

## A. EINLEITUNG

*Wer sich den Gesetzen nicht fügen lernt, muss die Gegend verlassen, wo sie gelten.*<sup>1</sup>

*(Johann Wolfgang von Goethe)*

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) ist 2006 in Kraft getreten. Obgleich schon einige Kommentare, einige Gerichtsurteile und noch mehr Aufsätze zur neuen Rechtslage veröffentlicht wurden, ist es immer noch weitgehend unklar, welche genauen Rechtsfolgen dem Arbeitgeber drohen, der durch einen Verstoß ersatzpflichtig wird.

Selbst bei den zentralen Anspruchsgrundlagen des Benachteiligten in § 15 Abs. 1 und 2 AGG besteht erhebliche Unsicherheit darüber, wie die Normen, im Besonderen ihre Rechtsfolgen,<sup>2</sup> zu verstehen sind. Diese Fragen greift die vorliegende Arbeit auf.

Einige Autoren neigen dazu in § 15 AGG den Nachfolger von § 611a BGB und § 81 SGB IX zu sehen, und sie legen daher § 15 AGG mehr oder weniger als »§ 611a BGB neu« bzw. »§ 81 SGB IX neu« aus. Ihnen geht es darum, zu den alten Normen entwickelte Grundsätze auf § 15 AGG zu übertragen.

Die andere Gruppe sieht in § 15 AGG zutreffenderweise eine neue Vorschrift, weil § 15 AGG sowohl im Tatbestand als auch in der Rechtsfolge stark von den Vorgängernormen abweicht. Daher müssten auch neue Ansätze gefunden werden, um diese Vorschrift richtig auszulegen. Soweit ersichtlich gibt es aber auf diesem Gebiet noch keine umfassende wissenschaftliche Bearbeitung. In Aufsätzen und Kommentaren werden Probleme erkannt und angesprochen. Der Tiefgang der Argumentation kann jedoch nicht in allen Bereichen völlig überzeugen.

Nicht selten besteht Pragmatismus frei nach Christian Morgenstern: »*Weil nicht sein kann, was nicht sein darf.*«<sup>3</sup> Die Diskriminierungsproblematik wird als ein aus Europa<sup>4</sup> oder gar den Vereinigten Staaten<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Goethe, Wilhelm Meisters Wanderjahre, aus *Pausch/Pausch*, Seite 34.

<sup>2</sup> *Krebber*, EuZA 2009, 200.

<sup>3</sup> Morgenstern, Die unmögliche Tatsache, aus *Cureau*, Seite 119, 120.

<sup>4</sup> Aufgrund der dem AGG zugrunde liegenden EU-Richtlinien.

<sup>5</sup> Aufgrund des möglichen Strafcharakters von § 15 Abs. 2 AGG.

kommender Fremdkörper im deutschen Recht gesehen, was bisweilen dazu verleitet, nicht mehr anerkannte Auslegungsmethoden, sondern das Rechtsgefühl zur Auslegung heranzuziehen, beispielsweise bei dem Streit, ob § 15 Abs. 1 AGG eine Haftungsobergrenze immanent ist. Bei der Berechnung der Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG fällt es von vornherein nicht leicht, die immaterielle Einbuße zu beziffern, die der Benachteiligte erlitten hat. Umso schwerer ist es, dogmatisch sauber die Bemessungsgrundlagen zu ermitteln.

Diese Arbeit wertet die bisher zum AGG erschienene Literatur und Rechtsprechung in einem ersten Schritt aus. Im Anschluss daran sollen die gewonnenen Erkenntnisse in eine systemkonforme, stringente Interpretation der Normen fließen. Selbstverständlich darf ein Blick auf die Historie des § 15 AGG nicht fehlen, der § 611a BGB a.F. und § 81 SGB IX a.F. umfasst. Mindestens ebenso wichtig ist jedoch auch die Implikation der unionsrechtlichen Vorgaben. Schließlich gilt hier ebenfalls der Grundsatz, dass der deutsche Gesetzgeber im Zweifel ein unionsrechtskonformes Gesetz auf den Weg bringen wollte, auch wenn dies an dem einen oder anderen Punkt nicht ganz überzeugend geglückt ist.

Auf die Tatbestandsvoraussetzungen von § 15 Abs. 1 und 2 AGG wird nur eingegangen, soweit dies zur Auslegung der Rechtsfolgen nötig ist. Andere Regelungen des § 15 AGG, wie § 15 Abs. 4 AGG, werden hier nicht weiter berücksichtigt, da sie für die Rechtsfolgenregelung im Sinne der maßgeblichen Faktoren für die Bemessung der Höhe des Ersatzes nichts beitragen können.

Der Kern der Arbeit besteht dann in der Darstellung der Schadensersatz- und Entschädigungsverpflichtungen aus § 15 AGG. Mithilfe grundsätzlicher und konkreter Überlegungen werden die Verpflichtungen mit dem Ziel ausgelegt, die Vorschrift nach Lektüre dieser Arbeit klar und verständlich, vor allem aber auch handhabbar zu machen. Dabei soll die Problemlösung nicht nur isoliert stimmig sein, sondern sich auch in die Gesamtrechtsordnung einfügen.

Für die Beurteilung der Rechtsfolge von § 15 Abs. 1 AGG sind zwei umstrittene Fragen im Rahmen des Tatbestandes in besonderem Maße relevant:

Welche Verknüpfung besteht zwischen der handelnden Person und dem ersatzpflichtigen Arbeitgeber? Kann nur der Arbeitgeber der Handelnde sein, auch seine Mitarbeiter oder möglicherweise jeder Dritte? Je weiter der Kreis der möglichen Personen gezogen wird, umso weniger Einflussmöglichkeiten hat schließlich der Arbeitgeber, das verbotene Verhalten zu unterbinden und so der Ersatzpflicht zu entgehen.

Muss ein (gegebenenfalls zugerechnetes) Vertretenmüssen<sup>6</sup> vorliegen? Damit würde das Haftungsrisiko für den Arbeitgeber ebenfalls kalkulierbarer werden.

Bei der Rechtsfolge des § 15 Abs. 1 AGG steht die Frage im Mittelpunkt, wie hoch der materielle Schaden ist, den der Benachteiligte erlitten hat. Dafür ist es notwendig, verschiedene Benachteiligungssituationen von unterschiedlich betroffenen Personen zu betrachten. Hier ist zu zeigen, dass nicht pauschal »alles« über § 15 Abs. 1 AGG ersetzbar ist.

Ob der Schadensersatz nun lediglich die Portokosten oder gar den vollen Lohnausgleich bis ins Rentenalter umfasst, wird seit Einführung von § 15 Abs. 1 AGG kontrovers diskutiert. Es gilt, die unionsrechtlichen Vorgaben und das deutsche Recht in Einklang zu bringen und eine nachvollziehbare Lösung zu finden, die für den Arbeitgeber und den Benachteiligten gleichermaßen tragbar ist.

Der Streit um die Aussage von § 2 Abs. 4 AGG, d.h. die sogenannte Bereichsausnahme für das Kündigungsrecht, kann nicht in aller Tiefe, sondern nur in den Grundzügen dargestellt werden, da sich die Arbeit im Wesentlichen mit den konkreten Rechtsfolgen des § 15 Abs. 1 und 2 AGG befasst. Jedoch ist es unumgänglich, auch hierzu Stellung zu nehmen. Wäre die Kündigungssituation nicht vom AGG erfasst, so könnte § 15 AGG auch keinen Ersatz für diskriminierende Kündigungen bereit halten. Aber wie hoch fällt dieser aus, wenn sie erfasst ist?

Bei § 15 Abs. 2 AGG steht ebenfalls die Rechtsfolge im Mittelpunkt des Interesses. Wann diese Rechtsfolge eintritt muss dennoch geklärt werden, denn in Absatz 2 lässt sich hierzu nichts finden.

Bei der Lektüre des § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG fällt sofort auf, dass der Wortlaut mit »angemessen« nicht dem »billig« für immaterielle Entschädigung in § 253 Abs. 2 BGB entspricht. Es gilt herauszufinden, woher diese Abweichung kommt und welche Bewandnis es damit hat. Dies wird mit dieser Arbeit erstmalig untersucht, weshalb hier ein besonderer Schwerpunkt gesetzt wird. Wann im deutschen Recht »angemessen« und wann »billig« verwendet wird, bedarf daher vertiefter Betrachtung. Welche Folge hat es für § 15 Abs. 2 AGG, dass nicht die Wendung aus § 253 Abs. 2 BGB verwendet wurde?

---

<sup>6</sup> Allgemein werden die Begriffe Verschulden und Vertretenmüssen häufig synonym verwendet. Bekanntlich ist aber das Verschulden nur eine Unterart des Vertretenmüssens. Dies zeigt etwa ein Blick auf § 287 Satz 2 BGB, der auch den »Zufall« unter gewissen Voraussetzungen ausreichen lässt, um ein Vertretenmüssen zu begründen. Daher wird in dieser Arbeit zwischen den Begriffen Vertretenmüssen und Verschulden (= Vorsatz und Fahrlässigkeit) unterschieden.

Überhaupt ist eine Entschädigung, jedenfalls in Bezug auf die Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts oder einer Behinderung, nicht neu, da es sie bereits in § 611a BGB a.F. gab. Ebenfalls gab und gibt es eine Entschädigung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Der Einfluss dieser beiden Faktoren auf die Entschädigungshöhe im AGG ist gleichfalls zu erörtern.

Die Rechtsprechung und die Literatur haben bereits Kriterien gefunden, die es bei der Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG zu beachten gilt. Dies beschränkt sich jedoch im Wesentlichen auf eine Aufzählung einzelner, konkreter Merkmale. Mit dieser Arbeit sollen diese Merkmale systematisiert werden, was die Handhabbarkeit deutlich erleichtern kann.

§ 15 Abs. 2 Satz 2 AGG enthält eine Regelung, die sowohl als Rahmen als auch als Kappungsgrenze aufgefasst werden kann. Da diese Regelung äußerst praxisrelevant ist, kann die Frage nicht übergangen werden, ob die Norm eine solche Kappungsgrenze enthält.

Bei der Übersicht der bislang zu § 15 Abs. 2 AGG ergangenen Urteile fällt eine zurückhaltende Tendenz in der Rechtsprechung auf. Mit einer Abhandlung zu überkompensatorischem Ersatz («Strafschadensersatz«?) soll untersucht werden, ob eine derart restriktive Rechtsprechung angemessen ist.