

Michael Schweipert

Implizite Vorurteile im Entscheidungsprozess und vorvertraglicher Diskriminierungsschutz

Das Verbot der unmittelbaren Benachteiligung im AGG als
verhältnismäßiger Eingriff in die Vertragsabschlussfreiheit?



Mannheimer Schriften zum Unternehmensrecht

Herausgegeben vom Institut für Unternehmensrecht
der Universität Mannheim (IURUM)

Band 51

Michael Schweipert

Implizite Vorurteile im Entscheidungsprozess und vorvertraglicher Diskriminierungsschutz

Das Verbot der unmittelbaren Benachteiligung im AGG als
verhältnismäßiger Eingriff in die Vertragsabschlussfreiheit?



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Mannheim, Univ., Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4909-6 (Print)

ISBN 978-3-8452-9122-2 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

*MEINEN ELTERN
UND
KRISTIN*

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Herbstsemester 2017/2018 von der Juristischen Fakultät der Universität Mannheim als Dissertation angenommen. Am 18.12.2017 fand das Promotionsverfahren mit der mündlichen Prüfung seinen Abschluss. Rechtsprechungs- und Literaturnachweise befinden sich auf dem Stand März 2018.

Ganz herzlich bedanken möchte ich mich bei Herrn Prof. Dr. Friedemann Kainer, meinem Doktorvater, der mir während der lehrreichen Zeit als Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl stets große fachliche und menschliche Unterstützung zukommen ließ und mir darüber hinaus die notwendigen Freiheiten zur Fertigung der vorliegenden Arbeit gewährte. Gedankt sei auch Herrn Prof. Dr. Philipp S. Fischinger, LL.M. (Harvard) für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Von meinen Kollegen an der Universität Mannheim möchte ich besonders Herrn Christian Weber für die intensiven Gespräche über die Privatautonomie und deren Beschränkungsmöglichkeiten danken. Ein besonderer Dank gilt auch Herrn Philipp Bremer für seine hilfreichen Lektüeranmerkungen und weil er mich vom ersten Tag an durch alle Höhen und Tiefen des Jurastudiums begleitet hat. Den Herausgebern danke ich für die Aufnahme in die Schriftenreihe.

Dem Centre for Commercial Law Studies (CCLS) der Queen Mary University of London schulde ich Dank dafür, dass ich während meines LL.M.-Aufenthalts Zugang zur anglo-amerikanischen Literatur zum Antidiskriminierungsrecht und zur Psychologie erhielt.

Ich danke zudem meiner Verlobten, Kristin Andres, für ihre tatkräftige Unterstützung bei diesem Projekt, weil sie mir unsere süße Tochter Juliana geschenkt hat, und weil sie mein Leben jeden Tag bereichert.

Der größte Dank gebührt meinen Eltern, ohne deren bedingungslose moralische sowie finanzielle Unterstützung während des Jurastudiums, des BWL-Studiums, der Examenszeit, des Masterstudiums und der Promotion ich diese Aufgaben nie gemeistert und meine Ziele nie erreicht hätte.

Stuttgart, im April 2018

Dr. Michael Schweipert

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	21
§ 1 Einführung	25
A. Problemstellung	25
B. Grundannahmen und die Begrenzung des Themas	28
C. Ziel der Arbeit und Gang der Untersuchung	31
§ 2 Der Entscheidungsprozess unter dem Einfluss impliziter Vorurteile	33
A. Der Entscheidungsprozess des Arbeitgebers	34
B. Vorurteile und die Theorie der impliziten Vorurteile	40
C. Methoden	55
D. Beispiele aus ausgewählten Studien	68
E. Zusammenfassung und Überleitung	70
§ 3 Implizite Vorurteile im Entscheidungsprozess als Teil der unternehmerischen Vertragsabschlussfreiheit	73
A. Der Grundsatz der unternehmerischen Vertragsabschlussfreiheit	73
B. Positivrechtliche Absicherungen der unternehmerischen Vertragsabschlussfreiheit	74
C. Die unternehmerische Vertragsabschlussfreiheit in der Privatrechtsordnung	87
D. Implizite Vorurteile als Teil der Vertragsabschlussfreiheit	103
E. Gesamtschau: Die unternehmerische Vertragsabschlussfreiheit als liberal ökonomische Freiheitssphäre des Arbeitgebers	109
§ 4 Implizite Vorurteile im Benachteiligungsverbot des AGG	113

Inhaltsübersicht

A. Einführung	113
B. Die Entwicklung des Diskriminierungsschutzes im Arbeitsrecht	117
C. Zielsetzungen des vorvertraglichen Diskriminierungsschutzes	134
D. Gesetzliche Umsetzung im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz	148
E. Der vorurteilsgeprägte Entscheidungsprozess im Tatbestand der unmittelbaren Benachteiligung	165
§ 5 Implizite Vorurteile und § 15 Abs. 2 AGG: Ein verhältnismäßiger Eingriff in die Vertragsabschlussfreiheit?	203
A. Einführung	203
B. Die Rechtsfolgen des § 15 AGG: Restitution mit pönalen Elementen	204
C. § 15 Abs. 2 AGG vor dem Hintergrund des Verschuldensprinzips im Privatrecht	236
D. Die Verhältnismäßigkeit einer verschuldensunabhängigen Sanktion	247
E. Fazit	287
§ 6 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	289
Literaturverzeichnis	295

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	21
§ 1 Einführung	25
A. Problemstellung	25
B. Grundannahmen und die Begrenzung des Themas	28
C. Ziel der Arbeit und Gang der Untersuchung	31
§ 2 Der Entscheidungsprozess unter dem Einfluss impliziter Vorurteile	33
A. Der Entscheidungsprozess des Arbeitgebers	34
I. Die Anknüpfungsebene	36
II. Die Motivebene	38
B. Vorurteile und die Theorie der impliziten Vorurteile	40
I. Definitionen des Vorurteilsbegriffs	41
II. Theorie der impliziten Vorurteile im Überblick	41
III. Implizite Vorurteile auf Anknüpfungs- und Motivebene	43
IV. Verschiedene Ausprägungen impliziter Vorurteile	44
1. Implizite Wahrnehmungen	44
a) Implizite Erinnerungen	45
b) Implizites Wahrnehmungsvermögen	46
2. Implizite Einstellungen	48
a) Spezialfall: Geschlechtsbezogene Einstellungen (Sexismus)	49
b) Spezialfall: Rassismus	50
c) Spezialfall: Implizite Altersvorurteile	51
3. Implizite Stereotype	53
C. Methoden	55
I. Überblick	55
II. Affektives Priming (Affective-priming)	58

III. Der Implizite Assoziationstest („Implicit Association Test (IAT)“)	61
1. Überblick	61
2. Spezielle Formen des IAT	65
a) (Extrinsic) affective Simon task (EAST)	65
b) Go/No-Go Association Task (GNAT)	66
c) Single-Target IAT (ST-IAT)	67
D. Beispiele aus ausgewählten Studien	68
E. Zusammenfassung und Überleitung	70
§ 3 Implizite Vorurteile im Entscheidungsprozess als Teil der unternehmerischen Vertragsabschlussfreiheit	73
A. Der Grundsatz der unternehmerischen Vertragsabschlussfreiheit	73
B. Positivrechtliche Absicherungen der unternehmerischen Vertragsabschlussfreiheit	74
I. Europäisches Recht – Verträge und Rechtsprechung des EuGH	75
1. Art. 16 Grundrechte-Charta	75
2. Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)	76
II. Die unternehmerische Vertragsabschlussfreiheit im Grundgesetz	78
1. Gemeinsame Gewährleistung in Art. 12 GG, Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG	78
2. Verschiedene Ausprägungen in den einzelnen Grundrechten	80
a) Vertragsfreiheit als Teil der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG	80
b) Die unternehmerische Vertragsabschlussfreiheit in Art. 14 GG	83
c) Art. 2 Abs. 1 GG und der Schutz des „Wesenskerns“ des Menschseins	85

C.	Die unternehmerische Vertragsabschlussfreiheit in der Privatrechtsordnung	87
	I. Allgemeine Grundsätze des freiheitlichen Privatrechts	88
	1. Zuweisung von Rechtspositionen	88
	2. Schutz von Rechtspositionen	90
	II. Ablehnung einer immanent gebundenen Vertragsabschlussfreiheit	92
	1. Vertragsfreiheit als immanent gebundene Freiheit	92
	2. Freiheit als Teilhaberecht	96
	3. Stellungnahme	97
D.	Implizite Vorurteile als Teil der Vertragsabschlussfreiheit	103
	I. Der vorurteilsgeprägte Entscheidungsprozess im Schutzbereich der Vertragsabschlussfreiheit	103
	II. Der vorurteilsgeprägte Entscheidungsprozess in der Privatrechtsordnung	105
	1. Das Privatrecht geht von einem selbstbestimmten Individuum aus	105
	2. Unbeachtlichkeit des Motivs bei der Willenserklärung und der Willensäußerung	107
E.	Gesamtschau: Die unternehmerische Vertragsabschlussfreiheit als liberal ökonomische Freiheitssphäre des Arbeitgebers	109
§ 4	Implizite Vorurteile im Benachteiligungsverbot des AGG	113
	A. Einführung	113
	B. Die Entwicklung des Diskriminierungsschutzes im Arbeitsrecht	117
	I. Der Beginn des europäischen Einflusses auf das deutsche Vertragsrecht	117
	II. Die Politisierung des Diskriminierungsschutzes	118
	III. Die Entwicklung des § 611a BGB als Tauziehen zwischen nationalem Gesetzgeber und Europäischem Gerichtshof	121

IV. Die Umsetzung eines umfassenden Diskriminierungsschutzes	126
1. Art. 19 AEUV und die Gleichbehandlungsrichtlinien	127
2. Der europäische Diskriminierungsbegriff als Hybrid aus Vergleichspersonenkonzept und Anknüpfungskonzept	128
3. Die deutsche Richtlinienumsetzung	131
V. Zusammenfassung	133
C. Zielsetzungen des vorvertraglichen Diskriminierungsschutzes	134
I. Überblick	134
II. Persönlichkeitsschutz (Individuelle Gerechtigkeit)	136
III. Umverteilung (Kollektive Gerechtigkeit)	139
1. Die Reallokation von Gütern und Verträgen	139
2. Die Verbindung von Persönlichkeitsschutz und Umverteilung	142
3. Die Integration benachteiligter Gruppen	143
4. Die iustitia distributiva im Privatrecht	146
IV. Fazit	148
D. Gesetzliche Umsetzung im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz	148
I. Das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG	149
II. Tatbestand der Benachteiligung im Überblick	150
1. Benachteiligungsformen nach § 3 AGG	150
2. Die geschützten Merkmale des § 1 AGG	152
a) Rasse	153
b) Ethnische Herkunft	155
c) Geschlecht	158
d) Sexuelle Identität	159
e) Religion und Weltanschauung	160
f) Behinderung	161
g) Alter	163
III. Rechtsfolgen des § 15 AGG im Überblick	165
E. Der vorurteilsgeprägte Entscheidungsprozess im Tatbestand der unmittelbaren Benachteiligung	165
I. Einführung	165

II. Der Wortlaut des § 3 Abs. 1 AGG	167
III. Die Motivebene: Die Relevanz der Motive des Benachteiligten im Regelungsregime des AGG	169
1. Extrempositionen in der Literatur	170
a) Absichtserfordernis	170
b) Folgerorientierung	171
2. Die Rechtfertigungslösung im AGG: Emanzipation des Tatbestandes von den Motiven der Benachteiligung	172
a) Die Rechtfertigungsgründe als Sachlichkeitsgebot im Entscheidungsprozess	175
aa) § 8 AGG	175
bb) §§ 9 und 10 AGG	178
cc) § 5 AGG	179
b) Vorurteile als Rechtfertigung?	181
aa) Partielle Motivberücksichtigung ist faktisch ein Sachlichkeitsgebot im Entscheidungsprozess	181
bb) (Implizite) Vorurteile der Kundschaft als wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung?	183
cc) Exkurs: Die mittelbare Benachteiligung, § 3 Abs. 2 AGG: Sachliche Gründe als negatives Tatbestandsmerkmal	185
3. Ergebnis: Das AGG als Verbot merkmalsbezogener impliziter Vorurteile auf Motivebene	186
IV. Die Anknüpfungsebene im Tatbestand der unmittelbaren Benachteiligung	188
1. Erfordernis eines subjektiven Elements im Anknüpfungstatbestand?	188
2. Ausgangspunkt: Die Rechtsprechung des EuGH	189
3. Die Verschuldensunabhängigkeit des Tatbestands	190
4. Verwirrung um die subjektive Komponente im Tatbestand	192
a) Vermischung von Motivebene und Anknüpfungsebene	192

b) Kenntnis oder irrtümliche Annahme der Merkmalsträgerschaft als Tatbestandsvoraussetzung	194
c) Kein Konflikt mit der Vorgabe eines verschuldensunabhängigen Tatbestandes	201
5. Die implizit vorurteilsbedingte Vertragsversagung erfüllt den Tatbestand der unmittelbaren Benachteiligung	202
§ 5 Implizite Vorurteile und § 15 Abs. 2 AGG: Ein verhältnismäßiger Eingriff in die Vertragsabschlussfreiheit?	203
A. Einführung	203
B. Die Rechtsfolgen des § 15 AGG: Restitution mit pönalen Elementen	204
I. Europarechtliche Anforderungen an die Rechtsfolgen einer Benachteiligung	204
II. Nationale Umsetzung	206
1. Grundstruktur des § 15 AGG	206
2. Rechtsnatur der Ansprüche aus § 15 AGG: Überblick	207
3. § 15 Abs. 2 AGG als Schutzrecht des Persönlichkeitsrechts	209
a) Der Restitutionsgedanke: Ist die Vertragsversagung eine Persönlichkeitsrechtsverletzung?	209
aa) Persönlichkeitsrechtsverletzung und Schaden	209
bb) Die Haftung bei Persönlichkeitsrechtsverletzung nach § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG	212
cc) Haftungsmodifikation durch § 7 Abs. 1 AGG	214
dd) Zwischenfazit	217
b) Der Sanktionsgedanke: Keine Beschränkung des § 15 Abs. 2 AGG auf Restitution nach Persönlichkeitsrechtsverletzung	218
aa) Hinweise auf ein Sanktionselement	218

bb)	Die Rechtsprechung des BAG: Faktische Aufgabe des Erfordernisses einer Rechtsgutsverletzung	220
cc)	Die Sanktion wird im Schaden „versteckt“	221
c)	Zwischenfazit	224
4.	§ 15 Abs. 2 AGG als Teilhaberecht	225
a)	Der Restitutionsgedanke: Verletzung des Rechts auf Chancengleichheit?	226
b)	Der Sanktionsgedanke: Distributive Inhaltskontrolle als Sanktionsinstrument	228
aa)	Formen privatrechtlicher Inhaltskontrolle	228
bb)	Umverteilung durch Sanktionierung der unterbliebenen Öffnung des eigenen Rechtskreises	231
c)	Zwischenfazit	234
III.	Fazit	234
C.	§ 15 Abs. 2 AGG vor dem Hintergrund des Verschuldensprinzips im Privatrecht	236
I.	Verschulden als Voraussetzung der Anspruchsbegründung	237
1.	Das Verschuldensprinzip gilt bei Restitutions- und Sanktionsnormen	237
2.	Ausnahme: Die objektive Haftung	240
a)	Die Billigkeitshaftung gemäß § 829 BGB	241
b)	Der negatorische Beseitigungsanspruch gemäß § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB	241
c)	Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch gemäß § 906 Abs. 2 S. 2 BGB	242
d)	Gefährdungshaftungstatbestände	242
3.	Fazit	244
II.	Immaterieller Schadensersatz: Verschulden bei der Anspruchsausfüllung	245
D.	Die Verhältnismäßigkeit einer verschuldensunabhängigen Sanktion	247
I.	Die Vorwerfbarkeit impliziter Vorurteile	248
1.	Implizite Vorurteile und der Fahrlässigkeitsbegriff	248

2. Die unterbliebene Objektivierung des Entscheidungsprozesses als sanktionswürdiger Vorwurf?	252
3. Die Vereinbarkeit einer Pflicht zur Durchführung eines normierten Bewerbungsverfahrens mit der Vertragsabschlussfreiheit	255
a) Der Wesenskern der Vertragsabschlussfreiheit	255
b) Verhältnismäßigkeit der „großen Lösung“	257
aa) Die Zielsetzungen des AGG als Rechtfertigung einer vollständigen Normierung des Entscheidungsprozesses?	258
(1) Der Schutz des Persönlichkeitsrechts	259
(2) Die Umverteilung von Vertragsschlüssen	260
bb) Das Sozialstaatsprinzip als Schranke der Vertragsfreiheit	261
(1) Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Primärrecht	261
(2) Das Sozialstaatsprinzip im Grundgesetz	262
(3) Das Verhältnis von Sozialstaatsprinzip und Vertragsabschlussfreiheit	262
cc) Die Vertragsabschlussfreiheit in der Einstellungssituation	263
(1) Der personale Charakter des Arbeitsverhältnisses	263
(2) Das Recht auf Festlegung eines Anforderungsprofils	264
(3) Das Fragerecht des Arbeitgebers	266
dd) Die Berufsfreiheit der Bewerber, Art. 12 GG, Art. 15 GRCh	268
ee) Ergebnis	269
c) Verhältnismäßigkeit der „kleinen Lösung“	269
aa) Die Geeignetheit zur Reduzierung des Einflusses impliziter Vorurteile	270
bb) Die Angemessenheit einer Pflicht zur Normierung des Vorauswahlverfahrens	272
4. Ergebnis: § 15 Abs. 2 AGG und der unverschuldet diskriminierende Arbeitgeber	274

II. Rechtfertigung einer verschuldensunabhängigen und überkompensatorischen Haftung	275
1. Überblick	275
3. Genugtuungsfunktion	276
3. Präventionsfunktion	278
a) Entschädigung mit selbstständiger Präventionsfunktion	279
b) Rechtfertigung durch die Präventionsfunktion	281
aa) Die Erforderlichkeit der Verschuldensunabhängigkeit	282
bb) Die Rechtfertigung der überkompensatorischen Entschädigung	284
E. Fazit	287
§ 6 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	289
Literaturverzeichnis	295

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AfP	Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
Am. L. Rev.	American Law Review
Anh.	Anhang
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Brit. J. Soc. Psychol.	British Journal of Social Psychology
BT	Besonderer Teil
BT-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
Bzgl.	bezüglich

Abkürzungsverzeichnis

bzw.	beziehungsweise
Cal. L. Rev.	California Law Review
CMLR	Common Market Law Review
Cogn. Emo	Cognition and Emotion
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DStR	Deutsches Steuerrecht
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
Ebd.	Ebenda
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg.	endgültig
ERCL	European Review of Contract Law
ErfK	Erfurter Kommentar
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
Euro. J. Pers.	European Journal of Personality
Euro. J. Soc. Psychol.	European Journal of Social Psychology
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
Exp. Psychol	Experimental Psychologie
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
GG	Grundgesetz
GRCh	Grundrecht-Charta
GS	Gedächtnisschrift

Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hk	Handkommentar
Hrsg.	Herausgeber
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
J. Cons. Stud.	Journal of Consciousness Studies
J. Exp. Psychol.	Journal of Experimental Psychology
J. Pers. Soc. Psychol.	Journal of Personal Social Psychology
JZ	Juristenzeitung
KJ	Kritische Justiz
KOM	Dokumente der Kommission der Europäischen Gemeinschaften
KritV	Kritische Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LAG	Landesarbeitsgericht
lit.	Buchstabe
MedR	Zeitschrift Medizinrecht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
Org. Behav. Hum. Dec. Proc.	Organizational Behavior and Human Decision Processes
Psychol. Rev.	Psychological Review
RdA	Recht der Arbeit
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen
Slg.	Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, Amtliche Sammlung
Soc. Cogn	Social Cognition
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung

Abkürzungsverzeichnis

TIL	Theoretical Inquires in Law
U. Cin. L. Rev.	University of Cincinnati Law Review
UCLA Law Rev.	University of California Los Angeles Law Review
vgl.	vergleiche
ZAD	Zeitschrift für Arbeits- und Antidiskriminierungsrecht
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

§ 1 Einführung

A. Problemstellung

Die Integration von Älteren, Frauen und Menschen mit Migrationshintergrund in den Arbeitsmarkt wird, bedingt durch den demografischen Wandel, den zunehmenden Wegfall traditioneller Familienstrukturen und die steigende Anzahl Asylsuchender, zu einer der wichtigsten gesamtgesellschaftlichen Aufgaben der nächsten Jahrzehnte.¹

Einen Teil dieser Aufgabe sollen private Arbeitgeber übernehmen.² Deren Personalauswahl soll frei von Unterscheidungen anhand des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung erfolgen.³ Während man der Ansicht sein könnte, dass gesamtgesellschaftliche Probleme auch von der gesamten Gesellschaft gelöst werden sollten (zum Beispiel durch steuerfinanzierte Förderprogramme), verfolgt das europäische Antidiskriminierungskonzept, der Tradition des anglo-amerikanischen Rechtskreis folgend, einen anderen Ansatz. Es sanktioniert den diskriminierenden⁴ Entscheidungsprozess des Arbeitgebers. Die un gerechtfertigte Ungleichbehandlung bestimmter Gruppen wird als sanktionswürdiges Verhalten angesehen.⁵ Zurück geht dies auf den Europäischen Gerichtshof, der das Bild einer strukturell überlegenen Arbeitgeberseite zeichnet, deren Willkür durch „Abschreckung“ zu bändigen sei.⁶ Hieraus wird gleichzeitig die Notwendigkeit eines verschuldensunabhängigen

1 Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung, BT-Drs. 16/1780, S. 23f.

2 Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung, BT-Drs. 16/1780, S. 22.

3 Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung, BT-Drs. 16/1780, S. 22.

4 Siehe zum rechtlichen Diskriminierungsbegriff *Korthaus*, Das neue Antidiskriminierungsrecht, S. 1; *Liu*, Arbeitsrechtliche Diskriminierung, S. 5.

5 Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung, BT-Drs. 16/1780, S. 1, 22, 34, 38, 46.

6 EuGH, Urt. v. 10.04.1984 – Rs. 14/83 = NJW 1984, 1021ff., - *Colson/Kamann*; EuGH, Urt. v. 10.04.1984 – Rs. 79/83 = NZA 1984, 157 – *Hartz*; später ausgebaut

Schadensersatzanspruchs gefolgert. Der Entscheidungsprozess des Arbeitgebers wird in ein Korsett aus eng umrissenen Rechtfertigungsmöglichkeiten und sachlichen Gründen gezwungen. Eine unverschuldete Diskriminierung wird als kaum vorstellbar abgetan.⁷

Doch was wäre, wenn der Entscheidungsprozess weder bewusst merkmalsfeindlich, noch unsachlich, sondern schlichtweg auf unbewusster Ebene abliefe? Wenn Entscheidungsträger aufgrund ihres Bauchgefühls, nicht aufgrund ihrer rassistischen/sexistischen Gesinnung, einen bestimmten Kandidaten bevorzugen? Ließe sich dann eine subjektive Vorwerfbarkeit des Arbeitgeberverhaltens als Voraussetzung einer Sanktion begründen?

Die Theorie der impliziten Vorurteile (implicit bias/unconscious bias) kontrastiert die psychologische Konzeption sozialen Verhaltens, wonach menschliche Akteure ausschließlich von ihren expliziten Vorstellungen und bewussten Intentionen zu handeln geleitet sind.⁸ Der Terminus des *impliziten Vorurteils* zielt auf eine vollständig andere Ebene der Erklärung ab, nämlich die Erklärungsebene der Kognitiven Psychologie, die sich auch als „subpersonal“ bezeichnen lässt.⁹ Es geht hierbei um Einstellungen und Stereotype, die unser Verständnis, unsere Aktionen und unsere individuellen Entscheidungen auf einer unbewussten Ebene beeinflussen.¹⁰

Die praktische Bedeutung impliziter Vorurteile bei Auswahlprozessen auf dem Arbeitsmarkt ist Gegenstand zahlreicher aktueller Debatten. Politik und Wirtschaft versuchen sich an Debiasingprogrammen, Achtsamkeitstrainings¹¹, Mentorenprogrammen, Diversity-Trainings, Frauenquoten, normierten Auswahlverfahren etc.¹²

in EuGH, Urt. v. 08.11.1990 – Rs. C-177/88 = NZA 1991, 171 – *Dekker*; EuGH, Urt. v. 22.04.1997 – Rs. C-180/95 = NZA 1997, 645, - *Draehmpaehl*.

7 *Ebert*, Pönale Elemente im deutschen Privatrecht, S. 351.

8 *Greenwald/Krieger*, in: Cal. L. Rev. 94 (2006), 945 (946).

9 *Degner/Wentura*, in: Petersen/Six (Hrsg.), Stereotype, Vorurteile und soziale Diskriminierung, S. 150; *Brandstädter*, in: Richard M Lerner (Hrsg.), Handbook of child psychology, Vol. 1, S. 516ff.

10 State of the Science: Implicit Bias Review 2015, 62 <<http://kirwaninstitute.osu.edu>>; siehe dort die jährlich aktualisierte Übersicht über den aktuellen Forschungsstand bezüglich Implicit Bias.

11 Jüngst *Hillary Clinton* im TV Duell mit Donald Trump am 26.09.2016 im Zusammenhang mit auf impliziten Vorurteilen basierender rassistischer Polizeigewalt in den USA.

12 Vgl. *Iris Bohnet* im Interview mit dem manager magazin, 10/2016, S. 98f.

Die vorliegende Arbeit prüft demgegenüber die *rechtlichen* Möglichkeiten des bestehenden Diskriminierungsschutzes im AGG zur Bekämpfung der Auswirkungen impliziter Vorurteile. Dass Wille und Handeln unbewusst auseinanderfallen können, macht implizite Vorurteile genauso faszinierend aus sozialwissenschaftlicher wie problematisch aus juristischer Perspektive. Angenommen, implizite Vorurteile können ein Verhalten verursachen, das von den erklärten oder befürworteten Überzeugungen einer Person abweicht, so stellt dies ein Problem für den gesetzlich intendierten Diskriminierungsschutz dar. Allein die Existenz einer unterbewussten Form der Entscheidungsfindung schafft eine Herausforderung für die privatrechtliche Denkweise, weil der Willenserklärung abseits von §§ 104ff. BGB die Prämisse zugrunde liegt, dass natürliche Personen von ihren expliziten Vorstellungen, Wahrnehmungen und Intentionen geleitet sind.¹³ Die Motive einer Willenserklärung sind in der Regel unbeachtlich.¹⁴ Das Privatrecht geht in seinen Begriffen *Verschulden* und *Verantwortung* von der fundamentalen Annahme aus, dass der Mensch einen freien Willen hat und für seine Entscheidungen zur Verantwortung gezogen werden kann.¹⁵

Zudem ist besonders das Antidiskriminierungsrecht vom Gedanken der Gerechtigkeit durchzogen, bislang allerdings mit exklusivem Blick auf die nachteiligen Folgen diskriminierender Entscheidungen für bestimmte Gruppen.¹⁶ Der diskriminierende Entscheidungsträger spielt im arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutz nur eine sehr untergeordnete Rolle.¹⁷ Versucht man nämlich implizite Vorurteile in den Diskriminierungsschutz des AGG einzuordnen, fällt auf, dass der subjektive Tatbestand des Diskriminierenden seltsam unterbestimmt ist.¹⁸ Diese Einseitigkeit ist bei Berücksichtigung impliziter Vorurteile insbesondere im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit der Rechtsfolgen des § 15 AGG problematisch. Die Möglichkeit eines vollkommen unbewusst handelnden Arbeitgebers wirft zahlreiche Fragen auf; einerseits hinsichtlich einer präzisen Einordnung

13 Vgl. *Ellenberger*, in: Palandt, vor § 116 Rn. 2ff.

14 *Singer*, in: Staudinger, BGB (2012), Vorbem zu §§ 116ff, Rn. 12; siehe auch *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II § 4, Rn. 5; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 22 Rn. 4.

15 *Watzberg*, Der homo oeconomicus und seine Vorurteile, S. 5.

16 Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung, BT-Drs. 16/1780, S. 23f.

17 *Schramm*, Ungewisse und diffuse Diskriminierung, S. 28.

18 *Schramm*, Ungewisse und diffuse Diskriminierung, S. 28f.

des Entscheidungsprozesses in den Tatbestand der Benachteiligung, andererseits im Hinblick auf die Gerechtigkeit – und damit Verhältnismäßigkeit sanktionsbewährter Verbotsnormen wie § 15 Abs. 2 AGG. Tatbestand und Rechtsfolge sind vor dem Hintergrund impliziter Vorurteile auf ihre wechselseitige Kohärenz zu untersuchen. Zugespitzt ausgedrückt: Kann es gerecht sein, Schadensersatz aufgrund der Folgen der eigenen subpersonalen Entscheidungsebene leisten zu müssen? Handelt ein Arbeitgeber vorwerfbar, wenn er auch bei bestem Willen nichts an seinen tief verankerten Vorurteilen ändern kann? Welche Alternativen hat er, deren Unterlassung einen Vorwurf begründen könnte?

Diese Fragen tragen mehrere Begleitfragen in sich, welche eine Analyse der Gerechtigkeitsfrage im Arbeitsrecht als Teil des Privatrechts notwendig machen. Hierzu zählt die Klärung, ob arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote einen Eingriff in die Privatautonomie darstellen und damit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen müssen oder ob sie nach fortschreitender Materialisierung der Vertragsgerechtigkeit dem heutigen Privatrecht immanent sind. Gelangt man zum Ergebnis, dass ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in die privatautonome Entscheidungsfindung der Arbeitgeberseite vorliegt, ist zu untersuchen, ob dieser dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt. Dies gilt in besonderem Maße für das sanktionsbewährte Verbot des impliziten Anknüpfens an bestimmte, vom Gesetzgeber vorgegebene Merkmale.

B. Grundannahmen und die Begrenzung des Themas

Die Möglichkeit der Beeinflussung individueller Entscheidungen und Willenserklärungen durch implizite Vorurteile bietet Forschungsbedarf in zahlreichen Rechtsgebieten. Die hiesige Untersuchung wird sich jedoch auf einen Teilaspekt des arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutzes konzentrieren – der vorurteilsbedingten Vertragsversagung. Gegenstand der Untersuchung ist der Entscheidungsprozess des Arbeitgebers im Bewerbungsverfahren. Diskriminierungen innerhalb des Arbeitsverhältnisses oder bei dessen Beendigung werden ausgeklammert, auch wenn viele der getroffenen Aussagen in diesen Bereichen weitgehende Entsprechungen finden werden.

Die Beschränkung auf Diskriminierungsverbote bei Begründung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigt sich mit einem *Erst-Recht-Gedanken*. Diskriminierungsverbote bei der Vertragsanbahnung greifen besonders

stark in die privatautonome Entscheidungsfindung ein, weil zwischen den beiden Privatrechtssubjekten noch keine Sonderverbindung besteht, die eine besondere Rücksichtnahme erforderlich machen könnte.¹⁹ Lehnt der Arbeitgeber einen Bewerber ab, bringt er sogar deutlich den Willen zum Ausdruck, eine Sonderverbindung mit diesem konkreten Privatrechtssubjekt nicht eingehen zu wollen.²⁰ Dementsprechend sind Gleichbehandlungspflichten im Bewerbungsstadium rein heteronom auferlegte Belastungen der Arbeitgeberseite.²¹

Die Begrenzung auf den Arbeitsvertrag rechtfertigt sich wiederum aus einem *Erst-Recht-Gedanken*. Für den Arbeitnehmer bildet er die Grundlage für die persönliche und finanzielle Lebensführung. Ein diskriminierungsbedingter Ausschluss aus dem Arbeitsmarkt hat weitreichendere Folgen für den betroffenen Arbeitnehmer als eine Diskriminierung des Nachfragenden auf dem Gütermarkt. Auf ersterem herrscht in den meisten Berufsgruppen mehr Nachfrage als Angebot, während es sich auf dem Gütermarkt in der Regel genau umgekehrt verhält.²² Der Zwang zu diskriminierungsfreiem Verhalten des Anbieters ist daher tendenziell auf dem Gütermarkt deutlich stärker, als dies auf dem Arbeitsmarkt der Fall ist.²³ Spiegelbildlich sind die Ausweichmöglichkeiten des Diskriminierten auf dem Arbeitsmarkt deutlich geringer im Vergleich zu einem Nachfrager auf dem Gütermarkt, der seine Nachfrage schlicht bei einem anderen Anbieter befriedigen kann.²⁴ Auf beiden Märkten gibt es Ausnahmen. Bei bestehendem Fachkräftemangel trifft hohe Nachfrage nach Arbeitnehmern auf ein geringes Angebot. Bei Angebotsmonopolen oder Angebotsoligopolen auf dem Gütermarkt ist der Nachfrager unter Umständen auf einen konkreten Anbieter angewiesen. Diese Ausnahmen ändern jedoch nichts an den

19 Vgl. *Dauner-Lieb/Langen*, BGB - Schuldrecht, § 241 Rn. 24ff., § 311 Rn. 48.

20 Es liegt auch kein Aufnahme konkreter Vertragsverhandlungen (§ 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB) im Sinne der culpa in contrahendo vor, vgl. *Toussaint*, in: *jurisPK-BGB*, 7. Aufl. 2014, § 241 Rn. 29.

21 Vgl. *Busche*, in: *Staudinger* (Neubearbeitung 2014), Die Begründung von Schuldverhältnissen, Rn. 109ff.

22 Einzig der Markt für Mietwohnungen weist eine zum Arbeitsmarkt vergleichbare Verteilung der Kräfteverhältnisse auf.

23 Vgl. zu Marktformen und üblichen Kräfteverhältnissen, *Beutel*, *Mikroökonomie*, S. 277ff.

24 *Stork*, in: *ZEuS* 2005, 1 (25); *Franke/Schlichtmann*, in: *Däubler/Bertzbach*, *AGG*, § 19 Rn. 25; vgl. zum Regelfall des Polypols auf dem Gütermarkt, *Fehl/Oberender*, *Grundlagen der Mikroökonomie*, S. 11ff.

überwiegend zu findenden Marktsituationen, die regelmäßig auch dem Vorstellungsbild des Gesetzgebers bei der Annahme struktureller Ungleichgewichte zugrunde liegen.²⁵

Auf Arbeitgeberseite gehört der Entscheidungsprozess im Bewerbungsverfahren zu einem besonders schützenswerten Bereich privater Gestaltungskraft, weil mit dem Abschluss eines Arbeitsvertrages eine mit weitreichenden Rechten und Pflichten verbundene Stellung eingenommen wird.²⁶ Nicht zuletzt aufgrund der zahlreichen Arbeitnehmerschutzrechte, die sich aus §§ 611ff. BGB, KSchG, MuSchG etc. ergeben, gehört ein freier Entscheidungsprozess bei der Personalauswahl zu den wichtigsten Ausprägungen der unternehmerischen Vertragsfreiheit. Das Arbeitsverhältnis als Dauerschuldverhältnis mit besonderen Kündigungsschutzvorschriften ist auf eine Abwägung aller Faktoren, die für das Vertragsverhältnis wichtig werden könnten, vor Vertragsschluss angewiesen.²⁷ Insbesondere, weil der Erfolg der täglichen Zusammenarbeit von Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht ausschließlich von Faktoren der Kompetenz oder Qualifikation abhängt. Zwischenmenschliche Sympathie, das berühmte Bauchgefühl oder ein besonderes Verhältnis zum Kundenstamm können zu ebenso erfolgsrelevanten Faktoren werden. Dies unterscheidet das Arbeitsverhältnis von den „Massengeschäften“ des täglichen Bedarfs.²⁸ Hier spielen persönliche Faktoren für den Vertragsschluss keine schützenswerte Rolle.²⁹ Selbst der Wohnraummietvertrag zieht in den meisten Fällen keinen dem Arbeitsverhältnis vergleichbaren zwischenmenschlichen Austausch nach sich.³⁰

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass kaum ein anderer Vertrag für beide Vertragsparteien mit einer solchen Fülle an Rechten und Pflich-

25 Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung, BT-Drs. 16/1780, S. 22; vgl. auch *Stöhr/Illner*, in: JuS 2005, 299.

26 *Müller-Glöge*, in: MüKo BGB, 7. Auflage 2016, § 611 Rn. 154ff.

27 Vgl. *Schmitz*, Interessenausgleich im Beschäftigtendatenschutz, S. 29.

28 Vgl. § 19 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 AGG; siehe auch Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung, BT-Drs. 329/06, S. 44.

29 Vgl. *Franke/Schlichtmann*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 19 Rn. 25; *Bittner*, in: Rust/Falke (Hrsg.), AGG, § 19 Rn. 6ff.; Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung, BT-Drs. 329/06, S. 44.

30 Dies mag bei Vermietung einer Einliegerwohnung anders sein.