

Privatdozent Dr. Clemens Latzel, München\*

## Das Recht des Diskriminierungsopfers auf Anerkennung

Besprechung von EuGH (GK), Urteil v. 15. 4. 2021 – C-30/19 (Braathens)

Dem EuGH (JZ 2021, 908, in diesem Heft) genügen Schadensersatz- und Entschädigungszahlungen zur Wiedergutmachung und Prävention von Diskriminierungen nicht mehr. Das Diskriminierungsopfer muss auch als solches anerkannt werden – entweder vom Täter oder notfalls durch ein Gericht, das zumindest inzident die Diskriminierung prüft und diese gegebenenfalls feststellt, was der Täter nicht vereiteln darf. Damit dreht der EuGH die Effektivierungsspirale weiter und fordert das nationale Prozessrecht heraus.

### I. Ausgangsfall: Entschädigung ohne Diskriminierungsprüfung

Im Ausgangsfall der hier zu besprechenden *EuGH*-Entscheidung<sup>1</sup> sah sich die schwedische Fluggesellschaft *Braathens Regional Aviation AB* (im Folgenden: *Braathens*) mit einer Entschädigungsforderung (Schadensersatzforderung<sup>2</sup>) eines Fluggastes chilenischer Herkunft konfrontiert, der sich durch eine zusätzliche Sicherheitskontrolle wegen eines „Bezugs zwischen ihm und einer arabischen Person“ diskriminiert fühlte (Rn. 20). *Braathens* wollte außergerichtlich keine Entschädigung zahlen, woraufhin für den Fluggast der schwedische Bürgerbeauftragte für Diskriminierungsangelegenheiten (*diskrimineringsombudsmannen*) prozessstandschäftlich *Braathens* auf Zahlung einer Entschädigung i. H. von rund 1000 Euro verklagte. Zusätzlich beantragte er die Feststellung, dass *Braathens* aufgrund *diskriminierenden Verhaltens* zur Entschädigung verpflichtet sei, hilfsweise die Feststellung, dass der Fluggast durch *Braathens* diskriminiert worden sei.

Daraufhin wollte *Braathens* den Fall offenbar möglichst geräuschlos aus der Welt schaffen<sup>3</sup> und erkannte die Ent-

schädigungsforderung erstinstanzlich an, ohne die Diskriminierung einzuräumen. Wie im deutschen Zivilprozessrecht (§ 307 ZPO) bezweckt auch im schwedischen Zivilprozessrecht ein prozessuales Anerkenntnis, das Verfahren zu beenden, ohne dass der Fall insoweit vom Gericht materiell geprüft wird, weil es allein auf das Anerkenntnis sein Urteil gründet<sup>4</sup>. Ein Anerkenntnisurteil lässt daher auch nach schwedischem Recht keinen Rückschluss auf die Begründetheit des Klagebegehrens zu<sup>5</sup>.

Das erstinstanzliche Gericht verurteilte *Braathens* anerkenntnisgemäß zur Zahlung der Entschädigung, ohne die behauptete Diskriminierung zu prüfen. Die zusätzlich gestellten Feststellungsanträge wies das Gericht mangels Feststellungsinteresses als unzulässig ab<sup>6</sup>. Die vom Bürgerbeauftragten eingelegte Berufung blieb erfolglos, woraufhin er sich an den schwedischen *Obersten Gerichtshof* wandte, um die begehrte Feststellung zu erreichen. Der *Oberste Gerichtshof* legte dem *EuGH* die Frage vor, ob bei Klagen auf Entschädigungszahlung wegen Diskriminierung immer die Diskriminierung gerichtlich zu prüfen und gegebenenfalls festzustellen sei, auch wenn der Beklagte den Zahlungsanspruch anerkennt.

### II. Effektive Richtlinienumsetzung und Rechtsschutz

Im Ausgangspunkt bestätigt der *EuGH* seine Anforderungen an die Umsetzung von Richtlinien in nationales Recht, gibt sich nun aber in Diskriminierungsfällen nicht mehr mit finanzieller Wiedergutmachung zufrieden.

\* Der Autor ist Privatdozent für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Europarecht und Wirtschaftsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

<sup>1</sup> *EuGH* (GK) v. 15. 4. 2021 – C-30/19 (Braathens) = JZ 2021, 908 (in diesem Heft); Rn. ohne Quellenangabe beziehen sich auf diese Entscheidung.

<sup>2</sup> In der dt. Fassung der *EuGH*-Entscheidung ist durchweg die Rede von „Schadensersatz“ (in der engl. Fassung von „compensation“, in der franz. Fassung von „indemnisation“), der sich offenbar nur auf immaterielle Schäden bezieht, weshalb hier entspr. dt. Terminologie (§ 15 Abs. 2, § 21 Abs. 2 Satz 3 AGG, § 253 Abs. 2 BGB) von „Entschädigung“ gesprochen wird.

<sup>3</sup> Zur Abwehr von Reputationschäden im Gesellschaftsinteresse *Klöhn/Schmolke* NZG 2015, 689, 693 ff.

<sup>4</sup> Gemäß Kap. 42 § 7 Satz 2 Nr. 2 Rättegångsbalk kann der Kläger den Klageanspruch anerkennen, woraufhin das Gericht ohne materielle Prüfung den Beklagten gemäß seinem Anerkenntnis verurteilen muss (Kap. 42 § 18 Rättegångsbalk); zur entspr. Rechtslage nach § 307 ZPO *Musielak*, in: MünchKommZPO, 6. Aufl. 2020, § 307 Rn. 22.

<sup>5</sup> Generalanwalt *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge v. 14. 5. 2020 – C-30/19 (Braathens), Rn. 30; zur entspr. dt. Rechtslage *Feskorn*, in: *Zöller*, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 307 Rn. 9.

<sup>6</sup> Gemäß Kap. 13 § 2 Abs. 1 Rättegångsbalk ist eine Feststellungsklage nur zulässig, wenn in Bezug auf ein Rechtsverhältnis eine Unsicherheit mit nachteiligen Auswirkungen für den Kläger besteht; Feststellungsklagen müssen für das Klagebegehren erforderlich sein und dürfen sich nicht auf rein tatsächliche Aspekte beziehen *EuGH* (Fn. 1) JZ 2021, 908.

## 1. Allgemeine Anforderungen an Richtlinienumsetzungen

Seit jeher folgert der *EuGH* aus dem Umsetzungsbefehl von Richtlinien (Art. 288 Abs. 3 AEUV i. V. mit Art. 4 Abs. 3 EUV bzw. Vorgängerregelungen), dass die Mitgliedstaaten Richtlinien – soweit sie keine konkreten Umsetzungsvorgaben enthalten – nach eigenem Ermessen umsetzen (Grundsatz der Verfahrensautonomie)<sup>7</sup>. Doch dürfen die nationalen Modalitäten zur Durchsetzung der durch Richtlinien gewährten Rechte nicht ungünstiger sein als diejenigen, die für gleichartige nationale Rechte gelten (Äquivalenzgrundsatz). Außerdem dürfen die nationalen Verfahrensmodalitäten die Ausübung der durch Richtlinien gewährten Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsgrundsatz)<sup>8</sup>. Der Effektivitätsgrundsatz verlangt unter anderem<sup>9</sup>, dass nationale Ausschluss- und Verjährungsregeln die Rechtsdurchsetzung nicht unverhältnismäßig einschränken<sup>10</sup> und jedem zur Durchsetzung seiner Richtlinienrechte gerichtlicher Rechtsschutz offenstehen muss<sup>11</sup>. Die Mitgliedstaaten brauchen aber keine neuen Rechtsbehelfe einzuführen, sofern die Richtlinie das nicht verlangt<sup>12</sup>.

## 2. Bisherige Umsetzungsanforderungen der Gleichbehandlungsrichtlinien

Die hier anwendbare Gleichbehandlungs-RiL 2000/43/EG<sup>13</sup> greift in Art. 15 den Effektivitätsgrundsatz auf und verlangt von den Mitgliedstaaten, dass sie Sanktionen für Diskriminierungen festlegen und alle geeigneten Maßnahmen zu deren Durchsetzung treffen. Die Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein und können auch Schadensersatzleistungen an die Opfer umfassen<sup>14</sup>. Der *EuGH* betont, dass dadurch keine bestimmten Sanktionen verlangt werden, sondern es bei der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten bleibt (Rn. 36 f.). Doch müssen die Sanktionen „effektiven und wirksamen rechtlichen Schutz“ vor Diskriminierungen sicherstellen (Rn. 38), insbesondere etwaige finanzielle Wiedergutmachungen mehr als „rein symbolische Sanktion“ sein (Rn. 39)<sup>15</sup>. Strafschadensersatz braucht deshalb aber ebenso wenig eingeführt zu werden<sup>16</sup> wie ein Kontrahierungszwang<sup>17</sup>.

7 *EuGH* v. 16. 12. 1976 – 33/76 (Rewe) = DÖV 1977, 363 Rn. 5 für Ausführung von Verordnungen; *EuGH* v. 12. 7. 2007 – C-507/04 (Kommission/Österreich), juris Rn. 344; *Streinz*, Europarecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 487.

8 *EuGH* v. 8. 6. 1994 – C-383/92 (Kommission/Großbritannien), juris Rn. 40; *EuGH* v. 22. 4. 2021 – C-485/19 (LH) = WM 2021, 973 Rn. 52.

9 Weiteres bei W. Schroeder, in: *Streinz*, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV Rn. 81 ff.

10 *EuGH* v. 22. 4. 2021 – C-485/19 (LH) = WM 2021, 973 Rn. 55 ff.

11 *EuGH* v. 17. 7. 2014 – C-169/14 (Sánchez Morcillo u. a.) = DVBl 2014, 1457 Rn. 35; *EuGH* v. 22. 4. 2021 – C-485/19 (LH) = WM 2021, 973 Rn. 54.

12 *EuGH* (GK) v. 24. 10. 2018 – C-234/17 (XC) = EuZW 2019, 82 Rn. 51 für strafrechtliche Restitutionsklage.

13 Die Sanktionsanforderungen aller Gleichbehandlungsrichtlinien sind weitgehend gleich; C. Schubert, Die Wiedergutmachung immaterieller Schäden im Privatrecht, 2013, S. 451 ff.

14 So bereits *EuGH* v. 10. 4. 1984 – 14/83 (von Colson u. a.) = NZA 1984, 157, 158 Rn. 23.

15 Vgl. *EuGH* v. 10. 4. 1984 – 14/83 (von Colson u. a.) = NZA 1984, 157, 158 Rn. 24 zur RiL 76/207/EWG; *EuGH* v. 25. 4. 2013 – C-81/12 (Accept) = NZA 2013, 891 Rn. 68 f. zur RiL 2000/78/EG: bloße Verwarnung muss zumindest Haftungsnachweis erleichtern und zu mehr als materiellem Schadensersatz berechtigen; eingehend C. Schubert (Fn. 13), S. 451 ff.

16 *EuGH* v. 17. 12. 2015 – C-407/14 (Camacho) = EuZW 2016, 183 Rn. 37 ff. zu Art. 25 Gleichbehandlungs-RiL 2006/54/EG.

17 *EuGH* v. 10. 4. 1984 – 14/83 (von Colson u. a.) = NZA 1984, 157, 158 Rn. 18 f. zur RiL 76/207/EWG.

Außerdem verlangt die Gleichbehandlungs-RiL 2000/43/EG in Art. 7 Abs. 1, dass alle Diskriminierungsopfer ihre Ansprüche aus dieser Richtlinie auf dem Gerichts- oder Verwaltungsweg geltend machen können. Der *EuGH* sieht hierin das Grundrecht auf wirksamen Rechtsbehelf aus Art. 47 Abs. 1 GRC „bestätigt“ (Rn. 33)<sup>18</sup>. Die Mitgliedstaaten müssen also jede *Beschränkung* des Rechtsschutzes, der Richtlinienrechte durchzusetzen hilft, rechtfertigen (Art. 52 Abs. 1 GRC). Art. 47 Abs. 1 GRC ist für die Durchsetzung von Rechten aus der Gleichbehandlungs-RiL 2000/43/EG anwendbar, weil die Richtlinie nicht nur wirksame Sanktionen (Art. 15), sondern auch Rechtsbehelfe (Art. 7) verlangt<sup>19</sup>.

## 3. Neue Umsetzungsanforderungen der Gleichbehandlungsrichtlinien

Diesen Katalog an Umsetzungsanforderungen schreibt der *EuGH* nun fort und verlangt, dass Diskriminierungsopfer als solche vom Täter anerkannt werden oder notfalls eine gerichtliche Feststellung ihrer Diskriminierung erreichen können müssen.

### a) Zwei Interpretationsmöglichkeiten

Das Verständnis der *Braathens*-Entscheidung wird dadurch erschwert, dass der *EuGH* nicht zwischen materiell-rechtlichen Ansprüchen (Art. 15 Gleichbehandlungs-RiL 2000/43/EG) und deren Durchsetzung (Art. 7 Gleichbehandlungs-RiL 2000/43/EG) differenziert, sondern eine Mischprüfung vornimmt. Die Große Kammer wollte offenbar Grundsätzliches entscheiden, indem sie die (nur) auf Art. 15 der Richtlinie bezugnehmende Vorlagefrage „in Verbindung mit“ Art. 47 GRC setzte, „um gemäß Art. 7 dieser Richtlinie den Schutz der sich aus ihr ergebenden Rechte sicherzustellen“ (Rn. 27, 29). Das lässt zwei Schlüsse zu:

(1) Entweder der *EuGH* verlangt, dass jedermann gerichtlich überprüfen können lassen muss, ob er Opfer einer Diskriminierung geworden ist, sofern der Täter das nicht eingesteht.

(2) Oder der *EuGH* verlangt, dass jedes Diskriminierungsopfer einen Anspruch gegen den Täter hat, dass dieser die Diskriminierung eingesteht und dieser Anspruch auch gerichtlich durchgesetzt werden können muss.

Die zweite Variante hätte für sich, dass Rechtsschutz kein Selbstzweck wäre, sondern zur Durchsetzung materieller Rechte diene. Die erste Variante abstrahiert von den materiellen Rechten und greift ins nationale Prozessrecht ein, wofür der EU strenggenommen die Kompetenz fehlt<sup>20</sup>, was den *EuGH* aber trotz des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 2 EUV) und der Kompetenzschutzklauseln (Art. 51 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 GRC, Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV) nicht kümmert<sup>21</sup>.

18 Ebenso *EuGH* v. 22. 9. 1998 – C-185/97 (Coote) = NZA 1998, 1223 Rn. 24: „Grundsatz einer effektiven gerichtlichen Kontrolle“ in Art. 6 Gleichbehandlungs-RiL 76/207/EWG „verankert“; *EuGH* v. 6. 10. 2015 – C-61/14 (Orizzonte Salute), juris Rn. 48: Effektivitätsgrundsatz „impliziert“ Art. 47 GRC.

19 *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge (Fn. 5), Rn. 70; zu den Anwendungsbereichen des Unionsrechts *Latzel* EuZW 2015, 658 ff.

20 Art. 81 AEUV erlaubt nur Rechtsetzung für *grenzüberschreitende* Zivilverfahrensfragen; *Leible*, in: *Streinz* (Fn. 9), Art. 81 AEUV Rn. 7.

21 Vgl. *EuGH* (GK) v. 27. 2. 2018 – C-64/16 (ASJP), juris Rn. 29 ff.; *EuGH* v. 26. 6. 2019 – C-407/18 (Addiko), juris Rn. 45 f.; *EuGH* v. 22. 4. 2021 – C-485/19 (LH) = WM 2021, 973 Rn. 53.

### b) Geld ist nicht genug

Im Zentrum der Überlegung des *EuGH* steht das Recht auf Gleichbehandlung (Rn. 35, 47), das das Unionsrecht jedermann ohne Ansehen von Rasse, ethnischer Herkunft und weiterer Merkmale garantiert (Art. 21 GRC, vgl. Art. 19 AEUV) und zu dessen Verwirklichung die Gleichbehandlungs-RiL 2000/43/EG einen Rahmen vorgibt (Art. 1). Das Diskriminierungsverbot selbst formuliert die Richtlinie nur indirekt über die Definition des „Gleichbehandlungsgrundsatzes“ in Art. 2 Abs. 1. Deshalb wäre es plausibel und spräche für die zweite der oben erwogenen Interpretationen, wenn die Mitgliedstaaten getreu Art. 288 Abs. 3 AEUV den von der Richtlinie geforderten Gleichbehandlungsrahmen in nationales Recht umsetzen und der Vollzug dieses nationalen Rechts an Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz gemessen würde (dahingehend Rn. 36–39).

Doch der *EuGH* kritisiert nicht etwa die Höhe der nach schwedischem Recht zu erlangenden Entschädigung oder bei deren Durchsetzung zu beachtende (Klage-)Fristen. Den *EuGH* stört, dass das Diskriminierungsopfer genau das bekommt, was ihm nach nationalem Recht zusteht: eine finanzielle Entschädigung in angemessener, hier sogar in der vom Opfer verlangten Höhe (Rn. 40). Wo liegt das Problem? Der Täter zeigt nicht genug Reue, wenn er die angemessene Entschädigung zahlt, „ohne dass er das Vorliegen der ihm vorgeworfenen Diskriminierung anerkennt“, ja sogar diese „ausdrücklich bestreitet“ (Rn. 41).

Ist das ein materieller Fehler des nationalen Rechts oder nur von dessen prozessualer Durchsetzung? Der *EuGH* weiß es selber nicht, denn er hätte gern, dass der Täter „das Vorliegen der ihm vorgeworfenen Diskriminierung einräumt oder diese vom zuständigen Gericht festgestellt wird“ (Rn. 42, Hervorh. durch Verf.). Das schlichte Bezahlen von Schadensersatz und Entschädigung ist dem *EuGH* jedenfalls nicht genug, auch wenn diese Ansprüche nach nationalem (Prozess-)Recht äquivalent und effektiv durchsetzbar sind und damit den bisherigen Anforderungen an die Richtlinieumsetzung (oben II. 1.) genügen.

### c) Anerkennung des Diskriminierungsoffers erforderlich

Entscheidend ist für den *EuGH*, dass das Diskriminierungsopfer als solches auch Anerkennung erfährt: Entweder indem der Täter die Diskriminierung einräumt (und zahlt) oder indem ein Gericht die Diskriminierung prüft und gegebenenfalls feststellt (und den Täter zur gegebenenfalls beantragten Zahlung verurteilt). Wer nur zahlt, muss auf Feststellung verklagt werden können, *dass er diskriminiert hat*; wer nicht zahlt, darf die gerichtliche Prüfung und gegebenenfalls Feststellung seiner Entschädigungspflicht *wegen Diskriminierung* nicht verhindern können<sup>22</sup>. Ein materiell-rechtlicher Anspruch des Diskriminierungsoffers gegen den Täter auf Eingeständnis der Diskriminierung oder gar Entschuldigung (unten VI.) – im Sinne der zweiten der oben genannten Interpretationsvarianten – ist zur Befriedigung des ideellen Anerkennungsinteresses von Unionsrechts wegen (noch) nicht erforderlich<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Zum „Feststellungsanspruch“ als Ausdruck des prozessualen „Rechtsschutzanspruchs“ bereits *Wach*, in: Festgabe für Windscheid, 1888, S. 73, 87 ff., 104 f.

<sup>23</sup> Vgl. zum dt. Recht bereits *Wach* in: Festgabe für Windscheid, 1888, S. 73, 78 f.: „Feststellungsklage ist nicht Klage auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung.“

## III. Notwendigkeit der Anerkennung des Diskriminierungsoffers

Dass ein Diskriminierungsopfer neben materieller Entschädigung zusätzlich noch ideelle Anerkennung erfahren muss, begründet der *EuGH* damit, dass eine Geldzahlung keine „hinreichende Wiedergutmachungsfunktion“ und außerdem „keine wirklich abschreckende Wirkung“ habe (Rn. 49).

### 1. Wiedergutmachung durch Anerkennung

Warum reicht eine Geldzahlung nicht mehr zur Entschädigung/Wiedergutmachung<sup>24</sup> immaterieller Schäden aus? 1984 meinte der *EuGH* noch, dass die Wirksamkeit der zivilrechtlichen Diskriminierungsabwehr von der Höhe der Entschädigungszahlung abhängt, die deshalb „in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden“ stehen müsse und sich nicht auf symbolische Zahlungen beschränken dürfe<sup>25</sup>. 2008 hat es der *EuGH* den Mitgliedstaaten anheimgestellt, ob sie die Feststellung von Diskriminierungen zu deren Sanktionierung vorsehen wollen<sup>26</sup>.

Immaterielle Schäden, wie sie Diskriminierungen zweifelsohne mit sich bringen<sup>27</sup>, sind faktisch nie vollständig wieder gut zu machen<sup>28</sup>. Hierzulande wird – soweit ersichtlich – gleichwohl nicht diskutiert, ob immaterielle Schäden auch anders als durch Geldzahlung an das Opfer wiedergutmacht werden könnten<sup>29</sup>. Nur bei ehrverletzenden Äußerungen sind Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche anerkannt<sup>30</sup>. *Hans Stoll* hat einst die Zulassung einer negatorischen Feststellungsklage zur ideellen Unrechtsbeseitigung insbesondere bei Verletzungen von Persönlichkeitsrechten befürwortet<sup>31</sup>: „Der Kläger verlangt im Grunde Anerkennung seines vom Beklagten mißachteten Rechts: die negatorische Feststellungsklage ist eine bestimmte Form der Rechtsverfolgung“<sup>32</sup>. *Stoll* sah darin allerdings ein deutliches Minus gegenüber Unterlassungsklagen und finanziellen Entschädigungen<sup>33</sup>.

Während Geldzahlungen hauptsächlich die erlittenen ideellen Einbußen *ausgleichen*, indem die Freude über das

<sup>24</sup> Die Terminologie des *EuGH* sollte schon wegen der Sprachenvielfalt nicht auf die Goldwaage gelegt werden (in Rn. 49 heißt es auf Englisch „satisfactory compensatory“, auf Französisch „réparatrice satisfaisante“, auf Schwedisch „tillfredsställande reparativ“).

<sup>25</sup> *EuGH* v. 10. 4. 1984 – 14/83 (von Colson) = NJW 1984, 2021, 2022 Rn. 23 f. zur Gleichbehandlungs-RiL 76/207/EWG.

<sup>26</sup> *EuGH* v. 10. 7. 2008 – C-54/07 (Feryn) = NJW 2008, 2767 Rn. 39 für Diskriminierungen ohne unmittelbare Opfer.

<sup>27</sup> *C. Schubert* (Fn. 13), S. 167 ff.

<sup>28</sup> Zur Inkommensurabilität immaterieller Einbußen *C. Schubert* (Fn. 13), S. 569 ff.

<sup>29</sup> Vgl. Übersicht zu unionsrechtlichen Zweifeln an § 15 AGG bei *Ben-ecke*, in: BeckOGK, 6/2021, § 15 AGG Rn. 4.; selbst die krit. AGG-Evaluation von *Brors* u. a., hrsgg. v. der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, 2016, insb. S. 152 ff., erwägt keine ideelle Anerkennung des Opfers; *C. Schubert* (Fn. 13) weist auf die Möglichkeit der Naturalrestitution immaterieller Schäden hin (S. 28 ff.), konzentriert sich aber auf den Ausgleich immaterieller Schäden *in Geld*, weil sich hier die „dogmatischen Streitfragen konzentrieren“ (S. 32).

<sup>30</sup> *Rixecker*, in: MünchKommBGB, 8. Aufl. 2018, Anh. zu § 12 Rn. 271 ff.

<sup>31</sup> *Stoll*, Gutachten zum 45. DJT, 1964, S. 141 f.; *ders.*, in: Festschrift für Bötticher, 1969, S. 341, 355 ff.; zust. *Pärm*, Die Beseitigungsklage in Sachen Individuum contra Massenmedium, 1974, S. 133 ff.; abl. *Helle* NJW 1963, 129, 130 f.; weitere Nachw. bei *Hager*, in: *Staudinger*, BGB, 2017, § 823 Rn. C 288.

<sup>32</sup> *Stoll*, in: Festschrift für Bötticher, 1969, S. 341, 358 f. unter Verweis auf *Wach* in: Festgabe für Windscheid, 1888, S. 73 ff., der die seinerzeit h.M. kritisierte, wonach jedem materiellen Leistungs- auch ein Anerkennungs- und Feststellungsanspruch innewohnt.

<sup>33</sup> *Stoll*, in: Festschrift für Bötticher, 1969, S. 341, 358, 364.

Geld etwas über das Leid hinweghelfen soll („Schmerzensgeld“)<sup>34</sup>, richtet sich die Anerkennung eher auf *Genugtuung* für das Opfer, also auf seine Besänftigung, damit sein Unmut oder gar Zorn gegenüber dem Täter schneller verfliegt<sup>35</sup>. Die Genugtuung durch Geldzahlungen wurde hierzulande bislang nur bei Vorsatztaten und schweren Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anerkannt<sup>36</sup>. Diskriminierungen i. S. der Gleichbehandlungsrichtlinien und des AGG sind zwar nicht verschuldensabhängig und nicht automatisch schwere Persönlichkeitsrechtsverletzungen<sup>37</sup>, doch ist auch ihnen eine Herabwürdigung immanent, die eine Einordnung von Diskriminierungsentschädigungen als Genugtuung rechtfertigen<sup>38</sup>. Die Differenzierung zwischen Ausgleichs- und Genugtuungsfunktion kann letztlich offenbleiben, weil auch Entschädigungen für Diskriminierungen etwas *ausgleichen* sollen, nämlich die diskriminierungsimmanenten Herabwürdigungen. Deshalb genügt es, in Entschädigungen schlicht eine *Wiedergutmachung* ideeller Schäden zu sehen<sup>39</sup>. Die Wiedergutmachung muss nun nicht mehr nur durch Geldzahlung, sondern auch durch Anerkennung des Diskriminierungsopfers als solches erfolgen. Die Anerkennung ist auf die finanzielle Entschädigung gleichwohl nicht anzurechnen, weil damit letztere unter das angemessene Maß reduziert würde<sup>40</sup>, das der *EuGH* nicht abgesenkt hat.

## 2. Prävention durch Anerkennung

Der *EuGH* sieht in der Anerkennung auch einen Beitrag zur Prävention (Abschreckung). Der Doppelblick auf Geschädigten (Wiedergutmachung) und Täter (Prävention) entspricht der deutschen Dogmatik zur Entschädigung wegen schweren Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts<sup>41</sup>. Im Anwendungsbereich der Gleichbehandlungsrichtlinien verlangen schon die nötigen *abschreckenden* Sanktionen (oben II. 2.) nach Präventionswirkung. Prävention wird insbesondere für nötig erachtet, wenn der Täter damit rechnen kann, nicht in allen Haftungsfällen tatsächlich haften zu müssen, oder wenn er aus seinem Fehlverhalten einen Nutzen zieht, der den Schaden des Opfers übersteigt<sup>42</sup>.

Bislang befand der *EuGH* verschuldensunabhängige totalreparierende Schadensersatz- und angemessene Entschädigungsansprüche als hinreichend abschreckend<sup>43</sup>. Diese Rechtsprechung gilt freilich schon über 20 Jahre, und aus dem Umstand, dass es immer noch Diskriminierungen gibt,

haben die Richter in Luxemburg offenbar geschlossen, dass solche Ansprüche nicht genügend abschrecken. Deswegen war die Effektivierungsspirale weiter zu drehen und zusätzlich gesellschaftlicher Druck zu aktivieren: Der Täter werde nicht genügend von Diskriminierungen abgehalten, wenn er einfach bezahlen, aber zugleich die Diskriminierung bestreiten könne, was „sein Image weniger beeinträchtigt“ (Rn. 49). Mit dem Image ist die Reputation des (potentiellen) Täters angesprochen, die zur modernen Rechtsdurchsetzung (zum Beispiel im Kapitalmarktrecht<sup>44</sup>) gezielt (ansonsten unreguliert durch Berichterstattung) durch Offenlegung von Fehlverhalten bedroht wird (*naming and shaming*), um durch Angst vor Reputationssschäden Rechtstreue dort herzustellen, wo klassische privat- und öffentlich-rechtliche Mittel unzureichend erscheinen<sup>45</sup>.

Dem Ziel des Generalanwalts, dass sich Diskriminierungen nicht „kaufen“ lassen sollen<sup>46</sup>, kann freilich auch die Anerkennung des Opfers nicht vollends gerecht werden. Die Präventionswirkung richtet sich grundsätzlich nach dem „Kaufpreis“<sup>47</sup>, der sich für den Täter durch eine Anerkennung des Diskriminierungsopfers wegen daran anknüpfender Reputationssschäden immerhin erhöhen kann. Besonders stark könnten öffentliche Anerkennungen präventiv wirken (unten VI.), die der *EuGH* aber (noch) nicht fordert.

## 3. Keine Vorgaben der EMRK

Der Generalanwalt meint, die Notwendigkeit der Anerkennung der Diskriminierung aus der EMRK und der dazu ergangenen Rechtsprechung des *EGMR* herleiten zu können, die wegen Art. 52 Abs. 3 GRC auch für die Auslegung von Art. 21 GRC maßgeblich sei<sup>48</sup>. Nach der Rechtsprechung des *EGMR* besteht der Status als Opfer einer Menschenrechtsverletzung zwar so lange, bis das Opfer angemessen entschädigt (Abhilfe geschaffen) und es von den nationalen Behörden oder Gerichten als Opfer *anerkannt* wurde<sup>49</sup>. Diese Rechtsprechung bezieht sich aber nur auf die Beschwerdefähigkeit für die Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK und kann deshalb nicht einen Anerkennungsanspruch aus Art. 21 und Art. 47 Abs. 1 GRC begründen<sup>50</sup>. Der *EuGH* hat diese Argumentationslinie deshalb zu Recht nicht aufgegriffen.

Der *EGMR* kann *seinerseits* nach Art. 41 EMRK bei unvollkommener Wiedergutmachung einer Konventionsverletzung dem verletzten Beschwerdeführer eine gerechte Entschädigung zusprechen, wozu die bloße Feststellung der Konventionsverletzung als „symbolische Wiedergutmachung“<sup>51</sup> zählen kann, wenn kein oder nur ein geringer Scha-

<sup>34</sup> Zur Ausgleichsfunktion von Schmerzensgeld *Schiemann*, in: *Staudinger*, BGB, 2017, § 253 Rn. 28 f.; abl. C. *Schubert* (Fn. 13), S. 150 ff., 566.

<sup>35</sup> Zur Genugtuungsfunktion von Schmerzensgeld *Schiemann*, in: *Staudinger* (Fn. 34), § 253 Rn. 30 f.; krit. C. *Schubert* (Fn. 13), S. 180 ff., 567 f.

<sup>36</sup> C. *Schubert* (Fn. 13), S. 191 f., 568 m. w. N.

<sup>37</sup> *Serr*, in: *Staudinger*, BGB, 2020, § 15 AGG Rn. 38, 62; *Thüsing*, in: *MünchKommBGB*, 8. Aufl. 2018, § 15 AGG Rn. 9, der deshalb – entgegen der h. M. – nur bei schweren Persönlichkeitsrechtsverletzungen einen Anspruch aus § 15 Abs. 2 AGG geben will.

<sup>38</sup> C. *Schubert* (Fn. 13), S. 192 für Entschädigungszahlungen; *Stoll*, in: *Festschrift für Böttcher*, 1969, S. 341, 364 für gerichtliche Feststellung von schweren Persönlichkeitsverletzungen.

<sup>39</sup> Eingehend C. *Schubert* (Fn. 13), S. 597 ff.

<sup>40</sup> Zur Berücksichtigungsfähigkeit von Entschuldigungen bei Persönlichkeitsverletzungen C. *Schubert* (Fn. 13), S. 251 f.

<sup>41</sup> Eingehend C. *Schubert* (Fn. 13), S. 200 ff., 673 ff.; *Wagner* AcP 206 (2006), 352, 380 ff.; zur Rechtsbewehrung durch Schadensersatzpflichten *Latzel*, *Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie*, 2020, S. 456 ff.

<sup>42</sup> *Thüsing*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 37), § 15 AGG Rn. 15 in Anlehnung an *punitive damages* nach US-Recht.

<sup>43</sup> *EuGH* v. 22. 4. 1997 – C-180/95 (Drachmpaehl) = NJW 1997, 1839 Rn. 19 ff., 40 zur Gleichbehandlungs-RiL 76/207/EWG; eingehend C. *Schubert* (Fn. 13), S. 457 ff.; gegen eine Präventionsfunktion von Entschädigungen nach § 15 Abs. 2 AGG *Thüsing*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 37), § 15 AGG Rn. 13.

<sup>44</sup> S. *Augsberg* Verw 49 (2016), 369 ff.; *Latzel* (Fn. 41), S. 476 ff.

<sup>45</sup> S. *Augsberg* Verw 49 (2016), 369, 389 f.; *Klöhn/Schmolke* NZG 2015, 689, 695 ff.; *Latzel* (Fn. 41), S. 590 ff.

<sup>46</sup> *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge (Fn. 5), Rn. 100.

<sup>47</sup> Zur Bemessung von Entschädigungen C. *Schubert* (Fn. 13), S. 607 ff.; zur Verhaltenslenkung mittels Sanktionsandrohung *Latzel* (Fn. 41), S. 5 ff., 498 f.

<sup>48</sup> *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge (Fn. 5), Rn. 85 ff.

<sup>49</sup> *EGMR* v. 15. 7. 1982 – 8130/78 (Eckle) = EuGRZ 1983, 371 Rn. 66, 70; *EGMR* v. 25. 6. 1996 – 19776/92 (Amuur) = NVwZ 1997, 1102 Rn. 36; *EGMR* (GK) v. 28. 9. 1999 – 28114/95 (Dalban), HUDOC Rn. 44; *EGMR* (GK) v. 7. 6. 2012 – 38433/09 (Centro Europa 7) = NVwZ-RR 2014, 48 Rn. 81, 87 f.

<sup>50</sup> A.A. *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge (Fn. 5), Rn. 89 f.: ähnliche Begriffe in Art. 34 EMRK und Gleichbehandlungs-RiL 2000/43/EG genügen.

<sup>51</sup> *Dörr*, in: *Dörr/Grote/Marauhn*, EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 33 Rn. 78.

den entstanden ist<sup>52</sup>. Doch eine Wiedergutmachung durch den *Konventionsstaat* ist nicht automatisch unvollkommen, wenn er eine Konventionsverletzung nicht einräumt, etwa das Opfer einer Diskriminierung i.S. des Art. 14 EMRK nicht als solches anerkennt<sup>53</sup>. Der *EGMR* sieht – im Gegensatz zum *EuGH* – in der finanziellen Entschädigung (auch) die ideelle Anerkennung der Rechtsverletzung, weshalb die Höhe der Entschädigung mit der Schwere der Verletzung steigt<sup>54</sup>.

#### IV. Befriedigung des Anerkennungsinteresses

Weil Geld allein dem Diskriminierungsopfer „nicht den wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz“ bietet, muss das Opfer, wenn es auch ein Anliegen „nicht wirtschaftlicher Art“ verfolgt, notfalls eine gerichtliche Feststellung darüber erreichen können, „dass der dem Beklagten zur Last gelegte Sachverhalt zutrifft und wie er rechtlich zu beurteilen ist“ (Rn. 47).

##### 1. Außergerichtliche Befriedigung des Anerkennungsinteresses

Der *EuGH* verlangt eine gerichtliche Feststellung der ungerechtfertigten Benachteiligung wegen eines geschützten Merkmals (Diskriminierung) nur dann, wenn der Täter die Diskriminierung nicht einräumt, sondern sich etwa nur zur Zahlung der begehrten Entschädigung bereit erklärt (Tenor). Wenn der Täter die Diskriminierung einräumt (und zahlt), ist also dem Anerkennungsinteresse des Diskriminierungsopfers Genüge getan<sup>55</sup>. Einer gerichtlichen Feststellung bedarf es dann insoweit nicht mehr; hierfür fehlte das Rechtsschutzbedürfnis (unten V. 2.). Das Opfer kann wählen, ob es vom Täter außergerichtlich nur Schadensersatz und Entschädigung in Geld oder auch Anerkennung verlangt<sup>56</sup>. Die Anerkennung muss das Opfer von Unionsrechts wegen nicht eigenständig einklagen können, weil der *EuGH* den Rechtsschutz von materiellen Sanktionsansprüchen entkoppelt (oben II. 3. c). Die Anerkennung ist somit eine Obliegenheit des Täters, deren Nichtbeachtung dazu führt, dass das Opfer eine gerichtliche Feststellung der Diskriminierung (nicht Verurteilung des Täters zur Anerkennung) erreichen können muss.

Es ist offen, was eine Anerkennung umfassen muss. „Hier hast du dein Geld, du Opfer meiner Diskriminierung“, wird im Verwendungszweck einer Banküberweisung ebenso wenig genügen wie ein zusammenhangloses „Tut mir leid!“. Der Diskriminierungssachverhalt wird konkret beschrieben und vom Täter (oder einem Bevollmächtigten) als diskriminierend (wegen eines geschützten Merkmals ungerechtfertigt benachteiligend) eingeräumt werden müssen; Rechtsausführungen sind nicht erforderlich. Freilich ist ge-

nügend Rechtsprechung zum Zeugnisanspruch des Arbeitnehmers bekannt<sup>57</sup>, um absehen zu können, dass um die Formulierung von Anerkennungen rege gestritten werden wird. Jedenfalls verlangt der *EuGH* bislang weder eine öffentliche Anerkennung (oben III. 2.) noch ein materiellrechtliches Geständnis mit Bindungswirkung. Die Anerkennung braucht deshalb keine beweislasterückumkehrende Wirkung wie ein „Zeugnis des Anerkennenden gegen sich selbst“<sup>58</sup> zu haben, wird in einem Haftungsprozess gleichwohl die Beweislast gemäß Art. 8 Gleichbehandlungs-RiL 2000/43/EG (§ 22 AGG<sup>59</sup>) zulasten des Täters verschieben, womöglich auch in Parallelfällen.

##### 2. Gerichtliche Befriedigung des Anerkennungsinteresses

Erkennt der Täter das Diskriminierungsopfer außergerichtlich nicht als solches an, muss das Opfer eine gerichtliche Feststellung der Diskriminierung erreichen können.

###### a) Strafverfahren unzureichend

Ausreichende Anerkennung erlangt das Opfer nicht schon dadurch, dass der Täter wegen der Diskriminierung strafrechtlich verfolgt werden kann. Zwar kann eine strafrechtliche Verurteilung dem Opfer auch eine gewisse Anerkennung verschaffen<sup>60</sup> und lassen sich die Gleichbehandlungsrichtlinien theoretisch auch ausschließlich durch Straf- und Bußgeldtatbestände in nationales Recht umsetzen<sup>61</sup>. Doch ist die Unschuldsvermutung (Art. 48 Abs. 1 GRC) mit der nach Art. 8 Abs. 1 Gleichbehandlungs-RiL 2000/43/EG ausreichenden Glaubhaftmachung von Indizien zur Beweislastumkehr zulasten des Täters unvereinbar, wie der *EuGH* richtig erkannt hat (Rn. 51).

Das bedeutet aber keinen mittelbaren Zwang zur zivilrechtlichen Umsetzung, weil die Beweislastregel gemäß Art. 8 Abs. 3 RiL 2000/43/EG für Strafverfahren gerade nicht gilt. Dem *EuGH* ist das egal, weil für ihn Strafverfahren aufgrund ihrer „eigenen Zielsetzungen“ und „immanente Beschränkungen nämlich kein[en] Ausgleich dafür schaffen, dass die zivilrechtlichen Rechtsbehelfe den Anforderungen der Richtlinie nicht genügen“ (Rn. 50). Nach dieser Logik können die Mitgliedstaaten auf zivilrechtliche Rechtsbehelfe entweder gänzlich verzichten (dann müssen Strafurteil oder Bußgeldbescheid irgendwie die Opferanerkennung bewirken) oder sie müssen die Anerkennung des Opfers durch zivilrechtliche Rechtsbehelfe sicherstellen (dann ist kein ergänzender Verweis auf das Strafverfahren möglich).

###### b) Anerkennung durch gerichtliche Diskriminierungsfeststellung

###### aa) Implizite Diskriminierungsfeststellung

Dem Träger unionsrechtlich garantierter Rechte steht ausreichend effektiver Rechtsschutz i.S. des Art. 47 Abs. 1 GRC offen, wenn er eine Verletzung seiner Rechte von einem Gericht inzident als Vorfrage prüfen lassen kann, solange das nicht in einem Verwaltungs- oder Strafverfahren gegen den

<sup>52</sup> *EGMR* v. 26. 6. 1991 – 12 369/86 (Letellier), HUDOC Rn. 32; *EGMR* (GK) v. 18. 7. 2013 – 2312/08 u. a. (Maktouf u. a.), HUDOC Rn. 91; *EGMR* (GK) v. 18. 9. 2009 – 16 064/90 u. a. (Varnava u. a.) = NVwZ-RR 2011, 251 Rn. 224.

<sup>53</sup> Vgl. Wenzel, in: *Karpenstein/Mayer*, EMRK, 2. Aufl. 2015, Art. 34 Rn. 23.

<sup>54</sup> *EGMR* (GK) v. 18. 9. 2009 – 16 064/90 u. a. (Varnava u. a.) = NVwZ-RR 2011, 251 Rn. 224.

<sup>55</sup> Vgl. *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge (Fn. 5), Rn. 41, 127; ebenso bereits *Pärn* (Fn. 31), S. 135: Meidung der Feststellungsklage durch Anerkennung.

<sup>56</sup> Vgl. *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge (Fn. 5), Rn. 127.

<sup>57</sup> Überblick bei *Henssler*, in: MünchKommBGB, 8. Aufl. 2020, § 630 Rn. 25 ff.

<sup>58</sup> *BGH* v. 5. 5. 2003 – II ZR 50/01 = NJW-RR 2003, 1196, 1197.

<sup>59</sup> Zur Beschränkung von § 22 AGG auf die haftungsbegründende Kausalität *Serr*, in: *Staudinger* (Fn. 37), § 22 AGG Rn. 8 ff.

<sup>60</sup> *C. Schubert* (Fn. 13), S. 715: Genugtuung ist aber nur Wirkung, nicht Ziel des Strafurteils.

<sup>61</sup> Dafür *Benecke/Kern* EuZW 2005, 360, 363 f.

Rechtsträger mit entsprechender Verurteilungsgefahr erfolgt<sup>62</sup> (die Damokles-Rechtsprechung<sup>63</sup> gilt auch auf Unionsebene). Deswegen genügen Leistungsklagen (zum Beispiel auf Schadensersatz oder Entschädigung), wenn das darüber entscheidende Gericht inzident die Rechtsverletzung prüft<sup>64</sup>. Das gilt auch für Leistungsklagen infolge von Diskriminierungen, weil der *EuGH* den Dispositionsgrundsatz gewahrt sieht, wenn das Gericht für den eingeklagten Leistungsanspruch ohnehin den zugrundeliegenden Diskriminierungssachverhalt rechtlich prüfen und gegebenenfalls inzident die Diskriminierung feststellen muss (Rn. 54). Dass im Ausgangsverfahren zusätzlich zum Leistungs- auch ein Feststellungsantrag gestellt wurde, war für den *EuGH* zwar hilfreich („zumal dann“), aber nicht notwendig, weil schon der Streitgegenstand des Entschädigungsantrags den Diskriminierungsvorwurf umfasste (Rn. 54). Es ist nicht erforderlich, dass die Diskriminierung explizit im Tenor festgestellt wird.

Der Beklagte darf die gerichtliche Diskriminierungsprüfung aber nicht prozessual verhindern, indem er – wie im Ausgangsverfahren – den Leistungsanspruch prozessual anerkennt. Das wäre in den Augen des *EuGH* ein Rechtsschutzmangel, der gegen Art. 7 und Art. 15 Gleichbehandlungs-RiL 2000/43/EG i. V. mit Art. 47 GRC verstößt (Rn. 45). Für den Generalanwalt liegt hierin sogar ein Eingriff in den Wesensgehalt von Art. 47 GRC i. S. des Art. 52 Abs. 1 GRC<sup>65</sup>. Der Kläger muss, wenn der Beklagte „die ihm vorgeworfene Diskriminierung nicht einräumt, die Möglichkeit haben [...], eine gerichtliche Entscheidung über eine etwaige Verletzung der Rechte zu erwirken“ (Rn. 46). Ein prozessuales Anerkenntnis kann nicht als Ausdruck invernemlicher Streitbeilegung „gerettet“ werden, denn es liegt allein in der Entscheidung des Beklagten und der Kläger kann sich in der Folge „der Beendigung des von ihm eingeleiteten Verfahrens nicht mehr widersetzen“ (Rn. 53).

Demnach ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass der Beklagte das Opfer während eines laufenden Prozesses materiell anerkennt, denn damit könnte er auch außergerichtlich das Anerkennungsinteresse des Opfers befriedigen (oben IV. 1.). Der *EuGH* hat nicht entschieden, dass das Opfer von der Klageerhebung an nur noch vom Gericht ausreichend anerkannt werden kann. Mit der Anerkennung löst der Beklagte zwar die Beweislastumkehr zu seinen Lasten aus (oben IV. 1.), doch kann er gleichwohl jedenfalls dem Umfang der Leistungsforderung (zum Beispiel haftungsausfüllender Kausalität und Höhe der geforderten Entschädigungszahlung) entgentreten. Der Beklagte kann auch ein „Doppelanerkenntnis“ abgeben, nämlich des Opfers als solchen (materiell) und seiner Zahlungsansprüche (prozessual). Selbst wenn durch letzteres – wie im Ausgangsverfahren – die gerichtliche Diskriminierungsprüfung verhindert wird, erfährt das Opfer durch die materielle Anerkennung die nötige ideelle Genugtuung. Eine Prozessaufrechnung bleibt ebenfalls möglich, wenn dadurch – wie hierzulande<sup>66</sup> – die inzidente Prüfung der Klageforderung nicht verhindert wird. Der Beklagte kann auch ein Versäumnisurteil gegen sich ergehen lassen, wenn der Kläger darüber entscheiden kann, ob

ihm das genügend Anerkennung verschafft; so hierzulande, wo das „VU“ zwar ohne Tatbestand und Entscheidungsgründe (§ 313b Abs. 1 Satz 1 ZPO), aber nur auf Antrag des Klägers ergeht (§ 331 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

### bb) Explizite Diskriminierungsfeststellung

Eine explizite Diskriminierungsfeststellung muss auf entsprechenden Antrag hin möglich sein, wenn der Täter das Diskriminierungsopfer außergerichtlich nicht anerkennt und das Opfer keinen Leistungsantrag gestellt hat, der die inzidente Diskriminierungsprüfung ermöglicht. Ein möglicher Leistungsantrag hat in Diskriminierungsfällen keinen Vorrang vor dem Feststellungsantrag, weil das Diskriminierungsopfer auch ausschließlich sein ideelles Anerkennungsinteresse gerichtlich verfolgen darf (Rn. 47). Soweit nach nationalem Prozessrecht zulässig, darf der Beklagte ein explizites Feststellungsbegehren prozessual anerkennen<sup>67</sup>, auch wenn er damit die gerichtliche Prüfung, doch nicht die explizite Feststellung der Diskriminierung (und damit die Anerkennung) verhindert<sup>68</sup>, weil der Täter auch außergerichtlich kein juristisches Gutachten vorlegen muss, das sein Verhalten als diskriminierend einstuft (oben IV. 1.). Trotz Anhängigkeit eines expliziten Feststellungsbegehrens kann der Beklagte das Diskriminierungsopfer materiell anerkennen (oben IV. 2. b aa), auch wenn damit der Kläger sein Rechtsschutzbedürfnis verlieren sollte (unten V. 2.).

## V. Umsetzung im deutschen Prozessrecht

### 1. Leistungsklagen

Weil ein prozessuales Anerkenntnis nach § 307 ZPO (gegebenfalls i. V. mit § 173 VwGO oder § 46 Abs. 2 ArbGG i. V. mit § 495 Abs. 1 ZPO) die Begründetheitsprüfung des Gerichts ausschließt, soweit das Anerkenntnis reicht<sup>69</sup> (Tatbestand und Entscheidungsgründe sind im Anerkenntnisurteil folglich entbehrlich, § 313b Abs. 1 ZPO), kann der auf Schadensersatz oder Entschädigung verklagte Täter auf diesem Weg eine gerichtliche Prüfung der Diskriminierung unionsrechtswidrig verhindern. Dem Kläger steht gegen ein Anerkenntnisurteil mangels Beschwer kein Rechtsmittel zu<sup>70</sup>.

Ein unionsrechtskonformer Zustand lässt sich durch Nichtanwendung von § 307 ZPO bei Leistungsklagen erreichen, die sich auf Diskriminierungssachverhalte i. S. der Gleichbehandlungsrichtlinien (insbesondere AGG) stützen. Der damit verbundenen unmittelbaren Richtlinienwirkung zwischen Privaten hält der *EuGH* den zwischen jedermann unmittelbar geltenden Art. 47 Abs. 1 GRC entgegen, der durch die Gleichbehandlungsrichtlinien nur konkretisiert wird (Rn. 56 ff.). Außerdem sind die Gleichbehandlungsrichtlinien „konkreter Ausdruck“ des Diskriminierungsverbots aus Art. 21 GRC (Rn. 30), der ebenfalls unmittelbare

<sup>62</sup> *EuGH* (GK) v. 13. 3. 2007 – C-432/05 (Unibet) = NJW 2007, 3555 Rn. 53 ff., 64 für die Dienstleistungsfreiheit.

<sup>63</sup> St. Rspr. seit *BVerfG* v. 18. 10. 1966 – 2 BvR 386/63 u. a. = NJW 1967, 291; *BVerfG* (K) v. 31. 3. 2020 – 1 BvR 712/20 = NVwZ 2020, 622 Rn. 15; *BVerfG* v. 28. 1. 2010 – 8 C 19.09 = NZA 2010, 718 Rn. 41.

<sup>64</sup> *EuGH* (GK) v. 13. 3. 2007 – C-432/05 (Unibet) = NJW 2007, 3555 Rn. 58 für die Dienstleistungsfreiheit.

<sup>65</sup> *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge (Fn. 5), Rn. 128.

<sup>66</sup> *Fritsche*, in: MünchKommZPO, 6. Aufl. 2020, § 145 Rn. 24 auch zur heute nicht mehr vertretenen Klageabweisungstheorie.

<sup>67</sup> Dafür *BGH* v. 20. 3. 2001 – VI ZR 325/99 = NJW 2001, 3414; Fortsetzungsfeststellungsbegehren nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO sollen durch Anerkenntnis sogar *unzulässig* werden, wenn das Anerkenntnis dem Kläger im Folgeprozess eine Rechtsposition verschafft, die durch rechtskräftige Feststellung nicht mehr verbessert würde; *BVerwG* v. 18. 12. 2014 – 8 B 47.14 = NVwZ 2015, 600 Rn. 14 f.

<sup>68</sup> Im Kern geht es dem *EuGH* (Fn. 1) um eine „gerichtliche Entscheidung“ über die etwaige Rechtsverletzung (Rn. 46), auch wenn er teilweise (Rn. 54, Tenor) eine gerichtliche *Prüfung* verlangt, was aber nur die Ergebnisoffenheit der Entscheidung unterstreichen soll.

<sup>69</sup> *Musielak*, in: MünchKommZPO, 6. Aufl. 2020, § 307 Rn. 22.

<sup>70</sup> *BGH* v. 2. 3. 1994 – XII ZR 207/92 = NJW 1994, 2697 f.: Ausnahme nur, wenn Kläger die Aufrechterhaltung einer Ehe erreichen will, deren Scheidung er zunächst beantragt hatte.

Wirkung für und gegen jedermann hat<sup>71</sup>, soweit er sekundärrechtlich aktiviert ist<sup>72</sup>.

Weil Auslegung und Rechtsfortbildung der Nichtanwendung vorgehen<sup>73</sup>, ist indes eine analoge Anwendung von § 555 Abs. 3 ZPO in Diskriminierungsverfahren jeder Instanz und jedes Rechtswegs (gegebenenfalls i. V. mit § 173 VwGO<sup>74</sup> oder § 72 Abs. 5 ArbGG) vorzugswürdig. Dann hat es das klagende Diskriminierungsoffer in der Hand, trotz prozessualen Anerkenntnis des Beklagten dennoch die gerichtliche Prüfung der Diskriminierung zu erreichen, indem es keinen Antrag auf Anerkenntnisurteil stellt.

## 2. Feststellungsklagen

Ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis i. S. des § 256 Abs. 1 ZPO (gegebenenfalls i. V. mit § 46 Abs. 2 ArbGG i. V. mit § 495 Abs. 1 ZPO) oder § 43 Abs. 1 VwGO kann nicht das diskriminierende Verhalten an sich sein, weil die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens nicht isoliert feststellungsfähig ist<sup>75</sup>. Solche Anträge sind aber interessengerecht nach §§ 133, 157 BGB analog<sup>76</sup> bzw. § 88 VwGO so auszulegen, dass dem Beklagten kein Recht zugestanden habe, den Kläger in der näher bezeichneten Weise zu behandeln<sup>77</sup>.

Das nötige Feststellungsinteresse folgt hier schon aus dem ideellen Anerkennungsinteresse des Diskriminierungsoffers, das nicht auf etwaige Leistungsansprüche zu verweisen ist, wenn es ihm gerade nur um ideelle Anerkennung geht (oben IV. 2. b bb). In Anlehnung an die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zum Fortsetzungsfeststellungsinteresse aus § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO ist auch im Zivil- und Arbeitsgerichtsprozess ein Rehabilitierungsinteresse anzuerkennen<sup>78</sup>, wenn die nötige Wiedergutmachung gerade auch die Anerkennung des Opfers (notfalls durch gerichtliche Feststellung<sup>79</sup>) umfasst (oben II. 3. c). Zwar genügt nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht, dass der Betroffene eine Maßnahme als diskriminierend empfunden hat. Vielmehr müssen bei „objektiver und vernünftiger Betrachtungsweise abträgliche Nachwirkungen der Maßnahme fortbestehen, denen durch eine gerichtliche Feststellung der Rechtswidrigkeit“ wirksam begegnet werden kann<sup>80</sup>. Das ist bei ungerechtfertigter Benachteiligung wegen eines geschützten Merkmals indes stets der Fall, schon weil der

Kläger durch die begehrte Feststellung Anerkennung und damit Wiedergutmachung erfährt (oben III. 1.). Das Feststellungsinteresse verjährt nicht, sondern besteht fort, bis der Beklagte das Diskriminierungsoffer als solches anerkennt. Die Anerkennung bleibt trotz Rechtshängigkeit der Feststellungsklage möglich (oben IV. 2. b bb) und lässt dann das Feststellungsinteresse entfallen<sup>81</sup>, weshalb der Kläger sodann zur Vermeidung der kostenpflichtigen Antragsabweisung die Hauptsache für erledigt erklären sollte<sup>82</sup>. Der Beklagte kann den Feststellungsantrag prozessual anerkennen (§ 307 ZPO), weil das Opfer durch das Feststellungsurteil (auch ohne materielle Diskriminierungsprüfung) genügend Anerkennung erfährt (oben IV. 2. b bb).

Ein parallel zum Feststellungsantrag anhängiger Leistungsantrag (zum Beispiel auf Zahlung von Schadensersatz oder Entschädigung), für dessen Begründetheit das Gericht den Diskriminierungsvorwurf prüfen muss, schließt das Feststellungsinteresse aus, weil die implizite Diskriminierungsfeststellung zur Anerkennung genügt (oben IV. 2. b aa). Das Diskriminierungsoffer kann dann aber zusätzlich zu seinem Leistungsanspruch die Feststellung verlangen, dass der Beklagte verpflichtet ist, alle aus dem diskriminierenden Verhalten folgenden materiellen und immateriellen Schäden des Klägers zu ersetzen, wenn zukünftige, noch nicht bezifferbare Schäden möglich sind<sup>83</sup>. Dann lässt auch eine materielle Anerkennung des Opfers durch den Beklagten das Feststellungsinteresse nicht entfallen<sup>84</sup>.

## VI. Ausblick: Entschuldigungsanspruch?

Die nächste Stufe der Luxemburger Diskriminierungsschutzbemühungen könnte ein materieller Anspruch des Diskriminierungsoffers gegen den Täter auf Entschuldigung (oben III. 2.). Der *EuGH* hat bereits entschieden, dass nichtfinanzielle Sanktionen, „insbesondere, wenn sie mit einem angemessenen Grad an Öffentlichkeit verbunden“ sind, geeignete (und damit vielleicht eines Tages auch erforderliche) Sanktionen sein können<sup>85</sup>. Zur angemessenen Öffentlichkeit könnte der Kreis derjenigen zählen, die von der Diskriminierung Kenntnis erlangt haben<sup>86</sup>. Eine Richtlinienänderung bräuchte es dafür nur, wenn der erkennbare Wille des Richtliniengebers (oder ein an dessen Achtung mahnendes Verfassungsgericht) dem Effet-utile-Streben des *EuGH* Grenzen setzen könnte. Auch die Meinungsfreiheit des Täters (Art. 11 GRC) wird keine große Hürde sein, denn selbst begangenes Diskriminierungsunrecht zu leugnen, ist für den *EuGH* bestimmt keine schützenswerte Meinung<sup>87</sup>.

<sup>71</sup> *EuGH* (GK) v. 17. 4. 2018 – C-414/16 (Egenberger) = NZA 2018, 569 Rn. 76 ff.; *EuGH* (GK) v. 22. 1. 2019 – C-193/17 (Cresco) = NZA 2019, 297 Rn. 77 f.

<sup>72</sup> *Latzel* *EuZW* 2015, 658, 662; missverständlich *EuGH* (GK) v. 17. 4. 2018 – C-414/16 (Egenberger) = NZA 2018, 569 Rn. 78: Art. 21 und Art. 47 GRC müssen „nicht durch Bestimmungen des Unionsrechts oder des nationalen Rechts konkretisiert werden [...], um dem Einzelnen ein Recht zu verleihen“.

<sup>73</sup> *EuGH* (GK) v. 22. 1. 2019 – C-193/17 (Cresco) = NZA 2019, 297 Rn. 74 ff.

<sup>74</sup> ZPO-Regeln über Zulässigkeit von Anerkenntnisurteilen sind im Verwaltungsgerichtsprozess bis in die Revisionsinstanz entspr. anzuwenden; *BVerwG* v. 27. 9. 2017 – 8 C 21.16, juris Rn. 4.

<sup>75</sup> *BGH* v. 17. 6. 2016 – V ZR 272/15 = NJW-RR 2016, 1404 Rn. 9; *Möstl*, in: BeckOK-VwGO, 7/2021, § 43 Rn. 4.

<sup>76</sup> *Becker-Eberhard*, in: MünchKommZPO, 6. Aufl. 2020, § 253 Rn. 25.

<sup>77</sup> Vgl. *BGH* v. 17. 6. 2016 – V ZR 272/15 = NJW-RR 2016, 1404 Rn. 10 für Prüfung eines Hausverbots; abl. noch *Helle* NJW 1963, 129, 130 f.; *BGH* v. 3. 5. 1977 – VI ZR 36/74 = NJW 1977, 1288, 1290 f. für Feststellung rechtswidriger Persönlichkeitsverletzungen.

<sup>78</sup> *BGH* v. 30. 10. 2009 – V ZR 253/08 (Stadionverbot) = NJW 2010, 534 Rn. 8; *BGH* v. 17. 6. 2016 – V ZR 272/15 (Rathausverbot) = NJW-RR 2016, 1404 Rn. 18 f.

<sup>79</sup> Für Schutz materiell-rechtlicher Interessen durch gerichtliche Feststellung bereits *Stoll*, in: Festschrift für Böttcher, 1969, S. 341, 350.

<sup>80</sup> *BVerwG* v. 21. 3. 2013 – 3 C 6.12 (Fahrerlaubnis) = NVwZ 2013, 1550 Rn. 15.

<sup>81</sup> *Foerste*, in: *Musielak/Voit*, ZPO, 18. Aufl. 2021, § 256 Rn. 7.

<sup>82</sup> *Roth*, in: *Stein/Jonas*, ZPO, 23. Aufl. 2016, § 256 Rn. 87.

<sup>83</sup> *BAG* v. 22. 7. 2010 – 8 AZR 1012/08 = NZA 2011, 93 Rn. 102 ff.

<sup>84</sup> Vgl. *BGH* v. 4. 5. 2006 – IX ZR 189/03 = NJW 2006, 2780 Rn. 24 ff. – für fortbestehendes Interesse an negativer Anspruchsfeststellung trotz materiell-rechtlich bindender Verzichtserklärung.

<sup>85</sup> *EuGH* v. 25. 4. 2013 – C-81/12 (Accept) = *EuZW* 2013, 469 Rn. 68 zur Gleichbehandlungs-RiL 2000/78/EG; ebenso *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge (Fn. 5), Rn. 101: Veröffentlichung einer Diskriminierungsanerkennung kann deren abschreckende Wirkung verstärken; für ein Veröffentlichungsrecht von gerichtlichen Beleidigungsfeststellungen bereits *Stoll*, in: Festschrift für Böttcher, 1969, S. 341, 363.

<sup>86</sup> *Pärn* (Fn. 31), S. 136 für Veröffentlichung von Urteilen, die Persönlichkeitsrechtsverletzungen feststellen. Indes kann die DSGVO Grenzen setzen, *EuGH* (GK) v. 22. 6. 2021 – C-439/19 (B), juris Rn. 106 ff. für die Veröffentlichung von Strafpunkten wegen Straßenverkehrsdelikten.

<sup>87</sup> Vgl. *BVerfG* v. 28. 1. 1970 – 1 BvR 719/68 (Augstein) = NJW 1970, 651, 652: Meinungsfreiheit bei Verurteilung zu Widerruf jedenfalls gewahrt, wenn Zusatz möglich ist, dass Erklärung in Erfüllung eines rechtskräftigen

Der Anspruch wäre als erweiterter Entschädigungsanspruch gegen den Täter gerichtet und verschuldensunabhängig. Er könnte hierzulande auf § 21 Abs. 2 Satz 3 bzw. § 15 Abs. 2 AGG gestützt werden, die indes für Nichtvermögensschäden nur eine angemessene Entschädigung „in Geld“ gewähren. Diese monetäre Beschränkung ließe sich unionsrechtskonform teleologisch reduzieren und der Entschuldigungsanspruch als Teil der „angemessenen Entschädigung“ verstehen. Dagegen spricht zwar, dass Entschädigung

nach § 21 Abs. 2 Satz 3, § 15 Abs. 2 AGG keine selbständige Präventionsfunktion zukommen und die Normen deshalb einer dahingehenden unionsrechtskonformen Auslegung nicht zugänglich sein sollen<sup>88</sup>. Doch lässt sich die Anerkennung einer eigenständigen Präventivfunktion für Entschädigungen wegen Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts<sup>89</sup> auf Diskriminierungsentschädigungen übertragen.

Urteils erfolgt; a. A. *Pärm* (Fn. 31), S. 39 f.; *Stoll*, in: Festschrift für Bötticher, 1969, S. 341, 363: Rechtszwang zum Widerruf ehrverletzender Äußerungen selbst bei Behauptung erweislich unwahrer Tatsachen unzumutbar.

<sup>88</sup> *C. Schubert* (Fn. 13), S. 207 ff.

<sup>89</sup> *BGH* v. 15. 11. 1994 – VI ZR 56/94 (Caroline von Monaco) = NJW 1995, 861, 865: von Geldentschädigung muss „echter Hemmungseffekt“ ausgehen; bestätigt durch *BVerfG* (K) v. 8. 3. 2000 – 1 BvR 1127/96 (Schockschaden) = NJW 2000, 2187, 2188.