

Entscheidung scheint *Chief Justice Roberts* ebenfalls auf *Justice Blackmun's* These mit einem apodiktischen und lapidaren Satz zu antworten:

„*The way to stop discrimination on the basis of race is to stop discriminating on the basis of race.*“³³⁵

Darin klingt *Justice Harlans* berühmtes Diktum, die Verfassung sei *colorblind*,³³⁶ nach.³³⁷ Damit macht man es sich freilich sehr einfach, wie *Justice Breyers* mit sozialen Daten beladenes Minderheitsvotum verdeutlicht.³³⁸ Die Konzeption ist letztlich Ausdruck eines als streng symmetrisch konzipierten und durch staatliche Neutralität gekennzeichneten Gleichbehandlungsgrundsatzes. So verstanden, geraten positive Maßnahmen zwangsläufig in Konflikt mit dem Nichtdiskriminierungsgrundsatz als formalem Rechtsprinzip. Das Paradoxon der Gleichheit wird hier zugunsten des *status quo* aufgelöst. Damit verkennt man die politische Dimension der Gleichheit. Das Unionsrecht hat sich anders entschieden. Es basiert daher auf einem Kompromiss formaler und materialer Konzeptionen des Gleichbehandlungsgrundsatzes: Eine material konzipierte Gleichheit schließt formale Gleichheit ein, erlaubt aber Abweichungen, die gerade mit dem von ihnen verfolgten Ziel – der Sicherstellung einer tatsächlichen Gleichheit – gerechtfertigt sind. „Das Endziel ist also dasselbe: die Sicherstellung der Gleichheit von Personen.“³³⁹

VII. Rechtsfolgen und Rechtsdurchsetzung

1. Säulen der Durchsetzung des Nichtdiskriminierungsprinzips im europäischen Mehrebenensystem

Das spezielle unionsrechtliche Nichtdiskriminierungsrecht legt die Rechte, die aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung folgen, nicht im Einzelnen fest. Es gibt den Mitgliedstaaten nur einen Rahmen vor und setzt Mindeststandards.¹ Die Mitgliedstaaten dürfen zum Schutz der davon Betroffenen strengere Vorschriften beibehalten oder einführen.² Sie dürfen die Richtlinie allerdings nicht zum Anlass nehmen, das höhere nationale Niveau auf das von der Richtlinie geforderte her-

335 *Parents Involved In Community Schools v. Seattle School Dist. No. 1*, 551 U.S. 701, 748 (2007).

336 Siehe dazu oben § 3 III 5 c) (1).

337 Deutlich *Parents Involved In Community Schools v. Seattle School Dist. No. 1*, 551 U.S. 701, 748, 780 (2007) (Thomas, J., conc.) („a color-blind interpretation of the Constitution“).

338 *Parents Involved In Community Schools v. Seattle School Dist. No. 1*, 551 U.S. 701, 803-869 (2007) (Breyer, J., diss.).

339 GA Tesaro, Schlussanträge v. 6.4.1995, Rs. C-450/93 – *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen* = Slg. 1995, I-3051 Rn. 16.

1 Statt vieler *Busche*, Effektive Rechtsdurchsetzung, in: Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 159, 160 ff; *Haberl*, GPR 2009, 202, 203 f.

2 Art. 6 Abs. 1 RL 2000/43/EG, Art. 8 Abs. 1 RL 2000/78/EG, Art. 7 Abs. 1 RL 2004/113/EG, Art. 27 Abs. 1 RL 2006/54/EG, Art. 14 Abs. 1 RL 2010/41/EU.

abzusenken.³ Die Richtlinien verfolgen primär ein Konzept positiver Handlungspflichten zum Abbau struktureller Diskriminierung.⁴ Das AGG hat dieses Konzept für das beschäftigungsrechtliche Benachteiligungsverbot in § 12 Abs. 1, 2 und 5 sowie in § 17 Abs. 1 AGG umgesetzt. Zum Katalog präventiver Maßnahmen zählt man traditionell auch die in § 11 AGG vorgesehene Pflicht zur diskriminierungsneutralen Stellenausschreibung.⁵ Das ist nicht ganz zutreffend. Diese Pflicht folgt bereits unmittelbar aus § 7 Abs. 1 AGG: Eine diskriminierende Stellenausschreibung verletzt das Benachteiligungsverbot. § 11 AGG konkretisiert lediglich die ohnehin schon bestehende und vom Unionsrecht zwingend vorgegebene Rechtspflicht.⁶ Zu den positiven „Maßnahmen zur Förderung des sozialen Dialogs zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern“⁷ bzw. den Sozialpartnern⁸ im beschäftigungsrechtlichen Bereich zählen auch Nichtdiskriminierungsvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bzw. Sozialpartner⁹ und die Pflicht der Mitgliedstaaten, eine unabhängige Gleichstellungsinstitution zu benennen.¹⁰ Dem kommen die §§ 25 ff AGG mit der dort vorgesehenen Einrichtung und Kompetenzausstattung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes nach.¹¹

a) Nichtigkeit diskriminierender Maßnahmen und Beseitigung ihrer ungleichen Auswirkungen

Bei einer eingetretenen Verletzung des Nichtdiskriminierungsprinzips sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, alle mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zu vereinbarenden Bestimmungen für nichtig zu erklären.¹² Diese ausdrücklich auf zweiseitige Vereinbarungen bezogene Unwirksamkeit setzt das Gesetz in §§ 7 Abs. 2 und 21 Abs. 4 AGG um.¹³ Dieselbe Rechtsfolge ergibt sich bereits aus

3 Art. 6 Abs. 2 RL 2000/43/EG, Art. 8 Abs. 2 RL 2000/78/EG, Art. 7 Abs. 2 RL 2004/113/EG, Art. 27 Abs. 2 RL 2006/54/EG, Art. 14 Abs. 2 RL 2010/41/EU; dazu näher EuGH, Urt. v. 23.4.2009, Rs. C-378/07 ua – *Angelidaki ua v. Organismos Nomarchiakís Autodioikísís Rethymnis ua* = Slg. 2009, I-3071 Rn. 126; EuGH, Urt. v. 8.7.2010, Rs. C-246/09 – *Bulicke v. Deutsche Büro Service GmbH* = Slg. 2010, I-7003 Rn. 44.

4 Dazu oben § 6 VI 3 g).

5 Zu den Anforderungen in der Praxis vgl. *Kania/Merten*, ZIP 2007, 8, 9 f; *Suckow* in: Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, § 11 Rn. 21 ff.

6 Vgl. zu unionsrechtlichen Grundlagen näher *Falke* in: Falke/Rust, AGG, § 11 Rn. 4; *Schmidt* in: Schiek, AGG, § 11 Rn. 1.

7 Art. 11 Abs. 1 RL 2000/43/EG, Art. 13 Abs. 1 RL 2000/78/EG.

8 Art. 21 Abs. 1 RL 2006/54/EG.

9 Art. 11 Abs. 2 RL 2000/43/EG, Art. 13 Abs. 2 RL 2000/78/EG, Art. 21 Abs. 2 RL 2006/54/EG.

10 Art. 13 RL 2000/43/EG, Art. 12 RL 2004/113/EG, Art. 20 RL 2006/56/EG. Eine entsprechende Pflicht fehlt in der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG. Zu den Voraussetzungen siehe *Laskowski* in: Schiek, AGG, Vorbem zu §§ 25 Rn. 1 ff; zu den Kompetenzen *Monen*, Verbot der Diskriminierung, 2008, 256 ff.

11 Kritisch zur Verfassungsmäßigkeit *Phillip*, NVwZ 2006, 1235 ff; näher *Raasch*, ZESAR 2005, 209, 214 ff.

12 Art. 14 lit. b) RL 2000/43/EG, Art. 16 lit. b) RL 2000/78/EG, Art. 13 lit. b) RL 2004/113/EG, Art. 23 lit. b) RL 2006/54/EG.

13 BT-Drs. 16/1780, S. 34.

§ 134 BGB, weil die zentralen Diskriminierungsverbote (§§ 7 Abs. 1, 19 Abs. 1 und 2 AGG) Verbotsgesetze sind.¹⁴ Soweit die privaten Akteure direkt an die Richtlinie gebunden sind, führt die Richtlinie unmittelbar zur Unanwendbarkeit der Maßnahme.¹⁵ Nicht ausdrücklich geregelt ist die Frage, wie die eingetretene Benachteiligung insbesondere bei einem diskriminierenden Begünstigungsausschluss zu beseitigen ist.¹⁶ Aus der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 157 AEUV folgt, dass die benachteiligten Personen grundsätzlich entsprechend dem Umfang ihrer Beschäftigung einen Anspruch auf Anwendung der gleichen Regelung wie die übrigen Arbeitnehmer haben.¹⁷ Das ist erforderlich, um das Ziel des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu erreichen.¹⁸ Dieser verlangt, dass die Diskriminierung unverzüglich und vollständig zu beseitigen ist.¹⁹ Der diskriminierende Begünstigungsausschluss ist nämlich das einzig gültige Bezugssystem, mit dem die Gleichbehandlung sofort verwirklicht werden kann.²⁰ Die nationalen Gerichte sind verpflichtet, die Diskriminierung auf jede denkbare Weise und insbesondere dadurch auszuschließen, dass sie diese Regelungen zugunsten der benachteiligten Gruppe anwenden, ohne die Beseitigung der Diskriminierung durch den Gesetzgeber, die Tarifvertragsparteien oder in anderer Weise abwarten zu müssen.²¹ Diese Konzeption ist auf das geltende spezielle Nichtdiskriminierungsrecht zu übertragen. In den Fällen des diskriminierenden Begünstigungsausschlusses wegen des Alters der Beschäftigten²² sind die Normadressaten im Ergebnis zur Nichtanwendung der den Betroffenen benachteiligenden Regelung

- 14 Zum Verhältnis siehe einerseits *Armbrüster* in: Erman, § 21 AGG Rn. 28; *Preis*, Arbeitsrecht, 2012, 507 und andererseits *Mansel*, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 799, 813; *Schmidt* in: Schiek, AGG, § 7 Rn. 2; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 7 AGG Rn. 11, § 21 AGG Rn. 82; *Belling* in: Erman, § 7 AGG Rn. 5. Zu den Folgeproblemen der jeweiligen Konstruktion instruktiv LAG Berlin-Brandenburg NZA-RR 2009, 378, 381.
- 15 Siehe EuGH, Urt. v. 13.9.2011, Rs. C-447/09 – *Prigge ua v. Deutsche Lufthansa AG* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 76.
- 16 Dazu näher *Kamanabrou*, ZfA 2006, 327, 332 ff; *Krebber*, EuZA 2009, 201, 209 ff (jeweils zum Arbeitsrecht).
- 17 EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455 Rn. 14 f; EuGH, Urt. v. 27.6.1990, Rs. C-33/89 – *Kowalska v. Freie und Hansestadt Hamburg* = Slg. 1990, I-0291 Rn. 19; EuGH, Urt. v. 7.2.1991, C-184/89 – *Nimz v. Freie und Hansestadt Hamburg* = Slg. 1991, I-297 Rn. 18; Einzelheiten bei *Krebber*, EuZA 2009, 201, 202 ff.
- 18 EuGH, Urt. v. 17.4.1997, Rs. C-147/95 – *DEI v. Evrenopoulos* = Slg. 1997, I-2057 Rn. 42.
- 19 EuGH, Urt. v. 28.9.1994, Rs. C-408/92 – *Smith ua v. Avdel Systems Ltd.* = Slg. 1994, I-4435 Rn. 25.
- 20 EuGH, Urt. v. 7.2.1991, C-184/89 – *Nimz v. Freie und Hansestadt Hamburg* = Slg. 1991, I-297 Rn. 18; EuGH, Urt. v. 28.9.1994, Rs. C-200/91 – *Coloroll Pension Trustees Ltd v. Russell ua* = Slg. 1994, I-4389 Rn. 31.
- 21 EuGH, Urt. v. 20.3.2003, Rs. C-187/00 – *Kutz-Bauer v. Freie und Hansestadt Hamburg* = Slg. 2003, I-2741 Rn. 75; EuGH, Urt. v. 18.11.2004, Rs. C-284/02 – *Land Brandenburg v. Sass* = Slg. 2004, I-11143 Rn. 55; EuGH, Urt. v. 31.7.2007, Rs. C-231/06 bis C-233/06 – *Office national des pensions v. Jonkman ua.* = Slg. 2007, I-5149 Rn. 39 mwN; näher *Fuchs* in: Bamberger/Roth, BGB, § 7 AGG Rn. 47 ff; aa *Armbrüster* in: Erman, § 7 AGG Rn. 7 (keine Kompetenz der Gerichte zur inhaltlichen Ausgestaltung).
- 22 Vgl. dazu EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-499/08 – *Ingeniorforeningen i Danmark (Andersen)* = Slg. 2010, I-9343 Rn. 49; EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odor v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 76.

und damit „zur Angleichung nach oben“ verpflichtet.²³ Damit besteht eine Parallele zum allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.²⁴ Das gilt nach umstrittener Auffassung auch, wenn es sich um eine gleichheitswidrige Begünstigung einer kleinen Gruppe handelt.²⁵

b) Wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen

Daneben verpflichten die Richtlinien den Mitgliedstaat dazu, geeignete Sanktionen festzulegen und deren Durchsetzung zu gewährleisten.²⁶ Das beruht auf dem Gedanken, dass wirkliche Chancengleichheit nicht ohne eine geeignete Sanktionsregelung erreicht werden kann.²⁷ Der Gerichtshof hat in Auslegung der RL 207/76/EWG in den Entscheidungen *von Colson und Kamann*, *Harz*, *Dekker*, *Marshall* und *Draehmpaehl* Anforderungen an die nationalen Rechtsfolgen aufgestellt, die von den aktuellen Richtlinien aufgegriffen werden.²⁸ Die Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.²⁹ Das Unionsrecht schreibt keine bestimmten Sanktionen vor, sondern überlässt dem Mitgliedstaat die Auswahl unter den zur Wiederherstellung der verletzten Gleichheit geeigneten³⁰ Mitteln.³¹ Die Palette reicht vom Kontrahierungszwang über eine finanzielle Entschädigung hin zu Bußgeldern.³² Streng genommen sind allerdings nur Maßnahmen zur (Wieder-) Herstellung oder Schadensersatz für den Gerichtshof

23 GA Kokott, Schlussanträge v. 6.5.2010, Rs. C-499/08 – *Ingeniørforeningen i Danmark (Andersen)* = Slg. 2010, I-9343 Rn. 85; anders noch *Krebber*, EuZA 2009, 201, 208 f.

24 Dazu oben § 5 I 2.

25 *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 7 AGG Rn. 14 ff; *Wendeling-Schröder* in: *Wendeling-Schröder/Stein, AGG*, § 7 Rn. 26 f; anders dagegen *Bauer/Göpfer/Krieger*, AGG, 2011, § 7 Rn. 25 ff (Anpassung nach unten).

26 Art. 15 RL 2000/43/EG, Art. 17 RL 2000/78/EG, Art. 14 RL 2004/113/EG, Art. 25 RL 2006/54/EG.

27 EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83 – *von Colson und Kamann v. Land NRW* = Slg. 1984, 1891 Rn. 22; EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 79/83 – *Harz v. Deutsche Tradax GmbH* = Slg. 1984, 1921 Rn. 22.

28 Vgl. dazu *Benecke/Kern*, EuZW 2005, 360, 361 ff; *Kamanabrou*, ZfA 2006, 327, 328 ff; *Kossak*, Rechtsfolgen, 2009, 20 ff.

29 EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83 – *von Colson und Kamann v. Land NRW* = Slg. 1984, 1891 Rn. 23; EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 79/83 – *Harz v. Deutsche Tradax GmbH* = Slg. 1984, 1921 Rn. 23; EuGH, Urt. v. 8.11.1990, Rs. C-177/88 – *Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen Plus* = Slg. 1990, I-3941 Rn. 23; EuGH, Urt. v. 2.8.1993, Rs. C-271/91 – *Marshall v. Southampton & South West Hampshire Area Health Authority* = Slg. 1993, I-4367 Rn. 24; EuGH, Urt. v. 22.4.1997, Rs. C-180/95 – *Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG* = Slg. 1997, I-2195 Rn. 24.

30 EuGH, Urt. v. 2.8.1993, Rs. C-271/91 – *Marshall v. Southampton & South West Hampshire Area Health Authority* = Slg. 1993, I-4367 Rn. 24.

31 Grundlegend EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83 – *von Colson und Kamann v. Land NRW* = Slg. 1984, 1891 Rn. 18; EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 79/83 – *Harz v. Deutsche Tradax GmbH* = Slg. 1984, 1921 Rn. 18; EuGH, Urt. v. 8.11.1990, Rs. C-177/88 – *Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen Plus* = Slg. 1990, I-3941 Rn. 23; EuGH, Urt. v. 2.8.1993, Rs. C-271/91 – *Marshall v. Southampton & South West Hampshire Area Health Authority* = Slg. 1993, I-4367 Rn. 23; EuGH, Urt. v. 22.4.1997, Rs. C-180/95 – *Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG* = Slg. 1997, I-2195 Rn. 24.

32 EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83 – *von Colson und Kamann v. Land NRW* = Slg. 1984, 1891.

gleichwertige Alternativen.³³ Daher ist eine ausschließliche Sanktionierung über Straf- oder Bußgeldvorschriften nicht unionsrechtskonform.³⁴ Wenn sich der Mitgliedstaat im Rahmen einer Kombinationslösung auch für ein schadensersatzrechtliches Element entscheidet, muss dieses für sich genommen bestimmten Anforderungen genügen:³⁵ Der Schadensersatz muss in angemessenem Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen.³⁶ Eine symbolische Entschädigung genügt nicht.³⁷ Der Mitgliedstaat darf allerdings zwischen zwei Kategorien von Bewerbern unterscheiden: Bei Bewerbern, die eine Stelle auch bei diskriminierungsfreier Auswahl nicht erhalten hätten, weil der genommene Bewerber besser qualifiziert war,³⁸ besteht der Schaden in der diskriminierenden Nichtberücksichtigung der Bewerbung. Bewerber, die bei diskriminierungsfreier Auswahl die Stelle hätten bekommen müssen, erleiden dagegen einen Schaden aufgrund der nicht erfolgten Einstellung.³⁹ Daneben muss jeder Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot für sich genommen ausreichen, die volle Haftung des Normadressaten zu begründen.⁴⁰ Insbesondere kommt es nicht auf sein Verschulden an.⁴¹ An diesem Konzept halten die Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG fest. Die beiden Geschlechterrichtlinien 2004/113/EG und 2006/54/EG weichen jetzt davon ab.⁴² Danach müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass den Verletzten der entstandene Schaden „tatsächlich und wirksam ausgeglichen oder ersetzt wird, wobei dies auf eine abschreckende und dem erlittenen Schaden angemessene Art und Weise geschehen muss“.⁴³ Dagegen wurden und werden erhebliche Bedenken erhoben, die darin kumulierten, dass es sich um einen unionsrechtlich ok-

33 Ausdrücklich EuGH, Urt. v. 2.8.1993, Rs. C-271/91 – *Marshall v. Southampton & South West Hampshire Area Health Authority* = Slg. 1993, I-4367 Rn. 25.

34 Kossak, Rechtsfolgen, 2009, 25 f.; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 21 AGG Rn. 5.

35 Anders *Kamanabrou*, ZfA 2006, 327, 337 f., die eine Kombination von jeweils verschuldensabhängigem Bußgeld und Schadensersatz für möglich hält.

36 EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83 – *von Colson und Kamann v. Land NRW* = Slg. 1984, 1891 Rn. 23; EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 79/83 – *Harz v. Deutsche Tradax GmbH* = Slg. 1984, 1921 Rn. 23; EuGH, Urt. v. 22.4.1997, Rs. C-180/95 – *Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG* = Slg. 1997, I-2195 Rn. 25 ff.; näher zu den methodischen Fragen optionaler Richtlinienregelungen *Mayer/Schiirnbrand*, JZ 2004, 545, 547 f.

37 EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83 – *von Colson und Kamann v. Land NRW* = Slg. 1984, 1891 Rn. 24; EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 79/83 – *Harz v. Deutsche Tradax GmbH* = Slg. 1984, 1921 Rn. 24. Daran scheiterte § 611a BGB aF, dazu oben § 4 II 3 b).

38 Zur Beweislast des Arbeitgebers siehe EuGH, Urt. v. 22.4.1997, Rs. C-180/95 – *Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG* = Slg. 1997, I-2195 Rn. 36.

39 EuGH, Urt. v. 22.4.1997, Rs. C-180/95 – *Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG* = Slg. 1997, I-2195 Rn. 31 ff.

40 EuGH, Urt. v. 8.11.1990, Rs. C-177/88 – *Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen Plus* = Slg. 1990, I-3941 Rn. 25.

41 EuGH, Urt. v. 8.11.1990, Rs. C-177/88 – *Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen Plus* = Slg. 1990, I-3941 Rn. 22, 24; EuGH, Urt. v. 22.4.1997, Rs. C-180/95 – *Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG* = Slg. 1997, I-2195 Rn. 17, 21 f.

42 *Wagner/Potsch*, JZ 2006, 1085, 1087; Kossak, Rechtsfolgen, 2009, 17 f.

43 Art. 8 Abs. 2 S. 1 RL 2004/113/EG, Art. 18 S. 1 RL 2006/54/EG.

troyierten Strafschadensersatz handle.⁴⁴ Das ist „hohle Polemik“.⁴⁵ Dem Unionsrecht geht es nicht um die Bestrafung des Benachteiligenden und auch nicht um eine vom Schaden losgelöste Abschreckung, sondern um Prävention durch Schadensausgleich.⁴⁶ Leitlinie ist die volle Kompensation sämtlicher Beeinträchtigungen, die aus der Benachteiligung herrühren, unabhängig davon, ob es sich um materielle oder immaterielle Schäden handelt. Deshalb ist die verschuldensabhängige Ausgestaltung des Anspruchs auf Ersatz materieller Schäden für alle Merkmale in § 15 Abs. 1 S. 2 AGG und für die Merkmale Rasse, ethnische Herkunft und Geschlecht in § 22 Abs. 2 S. 2 AGG nicht richtlinienkonform.⁴⁷

Die Rechtslage verkompliziert sich weiter, weil im allgemeinen Zivilrechtsverkehr angesichts der Vielzahl von Betroffenen eine Höchstgrenze festgelegt werden darf⁴⁸, im beschäftigungsrechtlichen Anwendungsbereich dagegen nur für die Fälle, in denen der Bewerber die Stelle auch bei diskriminierungsfreier Berücksichtigung nicht erhalten hätte⁴⁹. An dieser Differenzierung könnte man die allgemeine These anknüpfen, das Unionsrecht stelle unterschiedlich strenge Maßstäbe für die Verletzung des Diskriminierungsverbots im beschäftigungsrechtlichen und im zivilrechtlichen Anwendungsbereich auf.⁵⁰ Mich überzeugt auch das nicht:⁵¹ Die Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG basieren auf einem einheitlichen Konzept, obwohl die Richtlinie 2000/43/EG auch einen zivilrechtlichen Anwendungsbereich hat. Auch die Geschlechterrichtlinien verlangen vom Mitgliedstaat im Grundsatz dieselben Maßnahmen und differenzieren nur bei der Frage der Deckelung. Im Grundsatz geht das Unionsrecht daher von gemeinsamen Anforderungen bei Verletzungen „des“ Gleichbehandlungsanspruchs aus Abweichun-

44 Siehe *Mohr* in: Adomeit/Mohr, AGG, § 15 Rn. 72 ff, 74 ff; weitere Nachweise bei *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 393 f; *Stoffels*, RdA 2009, 204, 206.

45 *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 398.

46 Eingehend dazu *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 398 ff; *Stoffels*, RdA 2009, 204, 206 f.

47 Zu § 15 Abs. 1 S. 2 AGG siehe *Kamanabrou*, RdA 2006, 321, 335 f; *Wagner/Potsch*, JZ 2006, 1085, 1091; *Kocher* in: Schiek, AGG, § 15 Rn. 19; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 15 AGG Rn. 34; *Deinert* in: Däubler, AGG, § 15 Rn. 30; *Preis*, Arbeitsrecht, 2012, 509; *Stoffels*, RdA 2009, 204, 210; *Roloff* in: BeckOK-ArbR, § 15 Rn. 2; *Schlachter* in: Erfurter Kommentar, § 15 AGG Rn. 1 f; *Fuchs* in: Bamberg/Roth, BGB, § 15 AGG Rn. 2; zu derselben Frage in § 21 Abs. 2 S. 2 AGG siehe *Stork*, ZEuS 2005, 1, 47 f; *Gaier/Wendtland*, AGG, 2006, Rn. 226; *Bittner* in: Falke/Rust, AGG, § 21 Rn. 24; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 21 AGG Rn. 45 ff; *Deinert* in: Däubler, AGG, § 21 Rn. 38; aA zu § 15 Abs. 1 S. 2 AGG *Hanau*, ZIP 2006, 2189, 2201; *Bauer/Göpfer/Krieger*, AGG, 2011, § 15 Rn. 15; *Belting* in: Erman, § 15 AGG Rn. 2; *Stein* in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 15 Rn. 16; *Mansel* in: Jauernig, BGB, § 15 AGG Rn. 3 f; *Lingemann* in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 15 AGG Rn. 4; eingehend dazu jetzt *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 327 ff; so auch zu derselben Frage in § 21 Abs. 2 S. 2 AGG siehe *Wagner/Potsch*, JZ 2006, 1085, 1099; *Schiek* in: Schiek, AGG, 21 Rn. 22; *Armbrüster* in: Erman, § 21 AGG Rn. 8; *Haberl*, GPR 2009, 202, 206 f; *Kossak*, Rechtsfolgen, 2009, 186 ff.

48 Art. 8 Abs. 2 S. 2 RL 2004/113/EG.

49 Art. 18 S. 2 RL 2006/54/EG.

50 So *Armbrüster* in: Mahlmann/Rudolf, Gleichbehandlungsrecht, § 7 Rn. 163; *Armbrüster* in: Erman, § 21 AGG Rn. 1, 8.

51 IE ablehnend auch *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 21 AGG Rn. 48; vertiefend *Kossak*, Rechtsfolgen, 2009, 27 ff.

gen davon bedürfen in dieser Konzeption der ausdrücklichen Grundlage im Text der Richtlinien.

c) Schutz vor Viktimisierung

Die fünfte Säule der Rechtsfolgen im spezifischen Nichtdiskriminierungsrecht bildet der Schutz vor Viktimisierung. Wer sich gegen eine Diskriminierung wendet oder ein Verfahren zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsanspruchs einleitet, ist vor negativen Sanktionen als Reaktion darauf zu schützen.⁵² Dazu zählt im beschäftigungsrechtlichen Anwendungsbereich jede Benachteiligung durch den Arbeitgeber bis hin zur Entlassung;⁵³ so beispielsweise die Weigerung des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer ein Zeugnis zu erteilen.⁵⁴ Dieser Schutz soll sicherstellen, dass die von einer Diskriminierung betroffenen Personen nicht davon abgeschreckt werden, ihre Rechte zu verfolgen.⁵⁵ Vorbild dafür sind die *antiretaliation provisions* im U.S.-amerikanischen Nichtdiskriminierungsrecht.⁵⁶ Das U.S.-Recht trennt konzeptionell zwischen dem Diskriminierungsverbot und dem *retaliation*-Verbot.⁵⁷ In der Konzeption des europäischen Nichtdiskriminierungsrechts stehen *Retaliation* und Diskriminierung dagegen in einem engen Zusammenhang.⁵⁸ Die Tolerierung von Diskriminierung erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass es zur Benachteiligung des Beschwerdeträgers kommt und damit auch zu zukünftigen Diskriminierungen.⁵⁹ Personen, die von ihren Rechten Gebrauch machen, sind eine Gefahr für die Funktionsfähigkeit sozialer Hierarchien in der Gesellschaft und ihren Teilsystemen.⁶⁰ Wer sich auf seinen Anspruch auf Gleichbehandlung beruft, übertritt die ihm aufgrund zugeschriebener Merkmale zugewiesenen Grenzen. Diese soziale Grenzüberschreitung zwingt die Akteure bisheriger Hierarchisierungen zum Handeln, wenn sie den *status quo* erhalten wollen: Sie „schlagen zurück“ und bringen den Störenfried zum Verstummen. Damit entstehen neue soziale Kosten für die Opfer von Diskriminierungen: Nicht nur, dass

52 Art. 9 RL 2000/43/EG, Art. 10 RL 2004/113/EG. Siehe dazu EuGH, Urt. v. 22.9.1998, Rs. C-185/97 – *Coote v. Granada Hospitality Ltd* = Slg. 1998, I-5199 Rn. 26.

53 Art. 11 RL 2000/78/EG, Art. 24 RL 2006/54/EG.

54 EuGH, Urt. v. 22.9.1998, Rs. C-185/97 – *Coote v. Granada Hospitality Ltd* = Slg. 1998, I-5199 Rn. 27.

55 EuGH, Urt. v. 22.9.1998, Rs. C-185/97 – *Coote v. Granada Hospitality Ltd* = Slg. 1998, I-5199 Rn. 27.

56 Siehe dazu *Estreicher/Harper*, Employment Discrimination Law, 2008, 574 f.

57 Siehe *Burlington Northern and Santa Fe Ry. Co. v. White*, 548 U.S. 53, 63 (2006); vgl. aber auch *CBOCS West, Inc. v. Humphries*, 553 U.S. 442, 455-57 (2008) und *Sullivan v. Little Hunting Park, Inc.*, 396 U.S. 229 (1969); *Jackson v. Birmingham Bd. of Educ.*, 544 U.S. 167 (2005); *Gomez-Perez v. Potter*, 553 U.S. 474 (2008); Einzelheiten bei *Grünberger*, The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships (Working Paper 2009), 31 ff.

58 Vgl. EuGH, Urt. v. 22.9.1998, Rs. C-185/97 – *Coote v. Granada Hospitality Ltd* = Slg. 1998, I-5199 Rn. 26.

59 *Brake*, 90 Minn. L. Rev. 18, 42 (2005).

60 Dazu oben § 6 I 2.

sie auf erster Stufe ihre eigenen psychologischen Hemmnisse überwinden müssen, sich als „Opfer“ einer Diskriminierung zu sehen. Sie müssen auf zweiter Stufe auch noch damit rechnen, dass ihre Rechtsausübung gravierende soziale Nachteile mit sich bringt.⁶¹ Diesen Kreislauf muss ein effektiv wirkendes Nichtdiskriminierungsrecht unterbrechen.

Das AGG sieht zur Effektivierung der Rechtsdurchsetzung zunächst ein Beschwerderecht zugunsten der Benachteiligten vor (§ 13 Abs. 1 AGG). Der Beschwerdeführer hat ein subjektives Recht darauf, dass sich eine dafür vorzusehende Stelle im Unternehmen⁶² mit seiner Beschwerde befasst und ihm die Gründe einer Entscheidung mitteilt (§ 13 Abs. 1 S. 2 AGG).⁶³ Das AGG enthält darüber hinaus mit dem Maßregelungsverbot in § 16 Abs. 1 AGG eine Spezialnorm zum allgemeinen Maßregelungsverbot (§ 612a BGB). Das Recht schützt die Freiheit des Beschäftigten, selbstständig und ohne Furcht vor Vergeltungsmaßnahmen entscheiden zu können, ob und wie er seine Rechte aus dem AGG ausübt.⁶⁴ Insoweit schränkt die Norm die Vertrags- und Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers ein.⁶⁵ Das unionsrechtlich vorgegebene Schutzgut ist die tatsächliche Durchsetzung der Gleichbehandlung hinsichtlich der in § 1 genannten Merkmale. Das Maßregelungsverbot ist damit ein spezielles Diskriminierungsverbot. Es verbietet dem Arbeitgeber, an die Rechtsausübung anzuknüpfen.⁶⁶ Konsequenter gilt damit auch der für die unmittelbare Diskriminierung herausgearbeitete Zurechnungszusammenhang.⁶⁷ § 16 Abs. 2 AGG erweitert dieses Diskriminierungsverbot. Danach darf der Arbeitgeber auch später keine Entscheidung an das Verhalten des Benachteiligten anknüpfen. Für die Anwendung des Maßregelungsverbots genügt es, wenn der Beschäftigte tatsächlich oder vermeintlich bestehende Rechte aus dem AGG in Anspruch nimmt.⁶⁸ Das Irrtumsrisiko darf dem Beschäftigten nicht zugewiesen werden, weil ansonsten eine effektive Rechtsdurchsetzung nicht mehr gewährleistet wäre.⁶⁹ Die Grenze bilden mutwillig oder rechtsmissbräuchlich erhobene Klagen.⁷⁰

61 Ausführlich dazu *Brake*, 90 Minn. L. Rev. 18, 25-42 (2005).

62 *Oetker*, NZA 2008, 264, 268.

63 Ausführlich zum Ganzen *Oetker*, NZA 2008, 264 ff.

64 Vgl. BAG, NZA 2005, 1117, 1121 (zu § 612a BGB).

65 BAG, NZA 2005, 1117, 1121 (zu § 612a BGB).

66 Vgl. BAG NZA 2005, 1117, 1121 (zu § 612a BGB).

67 Siehe zur Vorbildregelung im englischen Recht *Swiggs and Others v. Nagarajan*, [1999] UKHL 36 (per Lord Nicholls); tendenziell anders BAG NZA 2010, 696 Rn. 28 mwN, das eine subjektiv motivierte Kausalität verlangt.

68 Vgl. *Kocher* in: Schiek, AGG, § 16 Rn. 8 f; *Bauer/Göpfer/Krieger*, AGG, 2011, § 16 Rn. 2, 8; strenger *Eggert-Weyand* in: Falke/Rust, AGG, § 16 Rn. 7; *Deinert* in: Däubler, AGG, § 16 Rn. 18; *Voigt* in: Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, § 16 Rn. 12; differenzierend *Stein* in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 16 Rn. 4.

69 Zutreffend *Stein* in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 16 Rn. 4.

70 Siehe BAG NZA 2001, 680, 682 (zu § 612a BGB).

d) Prozessuale Aspekte der Rechtsdurchsetzung

(1) Beweislastverteilung

Die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast zählt zu den wichtigsten Aufgaben effektiver Nichtdiskriminierungspolitik.⁷¹ Das Unionsrecht geht im Grundsatz davon aus, dass derjenige, der sich zur Stützung seines Anspruchs auf Tatsachen beruft, diese zu beweisen hat.⁷² Danach muss derjenige, der eine Ungleichbehandlung behauptet, die dafür maßgeblichen Tatsachen darlegen und beweisen, während der Normadressat des Diskriminierungsverbots die Voraussetzungen der allgemeinen Rechtfertigungsgründe bei der unmittelbaren Diskriminierung darlegen und beweisen muss.⁷³ Bei der mittelbaren Diskriminierung muss der Normadressat die Faktoren der objektiven Rechtfertigung darlegen und beweisen.⁷⁴ Die Beweislast kehrt sich um, wenn Arbeitnehmer, die dem ersten Anschein nach diskriminiert sind, sonst kein wirksames Mittel hätten, um die Einhaltung des Grundsatzes des gleichen Entgelts durchzusetzen.⁷⁵ Diese Rechtsprechung wurde mit Art. 4 der Beweislastrichtlinie 97/80/EG⁷⁶ kodifiziert,⁷⁷ der jetzt in den übereinstimmenden Bestimmungen zur „Beweislast“ in den Richtlinien aufgegangen ist.⁷⁸ Danach müssen die Personen, die eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes behaupten, „Tatsachen glaubhaft machen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen“. Dann obliegt es dem beklagten Normadressaten, „zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat“. Die angeblich verletzte Person soll also den Tatbestand einer Diskriminierung nicht vollumfänglich nachweisen müssen. Gelingt es ihr, dem Gericht einen „glaubhaften Anschein einer Diskriminierung“⁷⁹ zu vermitteln, muss der Normadressat den gesamten Diskriminierungstatbestand positiv widerlegen.⁸⁰ Die Richtlinien zwingen

71 Pritting, FS 50 Jahre BAG, 2004, 1326; Scholten, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, 2004, 78.

72 EuGH, Urt. v. 27.10.1993, Rs. C-127/92 – *Enderby v. Frenchay Health Authority ua* = Slg. 1993, I-5535 Rn. 13; EuGH, Urt. v. 31.5.1995, Rs. C-40/93 – *Royal Copenhagen A/S* = Slg. 1995, I-1275 Rn. 24.

73 Vgl. EuGH, Urt. v. 27.10.1993, Rs. C-127/92 – *Enderby v. Frenchay Health Authority ua* = Slg. 1993, I-5535 Rn. 13; EuGH, Urt. v. 31.5.1995, Rs. C-40/93 – *Royal Copenhagen A/S* = Slg. 1995, I-1275 Rn. 24.

74 EuGH, Urt. v. 13.5.1986, Rs. 170/84 – *Bilka Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz* = Slg. 1986, 1607 Rn. 31.

75 EuGH, Urt. v. 27.10.1993, Rs. C-127/92 – *Enderby v. Frenchay Health Authority ua* = Slg. 1993, I-5535 Rn. 14; bestätigt in EuGH, Urt. v. 31.5.1995, Rs. C-40/93 – *Royal Copenhagen A/S* = Slg. 1995, I-1275 Rn. 24.

76 ABl. L 14 v. 20.1.1998, S. 6.

77 EuGH, Urt. v. 10.3.2005, Rs. C-196/02 – *Nikoloudi v. Organismos Tilepikoinonion Ellados AE* = Slg. 2005, I-1789 Rn. 68 f.

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

79 Vgl. Erwgr. (21) RL 2000/43/EG.

80 Schlachter, RdA 1998, 321, 323.

nicht zur vollen Beweislastumkehr.⁸¹ Sie verlangen aber eine erhebliche Herabsetzung des Beweismaßes zugunsten des potentiell Verletzten. Es genügt den verfahrensrechtlichen Anforderungen, wenn es dem Verletzten gelingt, die Diskriminierung „glaubhaft“ zu machen.⁸² Dabei handelt es sich um einen unionsrechtlichen Begriff.⁸³ Glaubhaft gemacht sind die Tatsachen, wenn daraus eine überwiegende Wahrscheinlichkeit folgt, dass eine Diskriminierung vorliegt.⁸⁴ Dafür genügt es, wenn nach allgemeiner Lebenserfahrung eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Verknüpfung von Benachteiligung und verpöntem Merkmal besteht.⁸⁵ Gelingt ihm das nicht, erlaubt das Unionsrecht, dass die Klage abgewiesen wird. Gelingt ihm dieser erste Prüfungsschritt, zwingt es im zweiten Schritt zur Verlagerung der Beweislast auf den Normadressaten.⁸⁶ Erst dann kommt es zu einer echten Beweislastumkehr zu Ungunsten des Normadressaten.⁸⁷

Dieses Konzept setzt § 22 AGG um und modifiziert die allgemeinen Regeln zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast⁸⁸ erheblich. Danach muss eine Partei – der Verletzte – Indizien darlegen und beweisen, die eine Benachteiligung wegen eines verpönten Merkmals vermuten lassen. Gelingt ihr das, kehrt sich die Beweislast um und die andere Partei – der beklagte Normadressat – muss beweisen, dass kein Verstoß dagegen vorgelegen hat. § 22 AGG ist – mit heißer Nadel gestrickt – erst am Ende des Gesetzgebungsverfahrens eingefügt worden⁸⁹ und aus mehreren Gründen missglückt.⁹⁰ Um den Zweck der Norm besser sichtbar zu machen, müsste man ihren Wortlaut umformulieren: „Wenn im Streitfall die eine Partei Tatsachen darlegt, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes als überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen,“⁹¹ trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß vorgelegen hat. § 22 AGG bewirkt also erst auf zweiter Stufe eine Umkehr der Beweislast.⁹² Der Normadressat muss dann den vollen Hauptbeweis führen, dass das verpönte Merkmal

81 *Schlachter*, RdA 1998, 321, 324.

82 EuGH, Urt. v. 21.7.2011, Rs. C-104/10 – *Patrick Kelly v. National University of Ireland (University College, Dublin)* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 30; EuGH, Urt. v. 19.4.2012, Rs. C-415/10 – *Galina Meister v. Speech Design Carrier Systems GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 36.

83 *Schlachter*, RdA 1998, 321, 324.

84 *Schlachter*, RdA 1998, 321, 324; ausführlich zum Ganzen *Scholten*, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, 2004, 109 ff.

85 BAG NZA 2010, 383 Rn. 19; vgl. auch BAG NZA 2004, 540, 543; BAG NZA 2008, 1351 Rn. 25 (zu § 611a BGB aF).

86 *Schlachter*, RdA 1998, 321, 324.

87 Siehe *Scholten*, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, 2004, 136 ff.

88 Dazu *Scholten*, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, 2004, 90 f; *Mansel* in: Jauernig, BGB, § 22 AGG Rn. 1.

89 Vgl. BT-Drs. 16/2022, S. 13.

90 Vgl. die Kritik bei *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 22 AGG Rn. 2.

91 Vgl. *Prütting*, FS 50 Jahre BAG, 2004, 1317.

92 Siehe dazu näher BAG NZA 2004, 540, 543; *Prütting*, FS 50 Jahre BAG, 2004, 1315 f.

keine Rolle bei seiner Entscheidung spielte.⁹³ Er muss beispielsweise Tatsachen vortragen und gegebenenfalls beweisen, aus denen sich ergibt, dass es ausschließlich andere Gründe waren als die Behinderung, die zu der weniger günstigen Behandlung führten.⁹⁴ Ihn trifft insoweit die subjektive und objektive Beweislast.⁹⁵

Entgegen anders lautender Befürchtungen⁹⁶ ist die Tatsache, dass der Adressat einer benachteiligenden Maßnahme Merkmalsträger ist, für sich genommen kein ausreichendes Indiz für die Umkehrung der Beweislast.⁹⁷ Dafür genügt auch nicht der Umstand allein, dass eine Bewerberin, die alle in der Ausschreibung genannten Voraussetzungen erfüllt, nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen wird.⁹⁸ Als Vermutungstatsachen kommen dagegen private oder öffentliche Äußerungen des Arbeitgebers in Betracht.⁹⁹ Das ist etwa der Fall, wenn aus dem Aufsichtsrat einer städtischen Gesellschaft durchsickert, dass man den Vertrag mit dem 62 Jahre alten medizinischen Geschäftsführer nicht verlängern konnte, ohne die für städtische Mitarbeiter geltende Altersgrenze von 65 Jahren zu verletzen.¹⁰⁰ Klassiker sind die diskriminierende Stellenausschreibung¹⁰¹ und Fragen nach Diskriminierungsmerkmalen.¹⁰² Im Übrigen zwingt der unionsrechtliche Effektivitätsgrundsatz, auf alle vom nationalen (Verfahrens-) Recht vorgesehenen Beweiserleichterungen zurückzugreifen.¹⁰³ Darunter fallen auch aussagekräftige Statistiken,¹⁰⁴ deren Bedeutung in der nicht unproblematischen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht immer ausreichend gewürdigt wird.¹⁰⁵ Weil der Bewerber aber keinen Einblick in den Entscheidungsprozess hat, dürfte es ihm in vielen Fällen nicht gelingen, ausreichende Tatsachen für eine Diskriminierung vorzutragen. Die Richtlinien sehen insoweit auch keinen Auskunftsanspruch vor.¹⁰⁶ Verweigert der Beklagte allerdings jeden Zugang zur Information, hat das

93 Prütting, FS 50 Jahre BAG, 2004, 1318 f.

94 BAG RDV 2010, 281 Rn. 45 mwN.

95 Gaier/Wendtland, AGG, 2006, Rn. 180.

96 Lobinger, Vertragsfreiheit, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 99, 147.

97 BAG NZA 2010, 280 Rn. 28 f.

98 BAG NZA 2010, 1006 Rn. 20.

99 Siehe BAG NZA 2008, 1351 Rn. 25; zu ethnischen Diskriminierung vgl. EuGH, Urt. v. 10.7.2008, Rs. C-54/07 – *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV* = Slg. 2008, I-5187 Rn. 25.

100 BGHZ 193, 110 Rn. 28 ff.

101 BAG NZA 2004, 540, 543; BVerfG NJW 2007, 127, 137 f.

102 BAG NZA 2010, 383 Rn. 27; dazu näher Voigt in: Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, § 22 Rn. 30 ff.

103 Vgl. EuGH, Urt. v. 21.7.2011, Rs. C-104/10 – *Patrick Kelly v. National University of Ireland (University College, Dublin)* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 36.

104 EuGH, Urt. v. 19.4.2012, Rs. C-415/10 – *Galina Meister v. Speech Design Carrier Systems GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 43; Grobys, NZA 2006, 898, 902.

105 BAG NZA 2011, 93 Rn. 70 ff; dazu kritisch Wenckebach, KJ 2011, 370 ff.

106 EuGH, Urt. v. 21.7.2011, Rs. C-104/10 – *Patrick Kelly v. National University of Ireland (University College, Dublin)* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 34, 38; EuGH, Urt. v. 19.4.2012, Rs. C-415/10 – *Galina Meister v. Speech Design Carrier Systems GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 39 f.

nationale Gericht dieses Verhalten bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen.¹⁰⁷ Dafür eignen sich im deutschen Recht die Grundsätze der sekundären Behauptungslast:¹⁰⁸ Erteilt der Arbeitgeber die gewünschte Auskunft nicht, liegt darin ein relevantes Indiz für die Beweislastumkehr.¹⁰⁹

(2) Individuelle und kollektive Rechtsverfolgung

Für den Fall einer behaupteten Rechtsverletzung muss den Betroffenen der Rechtsweg zu den Gerichten eröffnet oder die Einschaltung der Verwaltungsbehörden ermöglicht werden.¹¹⁰ Bei Benachteiligung wegen des Geschlechts in Beschäftigung und Beruf ist immer der Rechtsweg vorzusehen.¹¹¹ Nach ständiger Rechtsprechung ist es mangels einschlägiger Regelungen im Unionsrecht Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten, die zuständigen Gerichte und die Ausgestaltung von Verfahren, die den Schutz der dem Bürger aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, zu bestimmen.¹¹² Die Mitgliedstaaten können auch Fristen für die Rechtsverfolgung vorsehen.¹¹³ Davon hat das AGG in § 15 Abs. 4 und in § 21 Abs. 5 Gebrauch gemacht.¹¹⁴ Das sind materiell-rechtliche Ausschlussfristen.¹¹⁵ Wird die Frist versäumt, ist der jeweilige Anspruch unbegründet.¹¹⁶ Solche Ausschlussfristen unterliegen wie alle formellen und substantiellen Verfahrensregelungen unionsrechtlichen Grenzen: Sie dürfen nicht weniger günstig ausgestaltet sein als bei entsprechenden Klagen des rein innerstaatlichen Rechts (Grundsatz der Äquivalenz) und die Ausübung der Rechte des Unionsrechts nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Grundsatz der Effektivität).¹¹⁷ Angemessene

107 EuGH, Urt. v. 21.7.2011, Rs. C-104/10 – *Patrick Kelly v. National University of Ireland (University College, Dublin)* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 39; EuGH, Urt. v. 19.4.2012, Rs. C-415/10 – *Galina Meister v. Speech Design Carrier Systems GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 44 ff. Vertiefend zum Problem Hanau, EuZA 2013, 105 ff.; Schmidt, ZESAR 2012, 217 ff.; Picker, EuZA 2012, 257 ff.

108 Dazu speziell im Kontext des Nichtdiskriminierungsrechts Scholten, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, 2004, 159 ff.

109 BAG NZA 2010, 1006 Rn. 31.

110 Art. 7 Abs. 1 RL 2000/43/EG, Art. 9 Abs. 1 RL 2000/78/EG, Art. 8 Abs. 1 RL 2004/113/EG.

111 Art. 17 Abs. 1 RL 2006/54/EG.

112 EuGH, Urt. v. 8.7.2010, Rs. C-246/09 – *Bulicke v. Deutsche Büro Service GmbH* = Slg. 2010, I-7003 Rn. 25 mwN.

113 Art. 7 Abs. 3 RL 2000/43/EG, Art. 9 Abs. 3 RL 2000/78/EG, Art. 8 Abs. 4 RL 2004/113/EG, Art. 17 Abs. 3 RL 2006/54/EG.

114 Zur Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht siehe EuGH, Urt. v. 8.7.2010, Rs. C-246/09 – *Bulicke v. Deutsche Büro Service GmbH* = Slg. 2010, I-7003 Rn. 34.

115 Allg. Ansicht, statt aller Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 21 AGG Rn. 65; Weidenkaff in: Palandt, § 15 AGG Rn. 8.

116 Vgl. Grothe in: MünchKomm-BGB, Vor § 194 Rn. 10.

117 EuGH, Urt. v. 8.7.2010, Rs. C-246/09 – *Bulicke v. Deutsche Büro Service GmbH* = Slg. 2010, I-7003 Rn. 25 mwN; vgl. dazu bereits EuGH, Urt. v. 22.4.1997, Rs. C-180/95 – *Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG* = Slg. 1997, I-2195 Rn. 29.

Ausschlussfristen sind damit grundsätzlich vereinbar, weil sie dem grundlegenden Prinzip der Rechtssicherheit dienen.¹¹⁸

Das Konzept der individuellen Rechtsverfolgung von Verstößen gegen das Nichtdiskriminierungsrecht hat Schwächen.¹¹⁹ Zur Effektivierung des Rechtsschutzes¹²⁰ sehen die Richtlinien die Beteiligung von Verbänden am Verfahren vor. Den Mitgliedstaaten wird überlassen, diese Beteiligung auszugestalten. Sie haben lediglich sicherzustellen, dass die Verbände entweder im Namen der beschwerten Person oder zu deren Unterstützung und jeweils mit deren Einwilligung zu beteiligen sind. Dafür sind im Wesentlichen vier Wege denkbar: bloße Rechtsberatung und Prozessbegleitung, Prozessvertretung, Prozessstandschaft und die eigentliche Verbandsklage.¹²¹ Das Unionsrecht verpflichtet die Mitgliedstaaten daher nicht zur Einführung einer eigenen Verbandsklage.¹²² Die zwingend vorgesehene Zustimmung des Verletzten setzt der Einführung einer genuinen Verbandsklage sogar unionsrechtliche Grenzen.¹²³ Das deutsche Recht hat sich mit § 23 AGG für eine sehr zurückhaltende Umsetzung des Grundsatzes der kollektiven Rechtsverfolgung entschieden.¹²⁴ Insbesondere hat der Gesetzgeber auf eine gesetzliche Prozessstandschaft der Antidiskriminierungsverbände verzichtet.¹²⁵ Fraglich ist, ob der Verband als gewillkürter Prozessstandschafter in Betracht kommt.¹²⁶ Ebenfalls ausgeschlossen ist ein eigenständiges Verbandsklage-recht deutscher Verbände.¹²⁷

118 EuGH, Urt. v. 8.7.2010, Rs. C-246/09 – *Bulicke v. Deutsche Büro Service GmbH* = Slg. 2010, I-7003 Rn. 35 mwN.

119 Dazu *Röttgen*, Zivilrechtlicher Schutz vor Diskriminierung, 2004, 213 ff; *Scholten*, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, 2004, 192 ff.

120 Vgl. Erwgr. (19) RL 2000/43/EG, Erwgr. (29) RL 2000/78/EG, Erwgr. (21) RL 2004/113/EG, Erwgr. (31) RL 2006/54/EG.

121 *Raasch*, ZESAR 2005, 209, 210; ausführlich dazu vom Standpunkt des deutschen Zivilverfahrensrechts *Scholten*, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, 2004, 198 ff.

122 *Schiek*, 8 ELJ 290, 299 (2002); vertiefend dazu *Scholten*, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, 2004, 194 ff; aA *Nickel*, NJW 2001, 2668, 2671.

123 Dazu näher *Scholten*, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, 2004, 225 ff.

124 Vgl. *Micklitz* in: Falke/Rust, AGG, § 23 Rn. 7.

125 Kritisch dazu *Kocher* in: *Schiek*, AGG, § 23 Rn. 18; näher zur Gestaltungsmöglichkeit *Scholten*, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, 2004, 231 ff.

126 Vertiefend dazu *Scholten*, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, 2004, 207 ff.

127 Kritisch dazu *Raasch*, ZESAR 2005, 209, 213 f. Zur Möglichkeit einer Verbandsklagebefugnis von ausländischen Antidiskriminierungsverbänden siehe *Lüttringhaus*, Grenzüberschreitender Diskriminierungsschutz, 2010, 375 ff.

2. Freiheit und Gleichheit im Konflikt – Abwägungsrelevanz auf Rechtsfolgenebene?

a) Beseitigungsanspruch und Kontrahierungszwang

Der Benachteiligte kann bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen (§ 21 Abs. 1 S. 1 AGG). § 21 Abs. 1 S. 1 AGG ist eine spezialgesetzliche Regelung des quasinegatorischen Beseitigungsanspruchs.¹²⁸ Die Beseitigung der Beeinträchtigung läuft zwangsläufig auf die Beseitigung der Benachteiligungshandlung hinaus. Der Beseitigungsanspruch ist daher nichts anderes als die Fortsetzung des primären¹²⁹ Gleichbehandlungsanspruchs aus § 19 AGG: Die Ungleichbehandlung soll insgesamt „aufgehoben“ werden.¹³⁰ Der Anspruch auf Beseitigung ist also die erneute Anordnung der dem anderen privaten Akteur bereits gesetzlich geschuldeten Gleichbehandlung.¹³¹ Voraussetzung dafür ist, dass die Beeinträchtigung noch gegenwärtig ist. Das lässt sich nur mit Blick auf den Inhalt des Beseitigungsanspruchs feststellen.¹³² Erst wenn die Ungleichbehandlung bzw. Belästigung als Störungsquelle beseitigt wird, stimmt die tatsächliche Lage mit dem rechtlich angeordneten Status wieder überein.¹³³ Dafür ist es erforderlich, dass der Schuldner jetzt mit seinem gegenteiligen Verhalten die dem Benachteiligten bereits ursprünglich zustehende Gleichbehandlung zukommen lässt. Er muss das noch andauernde benachteiligende Verhalten einstellen.¹³⁴ Die im Einzelnen geschuldete Handlung ergibt sich aus den Umständen des Einzelfalls.¹³⁵ Stehen dem Schuldner mehrere Maßnahmen zur Verfügung, wie er die Beeinträchtigung beseitigt, darf sich der Schuldner die seine Interessen am wenigsten beeinträchtigende, zur Beseitigung aber gleich geeignete Maßnahme aussuchen.¹³⁶ Das ist in der Sache eine Begrenzung der Rechtsfolgen durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Zu weit geht es, wenn man die Beseitigung als Verpflichtung definiert, „das Opfer einer Diskriminierung so

128 Näher *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 385 ff. Allgemein zum Begriff *Baldus* in: MünchKomm-BGB, § 1004 Rn. 13. Zur systematischen Ähnlichkeit mit anderen Beseitigungsansprüchen siehe *Kossak*, Rechtsfolgen, 2009, 109 ff.

129 Irreführend BT-Drs. 16/1780, S. 46, wonach die in § 21 AGG vorgesehenen Ansprüche die „Primäransprüche“ seien.

130 *Wiedemann*, NZA 2007, 950, 953; *von Roetteken*, AGG, § 15 AGG Rn. 16.

131 Unklar *Schmidt-Räntsch*, NZM 2007, 6, 14, der die funktionale Bedeutung in der Parallele zu vertraglichen Erfüllungsansprüchen sieht.

132 Zutreffend *Baldus* in: MünchKomm-BGB, § 1004 Rn. 32; den Zusammenhang betonend auch *Larenz/Canaris*, Schuldrecht (Bd. II/2) 1994, 697.

133 Vgl. zu diesem Ansatz bei der Abgrenzung von Beseitigung und Schadensersatz in § 1004 BGB *Pickler*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972, passim; weitere Nachweise bei *Gursky in: Staudinger*, § 1004 Rn. 4.

134 Vgl. *Schmidt-Räntsch*, NZM 2007, 6, 14.

135 Dazu näher *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 21 AGG Rn. 16; *Kossak*, Rechtsfolgen, 2009, 116 ff.

136 Siehe *Fritzsche* in: Bamberger/Roth, BGB, § 1004 Rn. 66 f mwN.

zu stellen, wie es bei diskriminierungsfreiem Verhalten gestanden hätte.“¹³⁷ Damit ebnet man die in § 15 und § 21 Abs. 2 AGG angelegte Unterscheidung zum Schadensersatz ein. Nach den zu § 1004 BGB entwickelten Grundsätzen unterscheidet selbst die großzügigste Auffassung zwischen der Beseitigung der Störungsquelle und dem Ersatz der aus der Störung folgenden weiteren Schäden.¹³⁸ Das wirft im AGG keine relevanten Abgrenzungsprobleme auf:¹³⁹ Solange der Benachteiligende mit einem *contrarius actus* die fortbestehende Benachteiligung beseitigen kann, sind die Voraussetzungen des Beseitigungsanspruchs gegeben. Weil die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung bereits Tatbestandsvoraussetzung des Diskriminierungsverbots ist, spielen allgemeine Rechtfertigungsgründe für den Beseitigungsanspruch keine Rolle mehr.¹⁴⁰ Der Anspruch ist daher auch verschuldensunabhängig.¹⁴¹ Aktivlegitimiert ist der Benachteiligte (§ 21 Abs. 1 S. 1 AGG, § 7 Abs. 1 AGG).¹⁴² Passivlegitimiert ist derjenige, der entweder selbst gegen das Benachteiligungsverbot verstößt oder dem der Verstoß Dritter zugerechnet werden kann. Die Zurechnung erfolgt nach dem hier vertretenen Verständnis bereits im objektiven Tatbestand des Benachteiligungsverbots. Sie ist Voraussetzung für die Ermittlung des persönlichen Anwendungsbereichs.¹⁴³ Daher erübrigt sich eine erneute Zurechnung fremden Verhaltens bei der Ermittlung des Anspruchsschuldners.¹⁴⁴

Zu den umstrittensten Problemen des AGG zählt die Frage, ob der Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot den Normadressaten zum Abschluss des vom Benachteiligten angestrebten Vertrages zwingt.¹⁴⁵ Das AGG spricht und schweigt zugleich: Im Anwendungsbereich des beschäftigungsrechtlichen Benachteiligungsverbots schließt § 15 Abs. 6 AGG den Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungs- oder Berufsausbildungsverhältnisses – unionsrechtskonform¹⁴⁶ – aus.¹⁴⁷ Das wird traditionell mit dem Vorrang der Abschlussfreiheit des Arbeitge-

137 Schmidt-Räntsch, NZM 2007, 6, 14.

138 Siehe Wenzel, NJW 2005, 241, 243.

139 Insoweit zutreffend Kossak, Rechtsfolgen, 2009, 129 ff.

140 Schiek in: Schiek, AGG, § 21 Rn. 7; Deibert in: Däubler, AGG, § 21 Rn. 21b; aA Gaier/Wendtland, AGG, 2006, Rn. 188; Bittner in: Falke/Rust, AGG, § 21 Rn. 5; Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 21 AGG Rn. 10; Wendeling-Schröder in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 21 Rn. 7; Wendtland in: Bamberger/Roth, BGB, § 21 AGG Rn. 4.

141 Statt aller Gaier/Wendtland, AGG, 2006, Rn. 189; Kossak, Rechtsfolgen, 2009, 121 f und Bassenge in: Palandt, § 1004 Rn. 13; anders nur Mohr in: Adomeit/Mohr, AGG, § 21 Rn. 5, weil er das Verschulden in den Tatbestand des Benachteiligungsverbots hineinliest (siehe § 3 Rn. 50 ff).

142 Dazu oben § 6 IV 2.

143 Siehe dazu oben § 6 IV 2.

144 Das verkennet Kossak, Rechtsfolgen, 2009, 125 f, die sowohl dort als auch beim personalen Anwendungsbereich zurechnen will; zutreffend dagegen Kremer in: Hey, AGG, § 21 Rn. 21.

145 Statt vieler Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 8 c) mwN.

146 Dazu oben § 6 VII 1 b).

147 Vgl. EuGH, Urt. v. 22.4.1997, Rs. C-180/95 – *Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG* = Slg. 1997, I-2195 Rn. 31 ff.

bers gegenüber dem Gleichbehandlungsanspruch des Bewerbers begründet.¹⁴⁸ Mich überzeugt das nicht. Der Ansatz greift zu kurz, weil er den zu lösenden Konflikt ausschließlich im Verhältnis Arbeitgeber – benachteiligter Bewerber verankert. Selbst wenn man einen Abschlussanspruch im Grundsatz befürworten würde, müsste man sich fragen, ob dem Arbeitgeber die Beseitigung oder Naturalrestitution der erfolgten Ungleichbehandlung aufgrund der mittlerweile besetzten Stelle überhaupt noch möglich oder zumutbar ist.¹⁴⁹ Damit kommt der angekommene Bewerber in das Blickfeld. § 15 Abs. 6 AGG berücksichtigt sein Interesse, den Arbeitsplatz behalten zu können. Er hätte ihn bei diskriminierungsfreier Auswahl zwar nicht erhalten. Jetzt aber hat er ihn. Sein Arbeitsvertrag ist nicht nach § 7 Abs. 2 AGG unwirksam. Der Arbeitgeber könnte allerdings das Arbeitsverhältnis kündigen, um seiner Pflicht zur diskriminierungsfreien Besetzung nachzukommen. Indem das Gesetz den Abschlussanspruch kategorisch ausschließt, schützt es die vom Dritten zwischenzeitlich eingenommene Rechtsposition und sein Vertrauen auf deren Fortbestand.

Der Wortlaut des § 21 AGG schweigt zu der von § 15 Abs. 6 AGG geregelten Frage. Für die Beantwortung konkurrieren im Wesentlichen drei Positionen: (1.) Aus § 21 AGG folge ein Kontrahierungszwang,¹⁵⁰ was man entweder aus dem Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch¹⁵¹ ableitet oder als Variante schadensersatzrechtlich geschuldete Naturalrestitution¹⁵² konstruiert. Weitere Voraussetzungen sind, dass der Vertrag bei diskriminierungsfreiem Verhalten tatsächlich zustande gekommen wäre, das Vertragsziel hinreichend bestimmt und dem Benachteiligten der Vertragsabschluss rechtlich und tatsächlich möglich oder nicht unzumutbar ist.¹⁵³ (2.) Ein Kontrahierungszwang ergebe sich aus dem AGG nur ausnahmsweise, wenn der Verletzte die Leistung nicht anderweitig erwerben

148 Dazu oben § 5 I 4 a) (1); aus der Literatur zum AGG statt vieler *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 15 AGG Rn. 43.

149 Siehe dazu *Gaier/Wendtland*, AGG, 2006, Rn. 216 bei der entsprechenden Diskussion des zivilrechtlichen Kontrahierungszwangs.

150 *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577, 2582; *Schwab*, DNotZ 2006, 649, 667; *Franck*, Materialisierung, in: Riesenhuber/Nishitani, Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie?, 2007, 71, 89 f; *Wendeling-Schröder* in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 21 Rn. 12 ff; *Wendtland* in: Bamberger/Roth, BGB, § 21 AGG Rn. 13 ff; auf beide Begründungsansätze gleichzeitig stützen sich *Bittner* in: Falke/Rust, AGG, § 21 Rn. 14 ff; *Deinert* in: Däubler, AGG, § 21 Rn. 24, 75 ff.

151 *Gaier/Wendtland*, AGG, 2006, Rn. 207 ff; *Wagner/Potsch*, JZ 2006, 1085, 1098; *Schiek* in: Schiek, AGG, § 21 Rn. 8 f; *Schmidt-Räntsch*, NZM 2007, 6, 14; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 21 AGG Rn. 17 ff; *Thüsing/von Hoff*, NJW 2007, 21 ff; *Bauer/Göpfer/Krieger*, AGG, 2011, § 21 Rn. 6; *Hauberl*, GPR 2009, 202, 205; *Wendt/Schäfer*, JuS 2009, 209 ff; *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 8 c); sehr ausführlich die Begründung bei *Kossak*, Rechtsfolgen, 2009, 141 ff.

152 *Bruns*, JZ 2007, 385, 389; *Rolfs*, NJW 2007, 1489, 1493 f.

153 Dazu eingehend *Gaier/Wendtland*, AGG, 2006, Rn. 213 ff; *Thüsing/von Hoff*, NJW 2007, 21, 23 f; *Kossak*, Rechtsfolgen, 2009, 161 ff.

kann.¹⁵⁴ (3.) Aus Entstehungsgeschichte und verfassungsorientierter Auslegung folge, dass § 21 AGG keinen Anspruch auf Vertragsabschluss enthalte. Die in der Benachteiligung liegende persönliche Herabwürdigung des Verletzten werde über den Schadensersatzanspruch effektiver sanktioniert.¹⁵⁵

Die Argumente für und wider einen Kontrahierungszwang sind erschöpfend ausgetauscht worden: § 21 Abs. 2 S. 1 AGG scheidet als Anspruchsgrundlage aus.¹⁵⁶ Die Konstruktion über die Naturalrestitution hat sich bei § 20 iVm § 33 GWB als untauglich herausgestellt und ich sehe keine Gründe, warum § 21 AGG gegen die dort vorgebrachte Kritik immun sein könnte.¹⁵⁷ Daher lässt sich der gewünschte Vertrag, je nach Gegenwärtigkeit der Beeinträchtigung, nur auf den Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch stützen.¹⁵⁸ Mit dem Vertragsschluss erfolgt der *contrarius actus* zu der die Störung auslösenden Vertragsverweigerung.¹⁵⁹ § 21 Abs. 1 S. 1 AGG verpflichtet den Benachteiligten zur realen Beseitigung der Beeinträchtigung. Die Beeinträchtigung ist identisch mit der erfolgten Benachteiligung.¹⁶⁰ Der Benachteiligte hat den in § 19 Abs. 1 und 2 AGG vorgesehenen Primäranspruch auf benachteiligungsfreie Entscheidung verletzt, indem er die aufgrund eines verpönten Merkmals erfolgte Ungleichbehandlung sachlich nicht rechtfertigen konnte. In dieser gleichheitswidrigen Belastung mit dem Nachteil liegt die vom Rechtsverstoß herbeigeführte Beeinträchtigung. Diese Beeinträchtigung (= Belastung) kann die ungleich behandelte Person zurückweisen und auf Gleichbehandlung bestehen. Diesen Anspruch sichert § 21 Abs. 1 S. 1 AGG.¹⁶¹ Die Beeinträchtigung ist erst dann beseitigt, wenn die gleichheitswidrige Belastung zurückgenommen wird.

Dagegen kann man nicht mit § 15 Abs. 6 AGG argumentieren. Die Regelung trägt einerseits ein *argumentum e contrario*,¹⁶² andererseits kann man darin auch eine Fortschreibung der alten Rechtslage im Arbeitsrecht sehen, aus der keine

154 Grundlegend Neuner, JZ 2003, 57, 62 f, 64; Coester, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 115, 129; Grüneberg in: Palandt, § 21 AGG Rn. 7; Bader, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 108; ähnlich auch Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 7 b) aa) (3), weil er darin ein Element der Rechtfertigungsprüfung sieht.

155 Armbrüster, KritV 2005, 41, 45 ff; Bachmann, ZBB 2006, 257, 265 f; Busche, Effektive Rechtsdurchsetzung, in: Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 159, 171 ff; Armbrüster, NJW 2007, 1594 ff; Koch, VersR 2007, 288, 294; Mohr in: Adomeit/Mohr, AGG, § 21 Rn. 10 f; Schürnbrand, BKR 2007, 305, 310 f; Armbrüster in: Erman, § 21 AGG Rn. 15 ff; Monen, Verbot der Diskriminierung, 2008, 197 ff; Kremer in: Hey, AGG, § 21 Rn. 235 ff; Mansel in: Jauernig, BGB, § 2 AGG Rn. 12; Bader, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 396 ff.

156 Siehe Schiek in: Schiek, AGG, § 21 Rn. 10.

157 Einzelheiten oben § 5 IV 3 c) (5).

158 Zur Differenzierung Kossak, Rechtsfolgen, 2009, 159.

159 Busche, Privatautonomie, 1999, 230 ff.

160 Siehe oben zum Wettbewerbsrecht § 5 IV 1 b) (3)(aa).

161 Anders Armbrüster in: Erman, § 21 AGG Rn. 3, der § 21 Abs. 1 S. 1 AGG mit dem Primäranspruch gleichsetzt.

162 Wendt/Schäfer, JuS 2009, 206, 207 f.

Schlüsse für den zivilrechtlichen Anwendungsbereich gezogen werden dürfen¹⁶³. Wenn man schon das methodische Kunststück vollbringt und aus der Entstehungsgeschichte eines nicht verabschiedeten Entwurfs (§ 22 ADG-E¹⁶⁴) Schlüsse ziehen möchte, lässt sie sich sowohl für Argumente pro *und* contra instrumentalisieren.¹⁶⁵ Wer das Gegenteil „mit Äußerungen aus dem politischen Umfeld“ belegen möchte,¹⁶⁶ begibt sich methodisch auf zu dünnes Eis.¹⁶⁷

Gewichtiger ist dagegen der Einwand, der Kontrahierungszwang werde nicht mehr vom Zweck der Sanktionsnorm getragen: Weil niemand einen Anspruch auf Vertragsabschluss habe, ginge ein Kontrahierungszwang an der Tatsache vorbei, dass der rechtswidrige Zustand nicht in der Vertragslosigkeit als solcher, sondern in der dafür maßgeblichen Begründung liege.¹⁶⁸ Diese These trifft aber nicht zu. Sie beruht auf der hier schon angesprochenen Fehlvorstellung des Beseitigungsanspruchs. Der rechtswidrige Zustand ist die *Benachteiligung* wegen des verpönten Merkmals. Zu beseitigen ist also dieser *Nachteil*, der in den hier diskutierten Fällen gerade darin liegt, dass ein mit (hypothetischen) Vergleichspersonen abgeschlossener Vertrag dem Benachteiligten ungerechtfertigt verweigert wird. Darin liegt das mit dem Beseitigungsanspruch zu verwirklichende Recht.¹⁶⁹ Dann ist es auch unerheblich, ob der Benachteiligte ausweichen kann oder nicht. Die Ausweichmöglichkeit ändert nichts daran, dass eine eingetretene Ungleichbehandlung nicht beseitigt wird. Der Schutz vor Benachteiligung wäre wenig wert, wenn man es dem Benachteiligten zumuten würde, der Ungleichbehandlung zu weichen.¹⁷⁰

Schließlich werden praktische Einwände gegen solchermaßen erzwungene Vertragsverhältnisse erhoben.¹⁷¹ Ganz deutlich formulierte sie *Jan Busche*:

*„Bei Lichte betrachtet ist der Diskriminierte nämlich gar nicht daran interessiert, dass ihm der Zivilrechtsgesetzgeber eine erneute Gelegenheit zum Vertragsabschluss gerade mit dem Diskriminierer verschafft, zumal derartige gesetzlich verordnete Verträge angesichts des spannungsgeladenen Verhältnisses zwischen den Beteiligten mutmaßlich eine Reihe von Abwicklungsschwierigkeiten nach sich ziehen. Dem Diskriminierten geht es vielmehr darum, dass der mit der diskriminierenden Handlung verbundene Angriff auf seine persönliche Integrität „ausgeglichen“ wird.“*¹⁷²

163 Siehe *Kremer* in: Hey, AGG, § 21 Rn. 241.

164 BT-Drs. 15/4538, S. 9.

165 Siehe BT-Drs. 15/4538, S. 43; *Armbrüster* in: Erman, § 21 AGG Rn. 16; *Deinert* in: Däubler, AGG, § 21 Rn. 78.

166 So *Bachmann*, ZBB 2006, 257, 266.

167 Konkret zum AGG *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 21 AGG Rn. 22; ganz grundlegend *Dworkin*, A Matter of Principle, 1986, 319 ff.

168 *Armbrüster*, NJW 2007, 1494, 1497.

169 Verkannt von *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 397.

170 So bereits *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395, 430.

171 *Armbrüster*, NJW 2007, 1494, 1497 f.

172 *Busche*, Effektive Rechtsdurchsetzung, in: Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 159, 174 f.

Ich weiß nicht, woran „der Diskriminierte“ interessiert ist. Es gibt auch nur eine einzige Person, die entscheiden kann, ob sie an Beseitigung durch Vertragsabschluss oder an Entschädigung interessiert ist: der jeweils konkret Benachteiligte. Wer das Gegenteil behauptet, tappt – wenn auch unbewusst – in die paternalistische Falle.¹⁷³ Die hier gegebene Deutung des Nichtdiskriminierungsprinzips¹⁷⁴ reagiert empfindlich auf paternalistische Argumentationsstrategien im Nichtdiskriminierungsrecht. Sie perpetuieren die mit der Benachteiligung verbundene Statuszuweisung in sozialen Hierarchien. Das hat Tradition. Ich erinnere nur an *Plessy v. Ferguson* und die Behauptung des *Supreme Court*, dass sich die Rassen als Gleiche nur begegnen, wenn dies das Ergebnis eines „voluntary consent of individuals“¹⁷⁵ sei.¹⁷⁶ Da passt es ins Bild, wenn nicht nur der Benachteiligende, sondern auch der Benachteiligte kein Interesse an vertraglichen Beziehungen hat. Überlässt man die Entscheidung dagegen dem Akteur, dem sie zusteht, zeigt sich, worum es letztlich geht: Auf dem Spiel steht die Freiheitsausübung des Diskriminierenden. Diese soll erneut abgewogen werden mit dem Gleichbehandlungsanspruch oder auch der positiven Abschlussfreiheit des Benachteiligten.¹⁷⁷ Voller Abwägungseuphorie übersieht man, dass es für den Rechtsanwender nichts mehr abzuwägen gibt. Der Gesetzgeber hat die dafür maßgeblichen Entscheidungen bereits getroffen. Das Gesetz berücksichtigt die negative Vertragsfreiheit an mehreren Stellen, insbesondere bei der Festlegung des sachlichen Anwendungsbereichs und dem Katalog der Rechtfertigungsgründe. Verstößt ein Verhalten danach immer noch gegen das Benachteiligungsverbot, setzt sich der Gleichbehandlungsanspruch durch. Das ist das Ergebnis der vom Gesetz vorgenommenen Abwägung. Wer das bestreitet,¹⁷⁸ führt die Diskussion zurück auf den Stand von 1966: Dem Diskriminierenden bleibt die nackte Abschlussfreiheit, der Diskriminierte hat sich mit einer Entschädigung wegen der Verletzung seines Persönlichkeitsrechts zu bescheiden.¹⁷⁹

b) Entschädigungsanspruch

Für die Verletzung beider Benachteiligungsverbote sieht das AGG einen ausdrücklichen Anspruch auf Entschädigung immaterieller Nachteile vor (§§ 15 Abs. 2, 21 Abs. 2 S. 3 AGG). Nach herkömmlichem Verständnis liegt der maß-

173 Zutreffend die Kritik von *Deinert* in: Däubler, AGG, § 21 Rn. 79; *Haberl*, GPR 2009, 202, 206.

174 Dazu oben § 6 I.

175 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 551 (1896).

176 Zum Kontext siehe oben § 3 III 4 c).

177 Vgl. einerseits *Armbrüster*, NJW 2007, 1494, 1495 f und andererseits *Thüsing/von Hoff*, NJW 2007, 21, 25 und *Deinert* in: Däubler, AGG, § 21 Rn. 81 und jetzt auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 8 c).

178 Exemplarisch *Armbrüster* in: Erman, § 21 AGG Rn. 2.

179 Siehe oben § 4 I 5.

gebliche Entschädigungszweck beider spezialgesetzlicher Geldentschädigungsansprüche in der Persönlichkeitsrechtsverletzung, die mit einer Benachteiligung einhergeht.¹⁸⁰ Folglich wird darin eine *lex specialis* zu § 253 Abs. 2 BGB iVm dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gesehen.¹⁸¹ Das trifft schon deshalb nicht zu, weil deliktsrechtliche Ansprüche wegen einer Persönlichkeitsrechtsverletzung weiterhin geltend gemacht werden können (§§ 15 Abs. 5, 21 Abs. 3 AGG).¹⁸² In der These kommt erneut die Reduktion des Nichtdiskriminierungsrechts auf eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zum Ausdruck.¹⁸³ Das Bundesarbeitsgericht hat die gemeinschaftsrechtlich ungenügende Sanktionsregelung des § 611a BGB aF bereits in den 1980er Jahren über zusätzlich gewährte Ansprüche aus einer Persönlichkeitsrechtsverletzung kompensiert.¹⁸⁴ Daraus leiten manche dann ab, dass eine Entschädigung nur bei schwerwiegenden und anderweitig nicht auszugleichenden Persönlichkeitsrechtsverletzungen anzunehmen sei.¹⁸⁵ Andere wollen die Entschädigungshöhe aufgrund der Intensität der *Persönlichkeitsrechtsverletzung* bestimmen.¹⁸⁶ Diese Verletzung wird aber in §§ 15 Abs. 2, 21 Abs. 2 S. 3 AGG nicht sanktioniert. Haftungsauslöser ist die *Benachteiligung*. Die Gleichsetzung von Benachteiligung mit einer Persönlichkeitsrechtsverletzung beruht auf einem freiheitsrechtlichen Verständnis, das den genuin gleichbehandlungsrechtlichen Zweck des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes verkennt.¹⁸⁷ Dieser schützt den Einzelnen vor einer sozialen Hierarchisierung aufgrund bestimmter persönlicher Merkmale. Er stellt sicher, dass der Einzelne einen Anspruch darauf hat, als Gleicher behandelt zu werden. §§ 15 Abs. 2, 21 Abs. 2 S. 3 AGG sanktionieren die Verletzung dieses Gleichbehandlungsrechts. Daher liegt ein immaterieller Schaden immer vor, wenn ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot feststeht.¹⁸⁸ Ob darin auch eine Herabwürdigung der geschützten Person oder eine schwerwiegende Verletzung ihres Persönlichkeitsrechts liegt, ist für die Sanktionierung aus dem AGG unerheblich.¹⁸⁹ Daher sind die Grundsätze, die für den Anspruch auf Schmerzensgeld bei Verletzung des allgemeinen Persönlich-

180 Zu § 15 Abs. 2 AGG bzw. § 611a BGB aF vgl. BAG AP Nr. 5 zu § 611a BGB = NZA 1990, 21, 21 f.; aus der Literatur vgl. nur *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 15 AGG Rn. 8 f.; *Deinert* in: Däubler, AGG, § 15 Rn. 46 ff.; *Stein* in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 15 Rn. 31; *Jacobs*, RdA 2009, 193, 194 f.; zu § 21 Abs. 2 S. 3 AGG siehe BT-Drs. 16/1780, S. 46; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 21 AGG Rn. 60.

181 BT-Drs. 16/1780, S. 38; *Mansel* in: Jauernig, BGB, § 15 AGG Rn. 4; *Walker*, NZA 2009, 5, 7.

182 Zutreffend *Jacobs*, RdA 2009, 193, 195.

183 Siehe bereits oben § 4 I 5; grundlegend zu dieser These im AGG jetzt *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 125 ff, 188 ff.

184 Siehe BAG AP Nr. 5 zu § 611a BGB = NZA 1990, 21, 21 f.; dazu oben § 4 II 3 b).

185 *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 15 AGG Rn. 8 f.

186 Zu § 21 Abs. 2 AGG: BT-Drs. 16/1780, S. 46; *Deinert* in: Däubler, AGG, § 21 Rn. 59.

187 IE auch *Kocher* in: Schiek, AGG, § 15 Rn. 33.

188 BAG NZA 2009, 945 Rn. 74; einschränkend interpretiert dagegen *Deinert*, Anmerkung zu BAG, Urt. v. 22.1.2009, 8 AZR 906/07 (unter I) diese Aussage; zutreffend dagegen *von Roetteken*, AGG, § 15 AGG Rn. 55a.

189 BAG NZA 2009, 945 Rn. 71; BAG NZA 2010, 1129 Rn. 37.

keitsrechts gelten, nicht übertragbar.¹⁹⁰ Weitere Darlegungen zum Schadenseintritt sind deshalb nicht erforderlich.¹⁹¹ Man sollte um der dogmatischen Klarheit und der Abgrenzung zu § 823 Abs. 1 BGB iVm Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG willen die Benachteiligung nicht mit der Persönlichkeitsverletzung gleichsetzen.¹⁹² Dieses Verständnis hat sich bei § 15 Abs. 2 AGG mittlerweile durchgesetzt.¹⁹³ Dafür war die Begründung des Gesetzentwurfs besonders hilfreich, weil sie diese Interpretation des Wortlauts unterstützt.¹⁹⁴ Bei § 21 Abs. 2 S. 3 AGG stellt die Begründung dagegen den Zusammenhang mit der Persönlichkeitsrechtsverletzung ausdrücklich her.¹⁹⁵ Im Wortlaut hat das keinen Niederschlag gefunden. § 21 Abs. 2 S. 3 AGG sanktioniert wie § 15 Abs. 2 AGG die *Benachteiligung*. Das Unionsrecht verlangt zwingend, dass jede sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung effektiv sanktioniert wird. Im Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots ist dieser Anspruch für das Merkmal Geschlecht ausdrücklich als Schadensersatz bzw. Entschädigungsanspruch vorgeschrieben,¹⁹⁶ für die Merkmale Rasse und ethnische Herkunft folgt das aus den allgemeinen Sanktionsanforderungen in der Richtlinie 2000/43/EG und für übrigen Merkmale aus der Entscheidung des deutschen Gesetzgebers zur einheitlichen Auslegung des autonomen nationalen Rechts¹⁹⁷. Eine als Persönlichkeitsrechtsverletzung konzipierte Entschädigungsregelung verfehlt den effektiven Schutz des Benachteiligten.¹⁹⁸

Der Entschädigungsanspruch setzt einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot voraus.¹⁹⁹ Nach zutreffender Auffassung ist § 15 Abs. 2 AGG ein verschuldensunabhängiger Anspruch.²⁰⁰ Dafür sprechen sein Wortlaut und seine systematische Stellung, jedenfalls aber die gebotene unionsrechtskonforme Ausle-

190 BAG NZA 2009, 945 Rn. 72 f; BAG NZA 2010, 1129 Rn. 37.

191 BAG NZA 2009, 945 Rn. 76.

192 So aber *Schlachter*, Anmerkung zu BAG, Urt. v. 22.1.2009, 8 AZR 906/07 (unter 5. b); *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 402.

193 Vgl. statt vieler *Jacobs*, RdA 2009, 193, 195 mwN.

194 Siehe BT-Drs. 16/1780, S. 38: „Es wird klargestellt, dass die Entschädigung ausschließlich für immaterielle Schäden gewährt wird, die regelmäßig bei einer ungerechtfertigten Benachteiligung aus den in § 1 genannten Gründen vorliegen.“ Darauf bezieht sich folglich auch BAG NZA 2009, 945 Rn. 75; BAG NZA 2010, 1129 Rn. 37.

195 BT-Drs. 16/1780, S. 46: „Auch für den spezialgesetzlichen Geldentschädigungsanspruch nach § 21 Abs. 2 Satz 1 und 3 wegen der in der Benachteiligung liegenden Persönlichkeitsrechtsverletzung liegt hierin der maßgebliche Entschädigungszweck.“

196 Art. 8 Abs. 2 RL 2004/113/EG.

197 Dazu BGHZ 193, 110 Rn. 42.

198 Siehe auch *Lüttringhaus*, Grenzüberschreitender Diskriminierungsschutz, 2010, 64 ff.

199 BAG NZA 2009, 945 Rn. 28 mwN; BAG RDV 2010, 281 Rn. 25.

200 Grundlegend BAG NZA 2009, 945 Rn. 61 ff (mit Nachweisen zum Diskussionsstand); BGH NZA 2012, 797 Rn. 70; *Schlachter*, Anmerkung zu BAG, Urt. v. 22.1.2009, 8 AZR 906/07 (unter 5. a); *Bauer/Evers*, NZA 2006, 893, 896; *Jacobs*, RdA 2009, 193, 196; *Walker*, NZA 2009, 5, 6; *Rupp* in: *Henssler/Willemsen/Kalb*, ArbR, § 15 AGG Rn. 7; *Fuchs* in: *Bamberger/Roth*, BGB, § 15 AGG Rn. 5; *von Roetteken*, AGG, § 15 AGG Rn. 49a ff; aA *Mohr* in: *Adomeit/Mohr*, AGG, § 15 Rn. 50; *Thüsing* in: *MünchKomm-BGB*, § 15 AGG Rn. 5; *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 327 ff.

gung.²⁰¹ Besondere Probleme wirft die gutgläubige Anwendung von (diskriminierenden) Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen auf.²⁰² § 15 Abs. 3 AGG privilegiert den Arbeitgeber bei einfacher Fahrlässigkeit. Das wird mit der „höheren Richtigkeitsgewähr“ dieser Instrumente begründet.²⁰³ Das ist fragwürdig.²⁰⁴ Nach zutreffender Meinung verstößt § 15 Abs. 3 AGG, jedenfalls soweit er auf § 15 Abs. 2 AGG angewendet wird, gegen die unionsrechtlich erforderliche verschuldensunabhängige Sanktionierung.²⁰⁵ Obwohl die Diskriminierung mittelbar auf eine kollektivvertragliche Regelung zurückgeht, liegt die unmittelbare Benachteiligung in ihrer Anwendung durch den Arbeitgeber. Deshalb ist sie ihm auch haftungsrechtlich zuzurechnen.²⁰⁶ Nach den Grundsätzen der *Mangold*- und *Kückdeveci*-Entscheidung²⁰⁷ ist § 15 Abs. 3 AGG daher von nationalen Gerichten nicht anzuwenden.²⁰⁸ Während die Frage der Verschuldensunabhängigkeit des Entschädigungsanspruchs beim beschäftigungsrechtlichen Benachteiligungsverbot im Wesentlichen geklärt ist, steht beim zivilrechtlichen Diskriminierungsverbot eine höchstrichterliche Entscheidung noch aus. Gestritten wird darüber, ob § 21 Abs. 2 S. 2 AGG auch für § 21 Abs. 2 S. 3 AGG gilt. Wortlaut und systematische Stellung des § 21 Abs. 2 S. 3 AGG sprechen dagegen.²⁰⁹ Für die Merkmale Rasse, ethnische Herkunft und Geschlecht ist nur diese Interpretation richtlinienkonform.²¹⁰ Nach dem hier vertretenen Ansatz zur richtlinienkonformen

201 Einzelheiten bei BAG NZA 2009, 945 Rn. 61 ff; siehe auch oben § 6 VII 1 b).

202 Vgl. BT-Drs. 16/1780, S. 38.

203 BT-Drs. 16/1780, S. 38.

204 Dazu näher *Wiedemann*, NZA 2007, 950, 954; *Stein* in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 15 Rn. 58; *Jacobs*, RdA 2009, 193, 197; *Walker*, NZA 2009, 5, 6 f; aA *Bauer/Evers*, NZA 2006, 893, 897; *Bücker* in: Falke/Rust, AGG, § 15 Rn. 46.

205 Sehr umstritten, so wie hier *Kocher* in: Schiek, AGG, § 15 Rn. 51; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 15 AGG Rn. 41; *Deinert* in: Däubler, AGG, § 15 Rn. 92; *Schlachter* in: Erfurter Kommentar, § 15 AGG Rn. 14; *von Roetteken*, AGG, § 15 AGG Rn. 68 f; anders aber *Annuß*, BB 2006, 1629, 1635; *Bauer/Evers*, NZA 2006, 893, 897; *Jacobs*, RdA 2009, 193, 197 f; *Krebber*, EuZA 2009, 201, 214 f; *Mansel* in: Jauernig, BGB, § 15 AGG Rn. 5; *Roloff* in: BeckOK-ArbR, § 15 AGG Rn. 10; *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 340 ff; offengelassen von BAG NZA 2009, 945, Rn. 68.

206 EuGH, Urt. v. 8.11.1990, Rs. C-177/88 – *Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen Plus* = Slg. 1990, I-3941 Rn. 24; anders aber *Krebber*, EuZA 2009, 201; ähnlich zuvor *Wiedemann*, NZA 2007, 950, 954.

207 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 75 ff; EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Kückdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 53.

208 *Deinert* in: Däubler, AGG, § 15 Rn. 93; *Stein* in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 15 Rn. 60; anders *Roloff* in: BeckOK-ArbR, § 15 AGG Rn. 10 und *Jacobs*, RdA 2009, 193, 198.

209 *Busche*, Effektive Rechtsdurchsetzung, in: Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 159, 176 f; *Wagner/Potsch*, JZ 2006, 1085, 1098; *Rolfs*, NJW 2007, 1489, 1494; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 21 Rn. 60; *Bauer/Göpfer/Krieger*, AGG, 2011, § 21 Rn. 12; *Deinert* in: Däubler, AGG, § 21 Rn. 57; *Mönen*, Verbot der Diskriminierung, 2008, 196; *Mansel* in: Jauernig, BGB, § 21 Rn. 9; *Kossak*, Rechtsfolgen, 2009, 172 ff; anders *Gaier/Wendtland*, AGG, 2006, Rn. 232; *Bittner* in: Falke/Rust, AGG, § 21 Rn. 21; *Wendeling-Schröder* in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 21 Rn. 22; *Wendtland* in: Bamberger/Roth, BGB, § 21 AGG Rn. 25; *Grüneberg* in: Palandt, § 21 AGG Rn. 6.

210 Siehe oben § 6 VII 1 b).

Auslegung im überschießenden Bereich ist dieses Ergebnis auf alle von § 19 Abs. 1 AGG erfassten Merkmale zu übertragen.²¹¹

Geschuldet wird eine „angemessene Entschädigung“ (§§ 15 Abs. 2 S. 1 AGG, 21 Abs. 2 S. 3 AGG). Das räumt dem Gericht einen Beurteilungsspielraum ein, über die Höhe der Entschädigung zu bestimmen, damit es die Besonderheiten jedes einzelnen Falls berücksichtigen kann.²¹² Liegt die Benachteiligung in der Nichteinstellung, enthält § 15 Abs. 2 S. 2 AGG eine Spezialregelung. Nach zahlreichen Stimmen ist das Monatseinkommen keine geeignete Bezugsgröße zur Ermittlung der „angemessenen“ Entschädigung.²¹³ Diese Zweifel sind bei einer persönlichkeitsrechtlichen Konzeption des Entschädigungsanspruchs verständlich. Versteht man § 15 Abs. 2 AGG dagegen als Sanktion eines Gleichbehandlungsverstoßes, kommt man zur gegenteiligen Einschätzung. Mit der Bewerbung war eine im Bewerbungsverfahren liegende, unterschiedlich hoch einzuschätzende, aber bei objektiv geeigneten Kandidaten nicht ausgeschlossene Möglichkeit verbunden, eingestellt zu werden.²¹⁴ Daraus folgte wiederum die Aussicht, ein bestimmtes Einkommen zu erzielen. Dem benachteiligten Bewerber wird diese Aussicht schon im Ausgangspunkt genommen, weil er nicht die Chance erhält, sich ohne Berücksichtigung der verpönten Merkmale dem Bewerbungsverfahren zu stellen. Dieser gleichheitswidrige Ausschluss ist zu bewerten. Es liegt dann nahe, sich an dem Wert der Position zu orientieren, von der der Bewerber ausgeschlossen wurde. Darin liegt der „Preis“ seines „So-Seins“. Das bedeutet aber nicht, dass die angemessene Entschädigung drei Monatsverdienste oder darüber hinaus betragen muss. § 15 Abs. 2 S. 2 AGG begrenzt lediglich die Entschädigungshöhe, setzt aber keine Mindesthöhe fest.²¹⁵

Im Übrigen hat das Tatgericht alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Zu diesen zählen etwa die Art und Schwere der Benachteiligung, ihre Dauer und Folgen, der Anlass und der Beweggrund des Handelns, der Grad der Verantwortlichkeit des Arbeitgebers, etwa geleistete Wiedergutmachung oder erhaltene Genugtuung und das Vorliegen eines Wiederholungsfalls.²¹⁶ Ferner ist der Sanktionszweck der Norm zu berücksichtigen. Die Höhe ist auch danach zu bemessen, was zur Erzielung einer abschreckenden Wirkung erforderlich ist. Dabei ist zu beachten, dass die Entschädigung geeignet sein muss, eine wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber zu haben, und dass diese in jedem Fall

211 BGHZ 193, 110 Rn. 42.

212 Vgl. BAG NZA 2009, 945 Rn. 80; BAG RDV 2010, 281 Rn. 59 (jeweils zu § 15 Abs. 2 AGG).

213 Kamanabrou, RdA 2006, 321, 337; Wagner/Potsch, JZ 2006, 1085, 1094; Walker, NZA 2009, 5, 7; Schlachter in: Erfurter Kommentar, § 15 AGG Rn. 11; vgl. auch OLG Köln DB 2010, 1878 Rn. 89.

214 Vgl. Wagner, AcP 206 (2006), 352, 396 f.

215 BAG RDV 2010, 281 Rn. 63.

216 BAG NZA 2009, 945 Rn. 82; vertiefend dazu Bader, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 232 ff.

in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen muss.²¹⁷ Wird neben der immateriellen Entschädigung auch materieller Schadensersatz in Gestalt entgangenen Gehalts geltend gemacht, darf die materielle Kompensation bei der Ermittlung der immateriellen Entschädigung nicht mindernd berücksichtigt werden.²¹⁸ Den Benachteiligten trifft im Unterschied zum materiellen Schadensersatz keine Schadensminderungspflicht (§ 254 Abs. 2 S. 1 BGB). Er hat schlicht keinen Einfluss auf die immateriellen Folgen einer einmal eingetretenen Beeinträchtigung.²¹⁹ Erstaunlich ist eine Entscheidung des Amtsgerichts Oldenburg, das die Anspruchshöhe mindert, weil der Benachteiligte den Vorfall „provoziert“ habe.²²⁰ Weil er wusste, dass Türsteher und Betreiber einer Diskothek anhand seiner ethnischen Herkunft und seines Geschlechts diskriminieren, musste er damit rechnen und konnte sich darauf einstellen. Ich halte diese Argumentation für unhaltbar. Damit wird dem Benachteiligten eine Teilverantwortung für das Verhalten des Diskriminierenden zugewiesen. Das Ergebnis ist absurd: Je offensiver jener seine Diskriminierung ankündigt, desto niedriger fällt der Entschädigungsanspruch aus.

VIII. Zwischenergebnis: Das „Störpotential“ des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts

Diskriminierungsverbote verlangen im Unterschied zu allgemeinen Gleichbehandlungsgeboten keine positive Rechtfertigung mit zulässigen Handlungsgründen. Sie schließen lediglich bestimmte Gründe als handlungsmotivierende Faktoren aus. Insoweit ist das Nichtdiskriminierungsrecht bescheidener als ein allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz. Es ist zugleich aber strenger, weil diese Gründe prinzipiell keine Rolle bei der Ungleichbehandlung spielen dürfen und die Rechtfertigungsanforderungen im Vergleich erheblich intensiviert werden.¹

Darin wurzelt der Konflikt mit dem klassisch-liberalen Verständnis von Privatautonomie. Gleichbehandlungspflichten wirken sich auf zwei Ebenen freiheitsbeschränkend aus:² Sie belasten, erstens, den Adressaten mit Rechtfertigungsobliegenheiten und – aufgrund der Beweislastverteilung – mit Dokumentationspflichten ihrer Entscheidungsprozesse. Zweitens verbieten sie dem Adressaten Handlungsmöglichkeiten, die er nicht mehr rechtfertigen kann. *Frie-*

217 BAG NZA 2009, 945 Rn. 82; BAG NZA 2010, 1129 Rn. 41; BAG NZA 2010, 1412 Rn. 69; OLG Köln DB 2010, 1878 Rn. 89; vertiefend zu den einzelnen Faktoren Kossak, Rechtsfolgen, 2009, 226 ff.

218 BGHZ 193, 110 Rn. 73; anders noch die Vorinstanz OLG Köln DB 2010, 1878 Rn. 89.

219 Offengelassen von BAG NZA 2010, 1129 Rn. 43; vgl. Stein in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 15 Rn. 49.

220 AG Oldenburg Niedersächsische Rechtspflege 2008, 398.

1 Oben § 6 I 1.

2 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI 2 a).