

Abhandlungen zum deutschen und
internationalen Arbeits- und Sozialrecht

Band 38

Indizien im Sinne des § 22 AGG

Untersuchung tauglicher Indizien der Beweislastregelung
des § 22 AGG

Von

Annabel Dornauer



Duncker & Humblot · Berlin

ANNABEL DORNAUER

Indizien im Sinne des § 22 AGG

Abhandlungen zum deutschen und
internationalen Arbeits- und Sozialrecht

Band 38

Indizien im Sinne des § 22 AGG

Untersuchung tauglicher Indizien der Beweislastregelung
des § 22 AGG

Von

Annabel Dornauer



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Passau hat diese Arbeit
im Jahre 2025 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2026 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpär
Druck: Prime Rate Zrt., Budapest, Ungarn

ISSN 2747-9021
ISBN 978-3-428-19663-0 (Print)
ISBN 978-3-428-59663-8 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,
12165 Berlin, Germany | E-Mail: info@duncker-humblot.de
Internet: <https://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im September 2024 als Dissertation bei der Juristischen Fakultät der Universität Passau eingereicht. Literatur und Rechtsprechung wurden bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigt. Im Sommersemester 2025 wurde die Arbeit als Dissertation angenommen.

Besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Frank Bayreuther. Bereits während des Schwerpunktstudiums hat er mit seinen engagierten Vorlesungen meine Begeisterung für das Arbeitsrecht geweckt. Auch durch die spätere wissenschaftliche Mitarbeit an seinem Lehrstuhl konnte ich in jeder Hinsicht außerordentlich viel von ihm lernen. Als Doktorandin hat er mich stets unterstützt und jederzeit gefördert. Ebenso danke ich Herrn Professor Dr. Urs Kramer für die Erstellung des Zweitgutachtens sowie Herrn Professor Dr. Rainer Sieg für die Übernahme des Prüfungsvorsitzes der Disputation.

Darüber hinaus möchte ich Malte Leithäuser, Dr. Marie-Katrin Schaich, Dr. Heike Engert und Sophie Weichselbaumer für den immer bereichernden fachlichen wie persönlichen Austausch und ihre wertvollen Ratschläge herzlich danken.

Der größte Dank gebührt schließlich meinen Eltern, Karin Dornauer und Hans-Peter Dornauer. Sie haben mich in allen Phasen meiner Ausbildung unermüdlich unterstützt, mir stets Rückhalt geboten und standen zu jeder Zeit mit Rat und Tat zur Seite. Beide sind mir in vielerlei Hinsicht das größte Vorbild.

Washington, D.C., im Dezember 2025

Annabel Dornauer

Inhaltsverzeichnis

Einführung	13
------------------	----

Erstes Kapitel

Einordnung des § 22 AGG	15
A. Inhalt der Regelung des § 22 AGG	15
I. Verteilung der Beweislast	15
II. Normzweck	15
III. Reichweite der Norm	16
B. Der Beweis von Indizien	16
I. Der Begriff des „Beweises“ i. S. d. § 22 AGG	16
II. Der Begriff des „Indizes“ i. S. d. § 22 AGG	18
C. Anwendungsbereich des § 22 AGG	19
I. Sachlicher Anwendungsbereich	19
II. Indizwirkung bei Kollegialentscheidungen	20
III. Indizwirkung bei Drittbezug	21

Zweites Kapitel

Einzelne Indizien i. S. d. § 22 AGG	23
A. Fallkonstellationen für taugliche Indizien	23
I. Im Rahmen von Stellenausschreibungen	23
1. Formulierungen und Form von Stellenausschreibungen unter Verstoß gegen § 11 AGG	23
a) Allgemeines	23
b) Entfall der Indizwirkung durch Vorverlagerung der Rechtfertigungsprüfung	24
c) Anknüpfung an die in § 1 AGG genannten Merkmale	25
aa) Anknüpfungspunkt Alter	25
(1) Vorgabe einer bestimmten Altersspanne	26
(2) Beschreibung des Bewerbers/Teams/Unternehmens als „jung“	26
(a) „Junger“ Bewerber	26
(b) „Junges (und dynamisches) Team“	27
(c) „Junges (und dynamisches) Unternehmen“	28

(3) Zusammenhang mit Hochschulabschluss oder Berufsanfang	29
(4) Stellenbeschreibung mit Zusatz „Junior“	30
(5) Suche nach „Young Professionals“ oder „Digital Natives“	30
(6) Rückschlüsse aus den Modalitäten der Stellenausschreibung	31
(7) Zusammenfassung	31
bb) Anknüpfungspunkt Herkunft	32
cc) Anknüpfungspunkt Geschlecht	32
dd) Anknüpfungspunkt Behinderung	34
ee) Anknüpfungspunkt Religion	35
d) Zwischenergebnis	35
2. Ausrichtung von Stellenausschreibungen unter Verstoß gegen § 11 AGG	36
a) „Audience Targeting“	36
b) Anwendbarkeit von § 11 AGG bzw. § 22 AGG	36
c) Unterscheidung nach Zugangsmöglichkeit	37
d) Fazit und Zwischenergebnis	38
3. Anforderung bestimmter persönlicher Angaben	38
a) Erforderliche Angaben	38
b) Anforderung eines Lichtbilds	39
c) Anknüpfungspunkt Herkunft	39
d) Anknüpfungspunkt Geschlecht	40
e) Anknüpfungspunkt Religion	40
II. Im Kontext von Einstellungen oder Beförderungen	40
1. Nichteinladung zum Vorstellungsgespräch	40
2. Absage eines angekündigten Vorstellungsgesprächs	41
3. Unzulässige Fragen und Äußerungen im Vorstellungs- oder Beförderungsgespräch	41
a) Unzulässige Fragen	41
aa) Anknüpfungspunkt Herkunft	41
bb) Anknüpfungspunkt Geschlecht	42
cc) Anknüpfungspunkt Religion	42
dd) Anknüpfungspunkt Behinderung	42
ee) Anknüpfungspunkt Alter	43
ff) Anknüpfungspunkt sexuelle Identität	43
b) Unzulässige Äußerungen des Arbeitgebers	43
4. Vorzeitige Besetzung oder Nichtbesetzung einer Stelle	44
5. Intransparenz der Differenzierung bei Einstellungen	44
a) Teilweise Befürwortung der Indizwirkung	44
b) Gründe gegen die Annahme einer Vermutungswirkung	46
c) Fazit und Zwischenergebnis	47
6. Formulierung der Ablehnung des Bewerbers	47

7. Verstoß gegen Vorschriften des SGB IX	48
a) Verstoß gegen Prüfpflicht bei Freiwerden von Stellen/Nichtbeteiligung der Agentur für Arbeit (§§ 164 Abs. 1 Satz 1 und 6, 165 Satz 1 SGB IX)	49
b) Nichtbeteiligung der Schwerbehindertenvertretung im Einstellungsprozess (§ 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX)	50
c) Verstoß gegen Pflicht zur Einladung nach Bewerbung bei öffentlichem Arbeitgeber (§ 165 Satz 3 SGB IX)	51
aa) Pflicht zur Einladung	51
bb) Entbehrlichkeit der Einladung bei fehlender fachlicher Eignung	52
cc) Ausbleiben des Zugangs des Einladungsschreibens	54
dd) Keine Möglichkeit der Heilung bei Verstoß gegen Einladungspflicht	54
d) Verstoß gegen die Unterrichtungspflicht nach § 164 Abs. 1 Satz 9 SGB IX	54
e) Nichtteilnahme der Schwerbehindertenvertretung am Bewerbungsgespräch	55
f) Zwischenergebnis	56
8. Testing-Verfahren	56
a) Strafbarkeitsrisiken und Beweisverwertungsverbot	57
b) Aussagekraft der Testing-Ergebnisse	58
c) Fazit und Zwischenergebnis	59
9. Einsatz von algorithmenbasierten Verfahren im Einstellungsprozess	59
III. Im Arbeitsverhältnis	62
1. Nichterfüllen von Organisationspflichten nach § 12 AGG	62
2. Unterbliebene Beantwortung einer Beschwerde nach § 13 Abs. 1 AGG	62
3. Höheres Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeit	63
a) Indizwirkung der Auskunft nach § 11 ff. EntgTranspG über höheres Vergleichsentgelt	63
aa) Anwendbarkeit des § 22 AGG im Rahmen der Entgeltgleichheitsklage	63
bb) Kein Entgegenstehen fehlender Regelung oder fehlender Aussagekraft	64
(1) Gesetzliche Regelung	64
(2) Aussagekraft des Medians	65
(3) Abweichung bei marginaler Differenz	65
cc) Fazit und Zwischenergebnis	65
b) Indizwirkung bei Nichterfüllen des Auskunftsanspruchs nach § 10 i. V. m. §§ 3 Abs. 1, 7 EntgTranspG	66
aa) Vorliegen eines Indizes i. S. d. § 22 AGG bei Nichterfüllen des Auskunftsanspruchs	66
bb) Anforderungen an das Erfüllen der Auskunftspflicht	67
cc) Keine Einschränkung des Geltungsbereichs der Indizwirkung	68
dd) Fazit und Zwischenergebnis	68

c) Indizwirkung bei Verweigerung des Einsichts- und Einblicksanspruchs nach § 13 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 EntgTranspG bzw. § 80 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 BetrVG	68
aa) Vorliegen eines Indizes i. S. d. § 22 AGG bei Verweigerung des Einsichts- und Einblicksanspruchs	69
bb) Bestehen des Einsichts- und Einblicksanspruchs	69
(1) Konkretes Auskunftsverlangen	69
(2) Keine Übernahme durch den Arbeitgeber	70
(3) Einblicksrecht nach § 80 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 BetrVG	71
cc) Fazit und Zwischenergebnis	71
d) Indizwirkung durch Ausgestaltung des Entgeltsystems	71
e) Indizien im Zusammenhang mit der EntgTransp-RiL	72
aa) Mögliche Indizien nach Umsetzung der Richtlinie	72
(1) Unzulässige Fragen und Hinderung an der Offenlegung des Entgelts	72
(2) Auskunft über höheres Durchschnittsentgelt	72
(3) Verweigerung des Einsichts- und Einblicksanspruchs des Betriebsrats	73
(4) Nichteinhalten der Informations- und Berichterstattungspflichten	74
bb) Beweislastregelung der Richtlinie	74
cc) Fazit und Zwischenergebnis	75
4. Verstoß gegen Vorschriften des SGB IX	75
a) Verstoß gegen Pflichten aus einer Integrationsvereinbarung nach § 166 SGB IX	75
b) Verstoß gegen die Präventionspflicht nach § 167 Abs. 2 SGB IX	75
c) Außerachtlassen der Pflicht zur Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung nach § 178 Abs. 2 SGB IX	76
d) Nichtbeteiligung des Integrationsamts bei Kündigung nach § 168 SGB IX	77
e) Verstoß gegen sonstige Vorschriften	78
f) Zwischenergebnis	78
5. Nichteinhaltung besonderer Schutzvorschriften	78
a) Mutterschutz	78
b) Jugendarbeitsschutz	79
6. Nichtbeteiligung des Betriebsrats nach § 99 Abs. 1 BetrVG	80
7. Kündigungen	80
IV. Weitere Konstellationen	82
1. Enger zeitlicher Zusammenhang	82
2. Statistiken	82
a) Rechtsprechung des BAG	82
b) Rechtsprechung des EuGH	83
c) Indizwirkung abhängig von Entscheidungsart	84

3. Verfehlung eines Quotenziels	84
a) Beschäftigungspflicht nach § 154 Abs. 1 Satz 1 SGB IX	85
b) Gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern in Führungspositionen	85
4. Äußerungen des Arbeitgebers im Umfeld	85
5. Benachteiligungen, die vor Inkrafttreten des AGG erlaubt waren	87
6. Verweigerung der Auskunft	87
7. Gegebene, jedoch falsche, wechselnde oder in sich widersprüchliche Informationen	89
B. Indizwirkung bei Handlungen Dritter	89
I. Stellenausschreibungen durch Dritte	90
1. Standpunkt in Rechtsprechung und Literatur	90
a) Ablehnung einer Indizwirkung	90
b) Annahme einer Indizwirkung	90
2. Dogmatische Einordnung	91
a) Handlung des Arbeitgebers	91
b) Handlung des Dritten	92
3. Zwischenergebnis	93
II. Übertragung dieser Begründung	93
1. Äußerungen durch Dritte	93
2. Unzulässige Fragen Dritter	94
3. Weitere Vermutungstatsachen	95

Drittes Kapitel

Auswertung der Indizien	96
A. Besondere Bedeutung der Indizien für den Diskriminierungsschutz	96
B. Gegenwärtige Problematik	96
I. Indizien in zunehmendem Ausmaß	96
1. Ausgangslage: Teilweises Ausufern der Indizienreichweite	96
2. Tendenz: § 22 AGG als „allgemeines Sanktionsmittel“	97
a) Verstöße gegen Vorschriften des SGB IX	97
b) Verstöße gegen sonstige Schutz-/Fördervorschriften	98
c) Fazit	98
3. Zwischenergebnis	98
II. Fehlende Rechtssicherheit und fehlender Diskriminierungswille	99
1. Keine Einheitlichkeit in der Rechtsprechung und Ungewissheit in der Praxis	99
2. Beispiele	99
III. Risiko missbräuchlicher Diskriminierungsklagen	100
1. Beweisschwierigkeiten für Arbeitgeber und fehlende Missbrauchskriterien ...	100

2. Zunehmende Bedeutung in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung	101
3. Fazit und Zwischenergebnis	101
IV. Hohe Anforderungen an den Gegenbeweis	102
1. Ausgangslage auf Stufe des Gegenbeweises	102
2. Hürden beim Erbringen des Gegenbeweises	102
a) Keine Möglichkeit des Berufens auf „bessere“ Eignung des Bewerbers ...	102
b) Begrenzte Möglichkeit des Nachschiebens von Gründen	103
c) Erschweren des Gegenbeweises im Rahmen von Entgeltentscheidungen ...	104
aa) Keine Möglichkeit des Berufens auf Vertragsverhandlungen oder Stellennachfolge	104
bb) Ausreichen des Verweises auf die Arbeitsmarktsituation?	104
cc) Entlastung des Arbeitgebers durch objektive Entgeltsysteme?	105
dd) Möglichkeit des Berufens auf bessere Qualifikationen?	105
ee) Bewertung der Rechtsprechung des BAG	106
3. Fazit und Zwischenergebnis	108
V. Weitgehende Folgen eines Diskriminierungsprozesses für den Arbeitgeber	108
VI. Zurückhaltung als Reaktion des Arbeitgebers	109
C. Schlussfolgerung: Notwendigkeit eines einheitlichen Systems	110

Viertes Kapitel

Systematisierung der Indizien	112
A. Einheitliches System	112
I. Ausbleiben der Indizwirkung bei bloßem Vorliegen eines Merkmals i. S. d. § 1 AGG	112
II. Erfordernis weiterer Hilfstatsachen	114
III. Ursprung der Hilfstatsache in der Einflussosphäre des Arbeitgebers	115
IV. Bezug der Hilfstatsache auf ein in § 1 AGG genanntes Merkmal	115
V. Unmittelbarer Zusammenhang zwischen arbeitgeberseitiger Maßnahme und Hilfstatsache	116
VI. Unterscheidung zwischen Entgelt- und Einstellungs-/Beförderungsentscheidung	118
B. Zusammenfassung und Ausblick	118

Fünftes Kapitel

Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen	120
Literaturverzeichnis	126
Stichwortverzeichnis	137

Einführung

Die effektive Umsetzung materiellen Rechts hängt entscheidend von der Durchsetzbarkeit im Prozess ab. Eine wesentliche Weichenstellung bewirkt dabei die Beweislastverteilung zwischen den Parteien. Von besonderer Bedeutung ist dies in Diskriminierungsprozessen, da Diskriminierungen meist nur im Bewusstsein des Diskriminierenden stattfinden und daher schwer nachweisbar sind. Aus diesem Grund wurde im Zuge der Einführung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) im Jahr 2006 die Regelung des § 22 AGG geschaffen.

§ 22 AGG beruht auf der Umsetzung verschiedener europäischer Richtlinienvorgaben – darunter konkret Art. 10 der Gleichbehandlungs-Rahmen-Richtlinie¹, Art. 8 der Antidiskriminierungs-Richtlinie², Art. 9 der Unisex-Richtlinie³ und Art. 19 der Gleichbehandlungs-Richtlinie⁴. Nach § 22 AGG trägt eine Partei im Prozess die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen des AGG zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat, wenn im Streitfall die andere Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen. Darunter fallen Benachteiligungen wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität.

Aufgrund der maßgeblichen Bedeutung für die Durchsetzung von Diskriminierungsverboten wird die Beweislast mitunter als „Achillesferse“⁵ des Diskriminierungsrechts bezeichnet. Für die Reichweite des AGG in der Praxis ist die Auslegung der Regelung des § 22 AGG entscheidend.⁶ Das führte nicht zuletzt dazu, dass einzelne Rechtsfragen zu § 22 AGG in den vergangenen 20 Jahren und zu den Vorgängernormen § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB a.F. und § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX a.F. bereits lange zuvor in Rechtsprechung und Literatur äußerst umstritten waren.

Eine der meistdiskutierten Fragestellungen ist nach wie vor, welche Tatsachen überhaupt eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen, wann also ein hinreichendes Indiz i. S. d. § 22 AGG vorliegt. In Betracht kommen dabei beispielsweise diskriminierende Stellenausschreibungen, die

¹ RiL 2000/78/EG.

² RiL 2000/43/EG.

³ RiL 2004/113/EG.

⁴ RiL 2006/54/EG.

⁵ Rust/Falke/Falke, § 22 Rn. 1; Nickel, Gleichheit und Differenz, S. 177.

⁶ Grobys, NZA 2006, 898 (898).

Anforderung bestimmter persönlicher Angaben und unzulässige Fragen im Bewerbungsprozess, Fehler in formalisierten Verfahren, der Einsatz bestimmter Algorithmenverfahren, Verhaltensweisen und Äußerungen des Arbeitgebers, die Auskunft über ein höheres Vergleichsentgelt oder die Verweigerung des Zugangs zu Informationen durch den Arbeitgeber. In jüngerer Zeit sind insbesondere die Formulierung von Stellenausschreibungen und Verstöße gegen Vorgaben des SGB IX in den Fokus der Rechtsprechung gerückt, was nicht zuletzt die hohe Zahl an Entscheidungen zu diesen Sachverhalten zeigt. Vor dem Hintergrund, dass die inhaltliche Ausgestaltung des Indizbegriffs mangels konkreter gesetzlicher Anhaltspunkte den Gerichten überlassen bleibt, ist dies zu begrüßen. Dennoch drängt sich die Frage auf, ob die große Anzahl an tauglichen Indizien mittlerweile zum Teil nicht schon ausufert. Damit einher geht, dass es in einigen Indizbereichen nach wie vor an Rechtssicherheit fehlt. In Anbetracht dessen erscheint es umso wichtiger, ein den Vermutungstatsachen übergeordnetes System zu bestimmen.

Im Folgenden sollen zunächst eingehend mögliche Fallkonstellationen für taugliche Indizien aufgezeigt, analysiert und auf ihre Indizwirkung hin untersucht werden. Im Anschluss werden die Indizienkonstellationen ausgewertet und systematisiert. Da das Hauptaugenmerk der Rechtsprechung zu § 22 AGG auf arbeitsrechtlichen Sachverhalten liegt,⁷ soll der Untersuchungsgegenstand im Wesentlichen auf das Arbeitsrecht beschränkt bleiben.

⁷ S. auch *Benecke*, in: Funktionalität und Effektivierung, 65 (66).

Einordnung des § 22 AGG

A. Inhalt der Regelung des § 22 AGG

I. Verteilung der Beweislast

Nach den allgemeinen Grundsätzen des Zivilprozessrechts trägt in einem Rechtsstreit derjenige die Darlegungs- und bei Bestreiten die Beweislast, der aus dem Vorliegen der Tatsachen eine für sich günstige Rechtsfolge herleiten will (sog. *Rosenberg'sche* Normentheorie).⁸ Der Anspruchsgegner muss die rechtsvernichtenden, rechtshindernden und rechtshemmenden Tatbestandsmerkmale darlegen und gegebenenfalls beweisen.⁹

Die Regelung des § 22 AGG kehrt diese Beweislastverteilung nicht um, sondern legt dem Kläger auf, Indizien zu beweisen, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen (erste Stufe). Ist dies geschehen, trägt der Beklagte die volle Beweislast für das Nichtvorliegen einer Diskriminierung bzw. für die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung (zweite Stufe).¹⁰ Im Ergebnis bewirkt § 22 AGG damit lediglich eine Verschiebung der Beweislast hin zur Glaubhaftmachung von Vermutungstatsachen.

II. Normzweck

Die Durchsetzbarkeit der Vorschriften des AGG steht und fällt mit der Festlegung der Beweislastverteilung im Prozess.¹¹ Hintergrund der Regelung des § 22 AGG ist, dass es dem Anspruchssteller bei Anwendung der allgemeinen Beweislastgrundsätze aufgrund der Informationsasymmetrie in der Regel kaum gelingen würde, zu beweisen, dass eine gewisse Entscheidung des Anspruchsgegners wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes getroffen wurde.¹² Der Anspruchssteller

⁸ BGH 13. 7. 1983 – VIII ZR 107/82, NJW 1983, 2944 (2944); BGH 24. 6. 1987 – I ZR 127/85, NJW 1988, 640 (642); *Rosenberg*, Beweislast, S. 98.

⁹ BGH 14. 1. 1991 – II ZR 190/89, NJW 1991, 1052 (1053).

¹⁰ *Nollert-Borasio/Dickerhof-Borello/Wenckebach*, AGG, § 22 Rn. 16; dazu s. drittes Kapitel unter B.IV.

¹¹ S. bereits in der Einführung.

¹² Schiek/*Kocher*, § 22 Rn. 1.