem Wortlaut zu Folge könnte zunächst der Schluss zu ziehen sein, dass auf beiden Seiten eine Glaubhaftmachung ausreicht: Die Belästigten haben die Belästigung glaubhaft zu machen, der potenzielle Belästiger hat zu beweisen, dass es wahrscheinlicher ist, dass seine Behauptung wahr ist.

Auch in Bezug auf diese Regelung bestehen starke Zweifel hinsichtlich der Vereinbarkeit mit den europäischen Vorgaben. Das Recht einer Gegenglaubhaftmachung ist mit dem aus den Richtlinien vorgegebenen Schutzzweck – der erleichterten Geltendmachung einer Diskriminierung – nicht zu vereinbaren.³⁹⁸

Gahleitner vertritt in diesem Zusammenhang ferner die Ansicht, dass eine beidseitige Glaubhaftmachung darüber hinaus auch unsinnig wäre: „Gelingt es der Arbeitnehmerin, die Belästigung glaubhaft zu machen, so kann es schon denklologisch nicht mehr möglich sein, dass es dem Belästiger gelänge, das Nichtvorliegen der Belästigung glaubhaft zu machen.“³⁹⁹

E. Die Regelung der Beweislast im AGG

Vergleichend soll an dieser Stelle die Regelung des § 22 AGG dargestellt werden.

³⁹⁶ *Sturm*, „Die Änderung der Gleichbehandlungsrichtlinie DRdA 2003, 83 (84).

³⁹⁷ ErläutRV 307 BlgNr 22.GP S.18.

³⁹⁸ *Thüsing* in Münchener Kommentar I/2⁵ § 22 AGG Rn.17.

³⁹⁹ *Gahleitner*, Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis, ZAS 2007, 148 (153).

I. Die Beweiserleichterung

Während nach dem Wortlaut des § 611a Abs.1 S.3 BGB a.F. und des Entwurfs zum AGG „Tatsachen glaubhaft“ zu machen waren, hat der deutsche Gesetzgeber sich für die Formulierung „Indizien beweisen“ entschieden, die wiederum „eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen.“.

Auch die Neuregelung der Beweislast in § 22 AGG wirft zahlreiche Fragen auf. Vordergründig stellt sich die Frage, welche Anforderungen an das „Beweisen von Indizien“ zu stellen sind, und welche Tatbestandsmerkmale hiervon erfasst sind.

1. Die erfassten Tatbestandsmerkmale

Bevor man sich der Wirkweise der Vorschrift nähert, muss zunächst der Frage nachgegangen werden, welche Tatbestandsvoraussetzungen von der Beweiserleichterung erfasst sind. Der Blick auf den Wortlaut der Vorschrift kann zunächst eine Auslegung dahingehend ermöglichen, dass das Vorliegen des gesetzlichen Nachteils und das Beruhen der Benachteiligung auf dem Grund gemäß § 1 AGG nachzuweisen sind. Nach § 22 AGG sind Indizien zu beweisen, die „eine Benachteiligung wegen eines Grundes vermuten lassen“. Dieser Auslegung wird jedoch sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur entgegengetreten. Vielmehr besteht Einigkeit darüber, dass sich die Beweiserleichterung nur auf den Kausalzusammenhang erstreckt. Dafür spricht zunächst, dass die Beweisführung des Klägers in der Regel am Nachweis innerer Tatsachen scheitert. Der Kläger wird in der Regel nicht in der Lage sein, die der Benachteiligung zugrunde liegenden Motive zu beweisen.⁴⁰⁰

Ferner spricht für diese Auffassung, dass diese auch den europäischen Vorgaben gerecht wird, deren Wirkungsweise ebenfalls auf den Kausalzusammenhang beschränkt ist.

Letztendlich kann für diese Auffassung auch die Gesetzesbegründung⁴⁰¹ herangezogen werden:

„Der Kläger muss daher nach den allgemeinen Grundsätzen zunächst Vollbeweis führen, dass er gegenüber einer anderen Person ungünstig

⁴⁰⁰ *Schlachter* in Erfurter Kommentar⁸ § 22 AGG Rn.3.

⁴⁰¹ BT-Drucksache 16/1780 S.47.

behandelt worden ist. Weiter muss er sog. Vermutungstatsachen vortragen, aus denen sich schließen lässt, dass diese unterschiedliche Behandlung auf einem nach § 1 unzulässigen Grund beruht.“

2. Der „Indizienbeweis“

Die Vorschrift gibt dem Kläger auf, „Indizien zu beweisen“. Aus der Gesetzesbegründung folgt, dass die Vorschrift der Vorgängernorm, dem § 611a Abs.1 S.3 BGB nachgebildet ist.⁴⁰²

Noch nach der ersten Lesung im Bundestag sollte sie lauten: „Wenn im Streitfall die eine Partei Tatsachen glaubhaft macht, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass andere als in § 1 genannte, sachliche Gründe die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen oder die unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 genannten Grundes nach Maßgabe dieses Gesetzes zulässig ist“⁴⁰³

Aus den Gesetzgebungsmaterialien ist in diesem Zusammenhang zu schließen, dass von der Fassung in der ersten Lesung abgewichen wurde, um die Diskussion um den Begriff der „Glaubhaftmachung“ auszuschließen, da dieser oft dahingehend missverstanden werde, er beziehe sich auf § 294 ZPO und beschränke die Beweisführung auf die präsenten Beweismittel.⁴⁰⁴

Daher entschied sich der Gesetzgeber für den Begriff des „Indizienbeweises“. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll der Kläger im Rahmen seiner Beweisobliegenheit Vermutungstatsachen vortragen, aus denen sich schließen lässt, dass diese unterschiedliche Behandlung auf einem nach § 1 unzulässigen Grund beruht.

Der Begriff des Indizienbeweises ist nach der Ansicht *Schlachters* derart zu verstehen, dass tatbestandsfremde Behauptungen, die einen Schluss auf das Vorliegen des fraglichen Tatbestandsmerkmals rechtfertigen, nachzuweisen sind.⁴⁰⁵

⁴⁰² BT-Drucksache 16/1780 S.47.

⁴⁰³ BT-Drucksache 15/4538 S.9.

⁴⁰⁴ *Thüsing* in Münchener Kommentar I/2⁵ § 22 AGG Rn.2; *Schlachter* in Erfurter Kommentar⁸ § 22 AGG Rn.1.

⁴⁰⁵ *Schlachter* in Erfurter Kommentar⁸ § 22 AGG Rn.3.

Fraglich ist, ob sich hinter dem Begriff der Vermutungstatsache und dem Begriff des Indizienbeweises verschiedene Kategorien des Beweises verbergen. Nach der Ansicht *Roloffs*⁴⁰⁶ bestehen zwischen der Vermutung und dem Indizienbeweis prozessuale Unterschiede. *Roloff* sieht hierin die Vermengung zweier Beweiskategorien. Während es sich bei Indizien um Tatsachen handelt, die den Rückschluss auf die Haupttatsache erlauben, handelt es sich bei Vermutungen um Erfahrungssätze, die den Rückschluss auf das Vorliegen eines Umstandes zulassen.

Gleichwohl erkennt der Autor, dass der Gesetzgeber mit der Regelung des § 22 AGG keine Vermutungswirkung normiert hat. Diese Auffassung verdient Zustimmung.

Zunächst kann die Rechtsprechung zu der Frage, ob in § 611a Abs.1 S.3 BGB eine Vermutung im Sinne des § 292 ZPO begründet liegt, klärend herangezogen werden. Dabei bestand zur Regelung des § 611a Abs.1 S.3 BGB a.F. in der Literatur Einigkeit darüber, dass „Vermutung“ nicht im Sinne des § 292 ZPO zu verstehen ist.⁴⁰⁷ Dieser Auslegung, die zur Konsequenz hätte, dass der Richter aus dem Vorliegen einer bestimmten gesetzlich benannten Tatsache verpflichtet wäre, zwingend das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals anzunehmen, wurde auch von der Rechtsprechung verneint⁴⁰⁸, und in der Literatur auch einstimmig abgelehnt. Auch hat das ArbG Berlin⁴⁰⁹ im Einklang mit der Literatur⁴¹⁰ zu § 22 AGG entschieden, dass die Vorschrift keine Vermutungswirkung im Sinne des § 292 ZPO hervorruft. Diese Auffassung wird letztendlich dadurch getragen, dass ein derartiges Verständnis der Vorschrift jeglichen Sinn nehmen würde und auch von den Richtlinien nicht gefordert ist.

Insofern stellt sich die Frage, welcher Tatsachenvortrag als ausreichend zu qualifizieren ist. Die Vorschrift ist derart auszulegen, dass bezogen auf das Beweismittel – die Indizien – nicht die volle richterliche Überzeugung gefordert wird, sondern vielmehr das herabgesetzte Beweismaß der Vermutung ausreichend ist.⁴¹¹

⁴⁰⁶ *Roloff* in *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching*, Arbeitsrecht Kommentar § 22 AGG Rn.5.

⁴⁰⁷ *Annuß* in *Staudinger* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2005) § 611a Rn.112.

⁴⁰⁸ BAG 8 AZR 112/03 AP § 611a BGB Nr.23.

⁴⁰⁹ ArbG Berlin 86 Ca 4035/07 NZA 2008, 492.

⁴¹⁰ *Stein* in *Wendeling/Schröder/Stein* AGG § 22 AGG Rn.29.

⁴¹¹ *Bauer, Göpfert, Krieger*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz² § 22 Rn.6.

Auskunft hierüber liefert die Gesetzesbegründung. Über die Anforderungen an die Qualität der vorzutragenden Indizien verhält sich die Gesetzesbegründung wie folgt: „Welche Anforderungen [an die Vermutungstatsachen] im Einzelfall zu stellen sind, können nur die Gerichte unter Berücksichtigung des § 138 ZPO beurteilen. Danach sind einerseits Erklärungen „ins Blaue hinein“ unzulässig, andererseits ist zu beachten, welche Informationen einer Prozesspartei überhaupt zugänglich sind. Ein tatsächlicher Anhaltspunkt kann sich etwa aus einer nicht geschlechtsneutralen Stellenausschreibung (§11) ergeben.“⁴¹²

Das ArbG Berlin kommt daher zu dem Schluss, dass § 22 AGG eine Beurteilung verlangt aus der Sicht einer objektiv verständigen Person im Einzelfall.⁴¹³

Fraglich ist an dieser Stelle welche Anforderung das Gesetz an das Beweismaß stellt. Bemüht man sich zunächst den Wortlaut der Vorschrift auszulegen, ist festzustellen, dass der Ausdruck „Beweis“ mehrdeutig ist, und auch die bloße Glaubhaftmachung ein Beweis ist.⁴¹⁴

Thüsing kritisiert die Vorschrift hinsichtlich ihrer mangelnden Europarechtskonformität und begründet seine Auffassung aus der Vorgabe an den Kläger, die Indizien beweisen zu müssen.⁴¹⁵

Eine Auffassung, die an dieser Stelle den Vollbeweis einfordert, würde gegen die Vorgaben aus den Richtlinien verstoßen.

Das Arbeitsgericht Berlin legt die Vorschrift dahingehend aus, dass eine überwiegende Wahrscheinlichkeit der Indizien ausreichend ist, um die Beweislast umzukehren.

„Trotz des missratenen und irreführenden Wortlauts reicht es nach § 22 AGG zur Umkehr der Beweislast aus, dass die eine Vermutung begründenden Tatsachen („Indizien“) überwiegend wahrscheinlich sind. Es gilt nichts anderes wie zu § 611a Abs.1 S.3 BGB a.F. und entsprechend zu § 81 Abs.2 Nr.1 S.3 SGB IX a.F. Die Gegenauffassung, tappt in eine Wortlautfalle, indem sie dem Ausdruck „beweisen“ in § 22 AGG eine engere Bedeutung zumisst, obwohl

⁴¹² BT-Drucksache 16/1780 S.47.

⁴¹³ ArbG Berlin 86 Ca 4035/07NZA 2008, 492, 493.

⁴¹⁴ ArbG Berlin 86 Ca 4035/07 NZA 2008, 492 (495).

⁴¹⁵ *Thüsing* in Münchener Kommentar zum BGB I/2⁵ § 22 AGG Rn.2; *Bauer/Göpfert/Krieger* Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz² § 22 Rn.6.

dies nach dem Wortlaut weder geboten noch nach der Gesetzgebungsgeschichte gewollt, noch richtlinienkonform wäre.“⁴¹⁶

Daraus folgt, dass der Kläger im Falle der unmittelbaren Benachteiligung Indizien darlegen muss und im Bestreitensfalle beweisen muss, dass er schlechter behandelt wurde. Hier verlangt das Gesetz den Vollbeweis dafür, dass die schlechtere Behandlung auf einem der in § 1 AGG genannten Merkmale beruht.

Dies gilt gleichermaßen für die mittelbare Benachteiligung. Nicht erforderlich ist in diesem Zusammenhang nach einhelliger Auffassung, dass der Kläger das Fehlen eines Rechtfertigungsgrundes beweisen muss. Dies müsste er bereits nach den geltenden Prozessrechtsgrundsätzen nicht, denn die Formulierung der Vorschrift – „es sei denn“ legt nahe, dass die gerechtfertigte Benachteiligung einen Ausnahmetatbestand darstellt, der gewöhnlich vom Anspruchsgegner zu beweisen wäre.⁴¹⁷

Im Falle der Belästigung und der sexuellen Belästigung, hat der Kläger sämtliche Anspruchsvoraussetzungen als überwiegend wahrscheinlich darzulegen. Dies folgt unmittelbar aus dem systematischen Zusammenhang, denn auch die Belästigung und die sexuelle Belästigung sind Diskriminierungen im Sinne der Richtlinien, demzufolge fallen auch diese Tatbestände unter die Beweiserleichterung.

II. Die Wirkweise der Beweisverlagerung

Ist dem Kläger der Indizienbeweis gelungen, führt dies zu einer Beweisverlagerung auf den Arbeitgeber. Nach der h.M.⁴¹⁸ muss dieser fortan den vollen Gegenbeweis dafür erbringen, dass er nicht gegen ein Benachteiligungsverbot verstoßen hat. Folglich muss der Beklagte nachweisen, dass kein Grund des § 1 AGG die Entscheidung getragen hat. *Schlachter* weist darauf hin, dass dies durch Widerlegung der Voraussetzungen für eine Beweislastumkehr, durch Widerlegung des Vorbringens des Klägers bzw. durch Beseitigung der Indizienwirkung, der für eine mittelbare Benachteiligung verwendeten Statistiken oder sonstiger Hilfstatsachen,

⁴¹⁶ ArbG Berlin 86 Ca4035/07 NZA 2007, 492, 495.

⁴¹⁷ *Bufalica* in *Däubler/Hjort/Hummel/Wolmerath* Arbeitsrecht § 22 AGG Rn.8.

⁴¹⁸ *Schlachter* in *Erfurter Kommentar*⁸ § 22 AGG Rn.4, *Thüsing* in *Münchener Kommentar zum BGB I/2*⁵ § 22 AGG Rn.17, *Windel RdA* 2007, 1 (6), *Prütting* in *FS 50 Jahre BAG* S.1318.

gelingen kann. In Bezug auf das Beweismaß muss festgestellt werden, dass die Gegenglaubhaftmachung gänzlich ausgeschlossen ist; diese würde den Vorgaben aus den Richtlinien nicht gerecht werden.

Bei der Belästigung und der sexuellen Belästigung bleibt dem Beklagten nur die Möglichkeit, den Gegenbeweis zu führen. Darauf weist erneut die Gesetzesbegründung⁴¹⁹ hin, wo betont wird, dass im Falle der Belästigung regelmäßig keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich sind.

F. Zusammenfassende Würdigung der Beweisregelungen

In der vergleichenden Gegenüberstellung beider Vorschriften fällt zunächst auf, dass die österreichische Regelung über die Vorgaben der Richtlinien hinausgeht. Die Glaubhaftmachung aller Tatbestandsmerkmale, wie in §§ 12 Abs.12 und 26 Abs.12 GIBG vorgesehen, fordern die Richtlinien nicht.

In den Vordergrund – dies gilt für beide Vorschriften – rückt die Frage nach der Geeignetheit der Beweismittel eine Vermutungswirkung herbeizuführen. Diese Frage ist sowohl bezogen auf den Nachweis der Motivation im Falle der unmittelbaren Diskriminierung, als auch in Bezug auf den statistischen Beweis bei der mittelbaren Diskriminierung, ungeklärt. In seiner Entscheidung vom 05.04.2004 stellt das Bundesarbeitsgericht dar, welche Anforderungen an das Merkmal der Hilfstatsachen zu stellen ist. Demnach können solche Vermutungstatsachen in Äußerungen des Arbeitgebers beziehungsweise anderen Verfahrenshandlungen begründet sein, die die Annahme einer Benachteiligung wegen des Geschlechts nahe legen. Weiter führt das BAG aus, dass Indizien genügen, „die aus einem regelhaft einem Geschlecht gegenüber geübten Verhalten auf eine solchermaßen motivierte Entscheidung schließen lassen.“⁴²⁰

Fest steht, dass der Bestimmung ein objektiver Auslegungsmaßstab zu Grunde zu legen ist. Es kommt daher nicht auf das Empfinden der Parteien an, sondern vielmehr ist darauf abzustellen, wie ein verständiger Dritter die Situation einordnet.

Dabei ist zunächst anzuführen, dass die Fälle, in denen bereits die im Streit befindliche Maßnahme selbst diskriminierend ist, die Vermutungswirkung

⁴¹⁹ BT-Drucksache 16/1780 S.47.

⁴²⁰ BAG 8 AZR 112/03 AP § 611a BGB Nr.23.

begründen, wenn der Arbeitgeber beispielsweise dem Bewerber mitteilt, ihn wegen seiner Behinderung nicht einstellen zu wollen.

Für die mittelbare Diskriminierung wäre das Kopftuchverbot an dieser Stelle beispielhaft einzuordnen.

Einschränkend muss jedoch angeführt werden, dass die dargelegten Äußerungen oder Verhaltensweisen immer im inneren Zusammenhang mit der Diskriminierung stehen müssen. Beliebige Äußerungen des Arbeitgebers, die sozial-ethisch verwerflich sind, aber mit dem konkreten Diskriminierungsvorwurf nicht im Zusammenhang stehen, können keine ausreichende Vermutungswirkung erzeugen, andernfalls stünde der Arbeitgeber unter Generalverdacht.

Von besonderem Interesse ist an dieser Stelle die Glaubhaftmachung mittels der Statistik. In seiner Entscheidung vom 20.05.1998⁴²¹ begründet der OGH seine Feststellungen in Bezug auf das Vorliegen einer verbotenen geschlechtsspezifischen Ungleichbehandlung unter Berücksichtigung des gesellschaftlichen Umfeldes und legt hierzu unter anderem dar, „dass Frauen in Österreich im allgemeinen statistisch gesehen niedriger entlohnt werden als Männer....Weiterer Bescheinigungen bedarf es entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts für die Annahme einer benachteiligenden Differenzierung nicht. Insoweit ist ein Kausalzusammenhang zwischen der Geschlechtszugehörigkeit der Klägerin und der niedrigeren Entlohnung indiziert.“

Fraglich ist an dieser Entscheidung des OGH, ob der statistische Beweis, der einen gesellschaftlichen Missstand dokumentiert, einzig ausreichen kann. Der OGH stützt sich in seiner Entscheidung auf das Urteil des EuGH in Sachen *Enderby*.⁴²² Hier hat der EuGH das grundsätzliche Beweismaß für die Hilfstatsachen, den Vollbeweis, gerade nicht für die statistische Differenz eingefordert, sondern ausreichen lassen, dass die Arbeitnehmerin darlegt, dass das durchschnittliche Entgelt der weiblichen Arbeitnehmer deutlich unter dem durchschnittlichen Entgelt der männlichen Arbeitnehmer liegt.

⁴²¹ OGH 9 Ob A 350/97d DRdA 1999, 38.

⁴²² EuGH 27.10.1993 C-127/92 *Enderby*, Slg 1993, I-5535.

Einschränkend führt *Grobys*⁴²³ an, dass sich die in den Prozess eingeführte Statistik auch in der Struktur im Beschäftigungsunternehmen widerspiegeln muss. Ansonsten, so der Autor weiter, würde der Unternehmer für gesellschaftliche Missstände verantwortlich gemacht werden. Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Es kann nicht ausreichen, dass der Arbeitnehmer einzig eine Statistik über einen sozialen Missstand in den Prozess einführt, ohne darzulegen und glaubhaft zu machen, wie sich dieser Missstand in seinem Beschäftigungsverhältnis widerspiegelt. Zu Recht prüft der OGH in der oben genannten Entscheidung, bevor er auf die Statistik eingeht, ob im konkreten Beschäftigungsverhältnis Lohnunterschiede bei gleichwertiger Arbeit bestehen und stellt nur ergänzend fest, dass Frauen in Österreich im Allgemeinen niedriger entlohnt werden.⁴²⁴

Ferner ist zu ergänzen, dass hierdurch nicht etwa ein Automatismus eintritt mit der Konsequenz, dass jede Sozialstudie bereits die Vermutungswirkung begründet, vielmehr muss diese vom Gericht nachvollzogen werden und auf ihre Aussagekraft überprüft werden.⁴²⁵

⁴²³ *Grobys*, Die Beweislast im Anti-Diskriminierungsprozess NZA 2006, 898 (903); *Bertzbach* in *Däubler/Bertzbach* AGG § 22 Rn.45a.

⁴²⁴ OGH 9 Ob A 350/97d DRdA 1999, 38.

⁴²⁵ *Windel* in RdA 2007, 1 (6).

G. Schlussbetrachtung

Abschließend sollen die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung nochmals zusammenfassend dargestellt werden.

Zunächst festzuhalten, dass die, in der Literatur vielfach heraufbeschworene Gefahr der Einführung eines Strafschadensersatzes amerikanischer Prägung mit dem Umsetzungsauftrag aus den Gleichbehandlungsrichtlinien nicht auszumachen ist. Der Europäische Gesetzgeber fordert nicht mehr und nicht weniger vom nationalen Gesetzgeber als dem Ziel der Richtlinien, der Beseitigung von Ungleichbehandlungen, mittels eines angemessenen Schadensersatzes, zu dienen.

Was die Wirkweise des Schadensersatzes betrifft, ist die festzustellen, dass die gesonderte Berücksichtigung des Präventionsgedankens, wie vom BGH bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts durch die Medien hervorgehoben, aufgrund der vergleichbaren Motivlage bei der Diskriminierung ebenfalls angezeigt ist.

Die Untersuchung kommt ferner zu dem Ergebnis, dass jede Diskriminierung auch eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist. Der hohe Stellenwert des gemeinschaftsrechtlichen Ziel, der Abschaffung von Ungleichbehandlung, wirkt sich auch auf die Bemessung des immateriellen Schadensersatzanspruchs aus. Die generelle Zurückhaltung der österreichischen Rechtsordnung im Hinblick auf den Zuspruch immateriellen Schadensersatzes und insbesondere die Forderung nach dem Überschreiten einer Erheblichkeitsschwelle können beim Schadensersatz wegen Diskriminierung nicht aufrechterhalten werden.

Die verschuldensabhängige Haftung im AGG kann aufgrund der eindeutigen Europarechtswidrigkeit keinen Bestand haben. Die verschuldensunabhängige Haftung, die sowohl in der deutschen als auch der österreichischen Literatur vehement unter dem Aspekt des Systembruchs mit dem bestehenden

Schadensersatzrecht kritisiert wurde, findet in der grundsätzlichen Vergleichbarkeit mit dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ihr Fundament.

In der Frage der Beweislastverteilung geht der österreichische Gesetzgeber hinsichtlich der begünstigten Beweisthemen über die europäischen Vorgaben hinaus. Gleichzeitig bleibt er in der Frage des Beweismaßes hinter den europäischen Vorgaben. Dies kann letztendlich durch die europarechtskonforme Auslegung behoben werden.

Mit Ausnahme der offensichtlich europarechtswidrigen verschuldensabhängigen Haftung auf deutscher Seite ist festzustellen, dass sowohl der österreichische als auch der deutsche Gesetzgeber dem Umsetzungsauftrag aus den Richtlinien entsprochen haben. Was die Zielsetzung der Richtlinien, die Bekämpfung jeder Form der Diskriminierung, betrifft, ist festzustellen, dass beide Gesetze diesem Ziel zweifelsfrei bereits durch ihre Existenz dienen. Die breite Diskussion in um die neuartigen Schadensersatzansprüche hat in den Personalabteilungen der Unternehmen bereits zu einem Umdenken geführt. Auch inhaltlich verfehlen die Schadensersatzansprüche ihre Wirkung nicht. Der Schadensersatzanspruch hat sich in seiner Entstehungsgeschichte von einer unbeachteten Vorschrift hin zum ernsthaften Instrument gewandelt. In der aktuellen Ausgestaltung ist er ein geeignetes und angemessenes Mittel zur Bekämpfung von Diskriminierungen.

Literaturverzeichnis

- Larenz, Karl
Lehrbuch des Schuldrechts Band I,
14.Auflage, München 1987
- Eugen Stahlhacke
Entscheidungssammlung zum
Arbeitsrecht,
6.Aufl., Neuwied
zitiert: Bearbeiter in EzA
- Rummel, Peter
Kommentar zum Allgemeinen
bürgerlichen Gesetzbuch, 2.Band §§
1175 bis 1502 ABGB; Nebengesetze,
3.Auflage, 2004, Wien
Zitiert: Bearbeiter in Rummel ABGB
- Ahrens, Hans-Jürgen
Festschrift für Erwin Deutsch, Köln
1999
- Annuß, Georg
Grundfragen der Entschädigung bei
unzulässiger
Geschlechtsdiskriminierung NZA
1999, 641
- Annuß, Georg
Grundfragen der Entschädigung bei
unzulässiger
Geschlechterdiskriminierung, NZA
1999, 738
- Bauer, Jobst-Hubertus
Dörner, H-J
Hauck, F.
Hueck, Nipperdey, Dietz,
Nachschlagewerk des
Bundesarbeitsgerichts -

Matthes, H-C Oetker, Hartmut	Arbeitsrechtliche Praxis- Zitiert: AP
Bauer, Jobst-Hubertus Evers, Malte	Schadensersatz und Entschädigung bei Diskriminierung – Ein Fass ohne Boden in NZA 2006 893
Bauer, Jobst-Hubertus/ Göpfert, Burkhard/ Krieger Steffen	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2.Auflage, München 2008
Bertelsmann, Klaus Pfarr, Heide	Diskriminierung von Frauen bei der Einstellung und Beförderung in DB 1984, 1297
Bydlinski, Franz	System und Prinzipien des Privatrechts, Wien 1996
Stahlhacke, Eugen	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht, 7 Auflage 2003
Däubler, Wolfgang/ Bertzbach Martin	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2.Auflage, Baden-Baden 2008
Dauner-Lieb, Barbara Heidel, Thomas Lepa, Manfred Ring, Gerhard	Das Neue Schuldrecht, Heidelberg, 2002 zitiert: Bearbeiter in Dauner- Lieb/Heidel/Lepa/Ring, Das Neue Schuldrecht
Deutsch, Erwin	Allgemeines Haftungsrecht, 2.Auflage Köln, Berlin, Bonn, München 1996
Diedrichsen, Angela,	Neues Schadensersatzrecht: Fragen der Bemessung des Schmerzensgeldes und seiner prozessualen Durchsetzung

VersR 2005, 433

Egger, Johann

Rechtsprobleme bei der Anbahnung
von Arbeitsverhältnissen, DRdA,
1982, 89

Wendeling-Schröder, Ulrike
Stein, Axel

AGG, München 2008

Ehrmann, Horst
Emmert, Angela,

Grundlage, Zweck und Missbrauch der
Sanktionierung des
Diskriminierungsverbots SAE 1997,
253-269

Etzel, Gerhard/
Bader, Peter/
Fischermeister, Ernst/
Friedrich, Hans-Wolf/
Griebeling, Jürgen/
Lipke, Gert-Albert/
Pfeiffer, Thomas/
Rost, Friedhelm/
Spilger, Andreas Michael/
Vogt, Norbert/
Weigand, Horst/
Wolff, Ingeborg

Gemeinschaftskommentar zum
Kündigungsschutzgesetz und zu
sonstigen kündigungsschutzrechtlichen
Vorschriften
8.Auflage, Neuwied 2007
zitiert: Bearbeiter in KR

Fasching, Hans W.
Konecny Andreas

Kommentar zu den
Zivilprozessgesetzen
3.Band §§ 226 bis 460 ZPO
2.Auflage, Wien 2004
zitiert: Bearbeiter in Fasching, ZPO

Fikentscher, Wolfgang

Schuldrecht 9.Aufl. München 1997

Flume, Werner
Raisch, Peter

Beiträge zum Zivil- und

Steindorff, Peter	Wirtschaftsrecht Festschrift für Kurt Ballerstedt, Berlin 1975 zitiert: Bearbeiter in FS Ballerstedt
Gahleitner, Sieglinde	Der Schutz vor Belästigung im Arbeitsverhältnis in ZAS 2007, 148
Geimer, Reinhold Greger, Reinhard Herget, Kurt Heßler, Hans-Joachim Lückemann, Clemens Philippi, Peter Stöber, Kurt Vollkommer, Max	Zöller, Zivilprozessordnung 26.Auflage, Köln 2007 zitiert: Bearbeiter in Zöller, ZPO
Grabitz, Eberhard Hilf, Meinhard	Das Recht der Europäischen Union, München, 34. Ergänzungslieferung 2008
Gottwald, Peter	Rosenberg/Schwab/Gottwald Zivilprozessrecht, 16.Auflage, München 2004
Hinghofer-Szalkay Dagmar / Prisching Margareth,	Schmerzensgeld ohne Schmerzen - Neue Entwicklungen? , ZVR 2007, 116- 121
Holoubek, Michael	Vergaberechtsschutz durch Schadensersatz, ZfV 1998, 592
Kamanabrou, Sudabeh	Die arbeitsrechtlichen Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, NZA 2006, 321

Kamanabrou, Sudabeh	Rechtsfolgen unzulässiger Benachteiligung im Antidiskriminierungsrecht in ZfA 2006, 327
Koziol, Helmut	Schaden, Verursachung und Verschulden im Entwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrechts in JBL 2006, 768
Koziol, Helmut	Österreichisches Haftpflichtrecht Band I: Allgemeiner Teil, 3 Aufl. Wien 1997 Band II Besonderer Teil, 2 Aufl. Wien 1983
Larenz, Karl/ Canaris, Ernst-Wilhelm	Lehrbuch des Schuldrechts Band II/2 Besonderer Teil, 13.Auflage, München 1994
Lorenz, Stephan Riem, Thomas	Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München 2002
Martinek, Oswin/ Migsch, Erwin/ Schwarz, Walter/ Ringhofer, Kurt/ Schwimann, Michael	Arbeitsrecht und soziale Grundrechte Festschrift für Hans Floretta, Wien 1983
Mayer, Heinz	Das österreichische Bundes- Verfassungsrecht, 4 Aufl. Wien 2007
Mayer, Heinz	Entwicklungstendenzen in der Rechtssprechung des Verfassungsgerichtshofes ÖJZ 1980, 337

- Meier, Bernd-Dieter
Strafrechtliche Sanktionen, 3.Auflage
2009 Berlin Heidelberg New York
- Müller-Glöge, Rudi
Preis, Ulrich
Schmidt, Ingrid
Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht,
8.Auflage, München 2008 zitiert:
Bearbeiter in ErfK
- Oetker, Hartmut
Festschrift 50 Jahre
Bundesarbeitsgericht, BAG München
2004
zitiert: Autor in FS 50 Jahre BAG
- Oetker, Hartmut
Preis, Ulrich
Europäisches Arbeits- und Sozialrecht,
1994-2008, Heidelberg, München,
Landsberg
- Grobys, Marcel
Die Beweislast im Anti-
Diskriminierungsprozess NZA 2006,
898
- Peter Hanau,
Das Allgemeine
Gleichbehandlungsgesetz
(arbeitsrechtlicher Teil) zwischen
Bagatellisierung und Dramatisierung,
ZIP 2006, 2189
- Prütting, Hanns
Die Beweislast im Arbeitsrecht in
dRdA 1999, 107
- Rauscher, Thomas
Wax, Peter
Wenzel, Joachim
Münchener Kommentar zur
Zivilprozessordnung Band 1 §§ 1-
510c, 3 Auflage München 2008

- Rebhahn, Robert
Kommentar zum
Gleichbehandlungsgesetz, Wien 2005,
zitiert: Bearbeiter in Rebhahn GIBG
- Richardi, Reinhard
Otto, Hansjörg
u.a.
J von Staudingers Kommentar zum
Bürgerlichen Gesetzbuch mit
Einführungsgesetzen und
Nebengesetzen
Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse
Titel 1 Verpflichtung zur Leistung
§§ 205-304 BGB Neubearbeitung
2004
Titel 8 Dienstvertrag 1
§§ 611-615 BGB Neubearbeitung
2005
Titel 11 Auslobung
§§ 657-704 Neubearbeitung 2006
- Rolfs, Christian
Giesen, Richard
Kreikebohm, Ralf
Udsching, Peter
Beckscher Online-Arbeitsrecht
Kommentar, München
2008Arbeitsrecht, Stand 01.03.08
zitiert: Autor in BeckOK
- Rummel, Peter
Kommentar zum Allgemeinen
bürgerlichen Gesetzbuch, 3.Auflage
Band I §§ 1-1174 ABGB, Wien 2000
Band II 1.Teilband §§ 1175-1502
ABGB, Wien 2002
- Säcker, Franz Jürgen
Rixecker, Roland
Münchener Kommentar zum
Bürgerlichen Gesetzbuch,
Band 1:
1. Halbband: §§ 1-240 BGB · ProstG,
5.Auflage, München 2006
2. Halbband: AGG, 5.Auflage,
München 2007,

- Band 2: §§ 241-432 BGB, 5.Auflage
München 2007
- Band 4: §§ 611-704 BGB, 4.Auflage
München 2005
- Band 5: §§ 705-853, 4.Auflage,
München 2004
zitiert: Bearbeiter in Münchener
Kommentar
- Schlachter, Monika
Richtlinie über die Beweislast bei
Diskriminierung
dRdA 1998, 321
- Schrank, Franz
Mazal, Wolfgang
Arbeitsrecht, Wien 2008
- Schwab, Brent
Dietrich/Neef/Schwab, AR-Blattei-SD,
115.Lfg
Heidelberg/München/Landsberg/Berlin
2003
- Schwimann, Michael
Schwimann, ABGB,
Praxiskommentar,
Band 1: §§ 1-284 ABGB,
EheG, 1.DVEheG, UVG, UschG, TEG
Band 4: §§ 859-1089 ABGB,
3.Auflage, Wien 2006,
- Seitz, Walter
Prinz und die Prinzessin –
Wandlungen des Deliktsrechts durch
Zwangskommerzialisierung der
Persönlichkeit, NJW 1996, 2848
- Smutny Petra,
Mayr, Klaus
Kommentar zum
Gleichbehandlungsgesetz, Wien 2001
- Sturm, Elisabeth
Die Änderung der
Gleichbehandlungsrichtlinie DÖRDA

	2003, 83
Jaksch-Ratajczak, Wojciech	Haftung für grundlose Ablehnung des Vertragsabschlusses beim Liegenschafts Kauf, wobl 2005, 217
Thüsing, Gregor	Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, München 2007
Tinhofer, Andreas	Neues zur Beweislast bei Geschlechterdiskriminierung RdW 1997, 459
Tomand, Theodorl Schramme, Walterl	Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote, Wien 2005
Treber, Jürgen	Arbeitsrechtliche Neuerungen durch das „Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Arbeitsgerichtsgesetzes“, NZA 1998, 856
Treber, Jürgen	Neuerungen in BGB und ArbGG in NZA 1998, 856
Wagner, Gerhard	Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht, AcP 206, 352
Westenberger, Stefan	Die Entschädigungs- und Beweislastregelungen des § 611a BGB im Lichte des deutschen und europäischen Rechts, Wuppertal 2000

Wiese, Günther

Der Persönlichkeitsschutz des
Arbeitnehmers gegenüber dem
Arbeitgeber, ZfA 1971, 273

Willemsen, Heinz-Josef/
Schweibert, Ulrike,

Schutz der Beschäftigten im
Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz
in NJW 2006, 2583

Windel, Peter A.

Der Beweis diskriminierender
Benachteiligungen dRdA 2007, 1

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.F.	alte Fassung
aaO	Am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerlicher Gesetzbuch
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AmtsG	Amtsgericht
AP	Arbeitsrechtliche Praxis- und Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	Arbeitsgericht
AR-Blattei-SD	Arbeitsrechtliche-Blattei Systematische Darstellungen
Art.	Artikel
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Der Betriebs-Berater
bekIP	beklagte Partei, -en
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BJagdG	Bundesjagdgesetz
BlgNr.	Beilage(-n) zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates
BT-Drucksache	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht

BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
DSG	Datenschutzgesetz 2000
dZPO	Deutsche Zivilprozessordnung
dRdA	(deutsches) Recht der Arbeit
DRdA	Das Recht der Arbeit
EAS	Europäisches Arbeits- und Sozialrecht
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag der Europäischen Gemeinschaft
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EzA	
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GleichbG	Gleichbehandlungsgesetz
GP	Gesetzgebungsperiode
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. V. m.	in Verbindung mit
idF	in der Fassung
JBL	Juristische Blätter
Kl	Kläger(in)
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
MarkSchG	Markenschutzgesetz 1970
MedG	Mediengesetz

MRG	Mietrechtsgesetz
MuSchG	Musterschutzgesetz 1990
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRW	Nordrhein-Westfalen
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OGH	Oberster Gerichtshof
OHG	Offene Handelsgesellschaft
ÖJT	Österreichischer Juristentag
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
öRdA	Das Recht der Arbeit
öZPO	Österreichische Zivilprozessordnung
PatG	Patentgesetz
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rn.	Randnummer
Rs	Rechtssache
Slg.	Sammlung der Entscheidungen des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen
sog.	so genannte
StVG	Straßenverkehrsgesetz
UrhG	Urheberrechtsgesetz
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VersR	Versicherungsrecht
VfGH	Verfassungsgerichtshof
WHG	Wasserhaushaltsgesetz
wobl	Wohnrechtliche Blätter
Z, Ziff.	Ziffer
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfV	Zeitschrift für Vergaberecht

ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht

Zusammenfassung

Die Ausarbeitung untersucht den Umsetzungsauftrag aus den Richtlinien 76/207/EWG in der Fassung der Richtlinie 2002/73/EG (Gender-Richtlinie) sowie die Richtlinien 2000/43/EG (Antirassismus-Richtlinie), 2000/78/EG (Rahmenrichtlinie Beschäftigung) und geht der Frage nach, wie die die Entschädigung im Falle der Diskriminierung auszugestalten ist.

Dabei wird erörtert, welchen Bedeutungsgehalt der EuGH der Forderung nach einer abschreckenden Wirkungsweise einer Entschädigung beimisst. Ferner wird der Frage nachgegangen, ob diese Entschädigung mit den Zwecken, Voraussetzungen und Inhalten des österreichischen und des deutschen Schadensersatzrechts im Einklang steht. Insbesondere wird hierbei die Frage der Verhaltenssteuerung des Schadensersatzrechts diskutiert.

Im Weiteren werden die jeweilige Ausgestaltung der materiellen und immateriellen Schadensersatzansprüche nach dem deutschen AGG und dem österreichischen GIBG in einer vergleichenden Betrachtung gegenüber gestellt und jeweils an den europäischen Vorgaben gemessen.

Die bestehenden Schwierigkeiten der Einordnung der verschuldensunabhängigen Haftung, sowohl in der österreichischen als auch der deutschen Rechtsordnung, bilden einen weiteren Kernbestandteil der Untersuchung.

Letztendlich werden die europäischen Vorgaben an die Beweislastregelung dargestellt. Die Arbeit schließt mit einer vergleichenden Betrachtung der Beweislastregelungen im GIBG und im deutschen AGG sowie einer Auseinandersetzung hinsichtlich der Vereinbarkeit mit den europäischen Vorgaben.

Lebenslauf

Am 30. August 1978 wurde ich als Sohn des Maschinenbautechnikers Werner Hess und seiner Ehefrau Christa Hess in Würzburg geboren. Nach vier Grundschuljahren besuchte ich ab 1989 das Martin-Schleyer Gymnasium in Lauda-Königshofen und bestand dort im Mai 1998 die Abiturprüfung. Anschließend leistete ich den Wehrdienst in Kilsheim ab. Zum Sommersemester 1999 immatrikulierte ich mich an der Julius- Maximilians Universität Würzburg. Im Mai 2004 legte ich vor dem Justizprüfungsamt Bayern meine erste juristische Staatsprüfung ab. Im Oktober 2004 trat ich im Landgerichtsbezirk Mönchengladbach den juristischen Vorbereitungsdienst an. Im November 2006 legte ich meine zweite juristische Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt des Landes Nordrhein-Westfalen in Düsseldorf ab. Im Mai 2007 erhielt ich die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft bei der Rechtsanwaltskammer Karlsruhe. Seither bin ich als Rechtsanwalt in Wittighausen und Würzburg tätig.