

# Kommentar AGG

Herausgegeben von

**Thomas Hey**

Rechtsanwalt, Düsseldorf

und

**PD Dr. Gerrit Forst LL.M. (Cantab.)**

Freie Universität Berlin

Bearbeitet von

PD Dr. Gerrit Forst LL.M. (Cantab.)

Rechtsanwalt Thomas Hey, Düsseldorf

Rechtsanwalt Dr. Michael Kremer LL.M., Düsseldorf

Rechtsanwältin Dr. Lena Lindemann, Düsseldorf

Rechtsanwalt Thomas Weimann, Düsseldorf

2., neu bearbeitete Auflage 2015

## § 16 Maßregelungsverbot

**(1) Der Arbeitgeber darf Beschäftigte nicht wegen der Inanspruchnahme von Rechten nach diesem Abschnitt oder wegen der Weigerung, eine gegen diesen Abschnitt verstoßende Anweisung auszuführen, benachteiligen. Gleiches gilt für Personen, die den Beschäftigten hierbei unterstützen oder als Zeuginnen oder Zeugen aussagen.**

**(2) Die Zurückweisung oder Duldung benachteiligender Verhaltensweisen durch betroffene Beschäftigte darf nicht als Grundlage für eine Entscheidung herangezogen werden, die diese Beschäftigten berührt. Absatz 1 Satz 2 gilt entsprechend.**

**(3) § 22 gilt entsprechend.**

### Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Überblick	1	c) Zeugenaussagen und Unterstützungshandlungen	27
II. Vorgaben des EU-Rechts	5	d) Einschränkung durch den Einwand des Rechtsmiss- brauchs	30
III. Maßregelungsverbot	13	3. Verbotenes Verhalten	37
1. Geschützter Personenkreis	14	4. Adressat des verbotenen Verhaltens	44
a) Beschäftigte	14	IV. Verwertungsverbot	47
b) Zeugen	15	V. Rechtsfolgen	54
c) Unterstützer	17	VI. Beweiserleichterung	58
2. Geschütztes Verhalten	19	VII. Verhältnis zu anderen Vorschriften	59
a) Ausübung von Rechten aus dem 2. Abschnitt	19		
b) Weigerung, eine benachteiligende Anweisung auszuführen	23		

### I. Überblick

Das beste Antidiskriminierungsrecht ist nutzlos, wenn Betroffene sich aus Angst vor Vergeltungsmaßnahmen nicht trauen, von ihren Rechten Gebrauch zu machen. § 16 trägt diesem Umstand Rechnung. Die Vorschrift untersagt eine Benachteiligung Beschäftigter und weiterer Personen, die von ihren Rechten aus den §§ 6 bis 18 Gebrauch machen. Dieses Verhalten wird auch mit dem unionsrechtlich geprägten Begriff

## § 16 Maßregelungsverbot

der (sekundären) „**Viktimisierung**“<sup>1</sup> bedacht. Aussagekräftiger ist die vom deutschen Gesetzgeber gewählte Bezeichnung „Maßregelungsverbot“. § 16 hat Vorbilder in § 612a BGB sowie in § 5 TzBfG (Rn. 59f.). Diesen Vorschriften ist eines gemein: Sie konzentrieren sich allein auf den repressiven Schutz von Beschäftigten. Dieser gelingt ihnen trotz strenger Verbote und Beweiserleichterungen zugunsten der Betroffenen meistens nur unzureichend.<sup>2</sup>

- 2 Erfolgversprechender wäre es, würde der Gesetzgeber sich darüber Gedanken machen, wie **präventiver Schutz** vor Vergeltungsmaßnahmen bewerkstelligt werden kann. Die Diskussion um die gesetzliche Regelung des Whistleblowing ist hier einen Schritt weiter:<sup>3</sup> Dort hat man längst erkannt, dass vertrauliche Beschwerdesysteme offenen Systemen überlegen sind. Bei vertraulichen Beschwerdesystemen kennt nur ein Intermediär (in der Regel ein Rechtsanwalt) die Identität des Whistleblowers, während er diese dem Arbeitgeber gegenüber geheim hält. In Antidiskriminierungssachverhalten ist dieser Weg nicht immer gangbar, etwa bei einer sexuellen Belästigung. Hier ist meistens klar, wer der Betroffene ist. Dennoch sind auch Sachverhalte denkbar, in denen Vertraulichkeit der Schlüssel zum Erfolg im Antidiskriminierungsrecht sein könnte: Wenn von mehreren Dutzend benachteiligten Betriebsrentnern einer die Benachteiligung wegen des Alters vertraulich geltend macht, schützt ihn die Anonymität der Masse effektiv vor Vergeltungsmaßnahmen.
- 3 Dass **Whistleblowing** und Antidiskriminierungsrecht zahlreiche Berührungspunkte haben,<sup>4</sup> zeigt ein Blick in andere Rechtsordnungen. In Frankreich beispielsweise erkennt die *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés* an, dass Verstöße gegen Antidiskriminierungsvorschriften im Rahmen eines Whistleblowing-Systems gemeldet werden dürfen.<sup>5</sup> Umgekehrt wertet das Gesetz eine Benachteiligung

---

1 Abgeleitet vom lateinischen Wort für Opfer (*victima*), bedeutet das Wort – wenig treffend – „Opferung“ oder – treffender, aber grammatikalisch falsch gebildet – „zum Opfer machen“. Da es bei § 16 darum geht, eine Benachteiligung abzuwehren, die eine Vergeltung für die Abwehr einer ersten Benachteiligung ist, spricht *Benecke*, NZA 2011, 481, 484, bezüglich der Vergeltungsmaßnahme von „sekundärer Viktimisierung“. Der Begriff zeigt vor allem, dass nicht jeder englische Rechtsbegriff (*victimisation*) unbesonnen übernommen werden sollte.

2 Treffend *Isenhardt*, in: FS Richardi, 2007, S. 269: „Mehr Schein als Sein“.

3 Ausführlich *Forst*, EuZA 2013, 37, 77ff. m. w. N.

4 S. dazu bereits *Forst*, EuZA 2013, 37, 62.

5 CNIL, Autorisation unique Nr. AU-004 – Délibération Nr. 2005-305 v. 8.12.2005, geändert durch Délibération Nr. 2010-369 v. 14.10.2010. Es handelt sich dabei um eine

von Whistleblowern als Diskriminierung.<sup>6</sup> Das Beschwerderecht aus § 13 und das Maßregelungsverbot aus § 16 lassen sich also auch als gesetzliche Regelung eines Sonderfalls des Whistleblowing deuten.

Eine Änderung der Rechtsordnung hin zu einem präventiven Schutz könnte der deutsche Gesetzgeber trotz der unionsrechtlichen Vorgaben (Rn. 5 ff.) selber vornehmen. Bis auf Weiteres verbietet § 16 Abs. 1 aber nur die Benachteiligung von Beschäftigten, Zeugen und Unterstützern (Rn. 13 ff.). Absatz 2 der Vorschrift verbietet es, die Reaktion eines Beschäftigten auf eine Benachteiligung bei einer Folgeentscheidung zu verwerten (Rn. 47 ff.). § 16 Abs. 3 verweist auf die Beweiserleichterung des § 22 (Rn. 58). 4

## II. Vorgaben des EU-Rechts

Nach Art. 9 Richtlinie 2000/43/EG treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, um den einzelnen vor Benachteiligungen zu schützen, die als Reaktion auf eine Beschwerde oder auf die Einleitung eines Verfahrens zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes erfolgen. Vorgegeben ist den Mitgliedstaaten nur das Ziel. Wie sie dieses erreichen, ist ihnen freigestellt. Der EuGH ist der Ansicht, das Maßregelungsverbot verwirkliche das Grundrecht auf **effektiven Rechtsschutz** aus Art. 47 GrCh.<sup>7</sup> 5

Die Vorschrift beschränkt sich nicht auf Arbeitnehmer und nicht auf Benachteiligungen durch Arbeitgeber. Anders als die deutsche Sprachfassung verlangen andere Sprachfassungen der Richtlinie außerdem nicht, dass die Benachteiligung wegen der „Einleitung“ eines Verfahrens erfolgt. Es genügt, dass die Benachteiligung eine Reaktion auf ein solches Verfahren ist (en: *reaction to a complaint or to proceedings aimed at enforcing compliance with the principle of equal treatment*; fr: *réaction à une plainte ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement*). Von Art. 9 Richtlinie 2000/43/EG umfasst sind deshalb auch **Unterstützer** und **Zeugen**.<sup>8</sup> 6

---

generell-abstrakte Erlaubnis. Daneben kann die CNIL im Einzelfall eine *autorisation individuelle* erteilen.

6 Art. L. 1161-1 *Code du travail*.

7 EuGH, Urteil vom 14.10.2010 – C-243/09, NZA 2010, 1344 – *Fuß*.

8 So auch BT-Drucks. 16/1780, S. 39; a.A. *Adomeit/Mohr*, AGG, § 16 Rn. 8; *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 16 Rn. 5.

## § 16 Maßregelungsverbot

- 7 Art. 11 Richtlinie 2000/78/EG beschränkt diese Vorgabe hingegen auf Arbeitnehmer, Unterstützer und Zeugen sowie auf Benachteiligungen durch den Arbeitgeber und Beschwerden innerhalb des betreffenden Unternehmensteils. Ausdrücklich nennt er als Beispiel für eine benachteiligende Maßnahme die Entlassung.
- 8 Art. 24 Richtlinie 2006/54/EG formuliert identisch wie Art. 11 Richtlinie 2000/78/EG, bezieht aber auch Arbeitnehmervertreter in den Schutz mit ein. **Arbeitnehmervertreter** sind darüber hinaus durch Art. 7 Richtlinie 2002/14/EG (Konsultationsrahmenrichtlinie) sowie weitere, bereichsspezifische Vorschriften gegen Benachteiligungen geschützt, die der Arbeitgeber wegen der Wahrnehmung ihrer Aufgaben und Befugnisse gegen sie richtet.
- 9 § 16 setzt diese Vorgaben nach der Vorstellung des deutschen Gesetzgebers um.<sup>9</sup> Er verzichtet jedoch auf die Differenzierungen, wie sie die Richtlinien vornehmen, und enthält einen einheitlichen Tatbestand. Dieser beschränkt sich unter anderem auf Beschäftigte sowie deren Unterstützer (einschließlich Zeugen) und auf Benachteiligungen durch den Arbeitgeber.
- 10 Ein **Umsetzungsdefizit** besteht also im Hinblick auf die Richtlinie 2000/43/EG („Rasse“ und ethnische Herkunft), soweit diese auch Benachteiligungen von Nichtbeschäftigten durch Nichtarbeitgeber verbietet. Wer sich beschwert, wegen seiner Hautfarbe keinen Zutritt zu einer Diskothek erhalten zu haben, darf dafür nach der Richtlinie keine Nachteile erleiden. Der zivilrechtliche Teil des AGG (§§ 19 bis 21) enthält jedoch keine dem § 16 vergleichbare Vorschrift und das Recht, sich an die Beschwerdestelle des Bundes zu wenden (§ 27 Abs. 1), ist nicht durch das Verbot einer Benachteiligung wegen einer solchen Meldung unterfangen.
- 11 Eine richtlinienkonforme Auslegung des § 16 scheidet wegen dessen Wortlaut aus. Es bleiben eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung (also eine Analogie zu § 16), eine unmittelbare Anwendung der Richtlinie 2000/43/EG oder ein Staatshaftungsanspruch nach den *Franco-vich*-Grundsätzen (näher dazu § 33 Rn. 7 ff.), um dieses Defizit zu beheben.
- 12 Kein Defizit besteht bezüglich der Richtlinie 2004/113/EG und der Richtlinie 2010/41/EU, weil diese keine entsprechenden Vorgaben enthalten.

---

<sup>9</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 38.

### III. Maßregelungsverbot

Der Tatbestand des § 16 Abs. 1 enthält den geschützten Personenkreis (Rn. 14 ff.), das geschützte Verhalten (Rn. 19 ff.), das verbotene Verhalten (Rn. 37 ff.) sowie dessen Adressaten (Rn. 44 ff.). 13

#### 1. Geschützter Personenkreis

##### a) Beschäftigte

§ 16 Abs. 1 schützt zunächst die Beschäftigten. Der Begriff des Beschäftigten ist identisch mit dem in § 6 definierten Begriff.<sup>10</sup> Auf die Kommentierung zu § 6 wird daher verwiesen. 14

##### b) Zeugen

§ 16 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 schützt darüber hinaus auch Zeugen. Wer als Zeuge anzusehen ist, sagt die Norm nicht. Zeugen müssen allerdings **zugleich Beschäftigte** sein:<sup>11</sup> § 16 Abs. 1 S. 2 gewährt ihnen denselben Schutz wie Beschäftigten, also gegen Benachteiligungen wegen der Ausübung von Rechten aus dem 2. Abschnitt. Folglich müssen sie selber Inhaber solcher Rechte sein. 15

Jedenfalls als Zeugen erfasst sind alle Personen, die als Beweismittel in einem Gerichtsverfahren vernommen werden. Ein so verstandener Zeugenbegriff hat allerdings nur einen recht engen Anwendungsbereich. Er würde vor allem keine Zeugen erfassen, die bei einer Beschwerdestelle oder einer sonstigen Behörde, vor einem Schiedsgericht oder in einem sonstigen außergerichtlichen Verfahren aussagen. Das ist mit dem Zweck der Regelung nicht zu vereinbaren, dem Beschäftigten und auch den Zeugen einen möglichst umfassenden Schutz zuteil werden zu lassen. Andererseits kann nicht jeder, der gegenüber dem Beschäftigten, dem Arbeitgeber oder einem Dritten eine Aussage tätigt, als Zeuge angesehen werden, weil sonst der Begriff des Unterstützers weitgehend leer liefe. Zeugen sind deshalb alle Personen, die in einem **formalisierten Verfahren** über von ihnen wahrgenommene Tatsachen 16

<sup>10</sup> Stein, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 16 Rn. 3; Benecke, NZA 2011, 481, 484.

<sup>11</sup> Adomeit/Mohr, AGG, § 16 Rn. 24.

## § 16 Maßregelungsverbot

vernommen werden.<sup>12</sup> Formalisierte Verfahren sind nicht nur staatliche Verfahren (Gerichtsprozesse und behördliche Ermittlungen), sondern auch Schieds- und Mediationsverfahren oder in Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträgen geregelte Streitbeilegungsmechanismen. Wer in **internen Ermittlungen** vernommen wird, ist dagegen kein Zeuge,<sup>13</sup> sondern allenfalls Unterstützer, denn hier fehlt es an der Würdigung der Aussage durch einen neutralen Dritten und in der Regel auch an einem formalisierten Verfahren.

### c) Unterstützer

- 17 Der Begriff des Unterstützers (§ 16 Abs. 1 S. 2 Alt. 1) ist Auffangtatbestand zum Begriff des Zeugen. Unterstützer von Unterstützern oder Zeugen sind nach dem Zweck des § 16 ebenfalls Unterstützer (**Kettenunterstützung**). So wie Zeugen (Rn. 15) müssen auch Unterstützer zugleich Beschäftigte sein.<sup>14</sup>
- 18 Der Begriff des Unterstützers umfasst zunächst alle Personen, die außerhalb eines formalisierten Verfahrens über von ihnen wahrgenommene Tatsachen vernommen werden. Unterstützer sind darüber hinaus aber auch Personen, die dem Beschäftigten in anderer Weise als durch ihre Aussage helfen. Umfasst sind zum einen Personen, die ein Amt ausüben, das es ihnen zur Aufgabe macht, Beschäftigte bei der Durchsetzung ihrer Rechte zu unterstützen. Das betrifft etwa Mitglieder der Arbeitnehmervertretungen, Gleichstellungsbeauftragte, Gewerkschaftsfunktionäre oder auch im Unternehmen eingesetzte Ombudsleute. Unterstützer sind darüber hinaus alle Personen, die den Beschäftigten und sein Anliegen in irgendeiner Weise konkret fördern (Rn. 28).

## 2. Geschütztes Verhalten

### a) Ausübung von Rechten aus dem 2. Abschnitt

- 19 § 16 Abs. 1 erfasst nur bestimmtes Verhalten eines Beschäftigten, Zeugen oder Unterstützers. Geschützt ist zunächst die Inanspruchnahme

---

12 *Bauer/Göppfert/Krieger*, AGG, § 16 Rn. 13; *Schlachter*, in: ErfK, AGG, § 16 Rn. 2; *Stein*, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 16 Rn. 9; *Benecke*, NZA 2011, 481, 485; a.A. *Kocher*, in: Schiek, AGG, § 16 Rn. 2.

13 *Bauer/Göppfert/Krieger*, AGG, § 16 Rn. 14; *Schlachter*, in: ErfK, AGG, § 16 Rn. 2; *Benecke*, NZA 2011, 481, 485.

14 *Adomeit/Mohr*, AGG, § 16 Rn. 24.

von Rechten aus dem 2. Abschnitt des AGG („nach diesem Abschnitt“). Dieser umfasst die §§ 6 bis 18.

Zu den **Rechten** aus dem 2. Abschnitt zählen: **20**

- der Anspruch auf Gleichbehandlung aus § 7 Abs. 1,
- eine Beschwerde bei einer zuständigen Stelle des Betriebs, des Unternehmens oder der Dienststelle nach § 13,
- das Recht zur Einstellung der Arbeitsleistung nach § 14,
- sowie der Schadensersatz- bzw. Entschädigungsanspruch aus § 15.

**Nicht** zu den Rechten zählen die in § 15 Abs. 5 in Bezug genommenen Ansprüche<sup>15</sup> sowie das Recht aus § 27 Abs. 1, sich an die Antidiskriminierungsstelle des Bundes zu wenden, denn sie finden sich nicht im zweiten Abschnitt. Das Recht auf Mitgliedschaft und Mitwirkung in Vereinigungen betrifft nicht das Beschäftigungsverhältnis (§ 18 Rn. 29) und ist deshalb nicht von § 16 umfasst. **21**

Der Beschäftigte nimmt ein Recht in Anspruch, wenn er gegenüber dem Arbeitgeber oder Dritten erklärt, ihm stehe dieses Recht zu. Es ist für eine **Inanspruchnahme** nicht erforderlich, dass der Beschäftigte von dem behaupteten Recht letztlich Gebrauch macht oder gar eine Klage erhebt.<sup>16</sup> **22**

*b) Weigerung, eine benachteiligende Anweisung auszuführen*

Beschäftigte dürfen sich weigern, eine gegen den 2. Abschnitt verstößende Anweisung auszuführen. Die Weigerung kann ausdrücklich oder konkludent (durch Nichtfolgeleisten) erklärt werden. **23**

Der Begriff **Anweisung** erfasst zunächst die Sachverhalte, die dem Tatbestand der Legaldefinition in § 3 Abs. 5 subsumiert werden können. Eine von § 16 Abs. 1 geschützte Weigerung liegt darüber hinaus vor, wenn die Anweisung zwar nicht den Tatbestand des § 3 Abs. 5 erfüllt, aber gegen andere Vorschriften des 2. Abschnitts verstößt. Erfasst ist insbesondere die Anweisung an einen bei einer Beschwerdestelle nach § 13 Beschäftigten, Meldungen nicht anzunehmen oder nicht zu bearbeiten.<sup>17</sup> **24**

<sup>15</sup> *Adomeit/Mohr*, AGG, § 16 Rn. 13; *Stein*, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 16 Rn. 3; a.A. *Voigt*, in: Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, § 16 Rn. 1; *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 16 Rn. 15.

<sup>16</sup> *Adomeit/Mohr*, AGG, § 16 Rn. 8; *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 16 Rn. 8; *Schlachter*, in: ErfK, AGG, § 16 Rn. 1; *Stein*, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 16 Rn. 3; wohl auch *Benecke*, NZA 2011, 481, 484.

<sup>17</sup> *Adomeit/Mohr*, AGG, § 16 Rn. 21.



## § 16 Maßregelungsverbot

- 25 Von § 16 nicht erfasst sind Anweisungen, die eine Benachteiligung von **Dritten** nach sich ziehen, die keine Beschäftigten sind.<sup>18</sup> Für sie gilt der 2. Abschnitt nicht, so dass eine entsprechende Weisung auch nicht gegen den 2. Abschnitt verstößt. Wird ein Türsteher einer Diskothek angewiesen, „keine Schwarzen“ hereinzulassen, kann er sich der Weisung zwar widersetzen, weil sie rechtswidrig ist, da sie gegen § 19 verstößt. Er kann sich aber nicht auf § 16, sondern nur auf § 612a BGB berufen.
- 26 Das Weigerungsrecht steht auch Unterstützern oder Zeugen zu. Da sie aber Beschäftigte sein müssen (Rn. 15, 17), unterfallen sie stets schon Satz 1, sollte der Arbeitgeber an sie selbst eine Weisung richten. Unterstützen sie einen Beschäftigten oder sagen sie für ihn aus, unterfällt dies den in Rn. 28 genannten Handlungsformen.

### *c) Zeugenaussagen und Unterstützungshandlungen*

- 27 Zeugen können sich auf § 16 Abs. 1 berufen, soweit sie aussagen. Zeugen sagen nach dem in Rn. 16 Gesagten aus, wenn sie in einem formalisierten Verfahren die von ihnen wahrgenommenen Tatsachen wiedergeben. Sie müssen die Tatsachen nicht selber wahrgenommen haben, sondern können als Zeugen vom Hörensagen auch von der Wahrnehmung Dritter berichten<sup>19</sup> – um den Preis geringerer Beweiskraft. Umfasst ist darüber hinaus auch die Äußerung von Werturteilen. Es ist unerheblich, ob die **Aussage** (fern-)mündlich oder schriftlich erfolgt.
- 28 Eine Unterstützungshandlung muss objektiv geeignet sein, dem Beschäftigten zu helfen. Ein Erfolg ist nicht erforderlich. Die **Unterstützungshandlung** muss das Anliegen des Beschäftigten aber konkret fördern. Konkret fördern bedeutet, dass der Unterstützer in Bezug auf den Einzelfall tätig werden muss. Nicht ausreichend ist es, sich generell-abstrakt „gegen Diskriminierungen“ zu engagieren, etwa in einem Verband nach § 23.<sup>20</sup> Denkbar ist, dass der Unterstützer den Beschäftigten mit Informationen versorgt, ihn über seine Rechte aufklärt, ihm Mut zuspricht oder ihm logistische oder finanzielle Unterstützung zukommen lässt. Auch Unterstützungshandlungen zugunsten eines Unterstützers oder Zeugen (Kettenunterstützung) sind Unterstützungshandlungen.

18 *Thüsing*, in: MüKoBGB, AGG, § 16 Rn. 7.

19 Die eigene Wahrnehmung beschränkt sich also auf die Wiedergabe des Dritten. Enger als hier *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 16 Rn. 13: „eigene Wahrnehmungen“. Ausführlicher zum Begriff des Zeugen *Bauer/Siegrist*, ZIP 2006, 1710, 1715f.

20 *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 16 Rn. 10.

gen. Eine aufgedrängte Unterstützungshandlung ist ebenfalls eine von § 16 Abs. 1 geschützte Unterstützung,<sup>21</sup> denn es kommt nur darauf an, den Zeugen zu schützen, nicht den Beschäftigten vor dem Zeugen.

Soweit vereinzelt vertreten wird, **unbedeutende Unterstützungshandlungen** seien aus dem Tatbestand auszuschneiden, weil keine Gefahr für den Unterstützer bestehe,<sup>22</sup> überzeugt dies nicht: Der Wortlaut der Norm gibt dafür nichts her. Wo keine Gefahrenlage besteht, braucht der Arbeitgeber auch keine zusätzlichen rechtlichen Lasten zu fürchten. Umgekehrt muss auch einem unbedeutenden Unterstützer rechtlicher Schutz zuteil werden, wenn der Arbeitgeber doch gegen ihn vorgeht. Außerdem entfällt die schwierige Abgrenzung, was eine „unbedeutende“ Unterstützungshandlung ist und was nicht, wenn man auf die Einschränkung ganz verzichtet.

#### *d) Einschränkung durch den Einwand des Rechtsmissbrauchs*

Nach überwiegender Ansicht ist – in Anlehnung an § 612a BGB – nur **„zulässiges“ Verhalten** des Beschäftigten etc. von § 16 Abs. 1 umfasst.<sup>23</sup> Was diese recht unpräzise Aussage genau meint, bleibt regelmäßig unklar. Sicher ist: Gegen rechtswidriges Verhalten des Beschäftigten etc. darf sich der Arbeitgeber mit den ihm zu Gebote stehenden Mitteln wehren, etwa einer Abmahnung, Kündigung oder Schadensersatzforderungen. Sein Verhalten ist dann keine unzulässige Maßregelung, sondern rechtmäßige Ausübung eigener Rechte. Sicher ist aber auch, dass es Meinungsverschiedenheiten zwischen Arbeitgeber und Beschäftigtem etc. darüber gibt, welche Maßnahmen des Arbeitgebers rechtmäßig sind und welche nicht. Anderenfalls wären die Arbeitsgerichte überflüssig. Umgekehrt gibt es Verhalten von Beschäftigten etc., das der Arbeitgeber für rechtswidrig hält, während es der Beschäftigte etc. für rechtmäßig erachtet. Auch hier müssen letztlich die Arbeitsgerichte entscheiden. Das Ergebnis ist ein sorgsam tariertes Gleichge-

21 *Thüsing*, in: MüKoBGB, AGG, § 16 Rn. 11; *Benecke*, NZA 2011, 481, 485; a.A. *Adomeit/Mohr*, AGG, § 16 Rn. 25; *Göpfert/Siegrist*, ZIP 2006, 1710, 1715.

22 *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 16 Rn. 11; *Benecke*, NZA 2011, 481, 485; *Göpfert/Siegrist*, ZIP 2006, 1710, 1716.

23 *Adomeit/Mohr*, AGG, § 16 Rn. 15; *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 16 Rn. 18; *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 16 Rn. 15; *Bücker*, in: Rust/Falke, AGG, § 16 Rn. 7; *Voigt*, in: Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, § 16 Rn. 12; differenzierend *Stein*, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 16 Rn. 4; a.A. *Kocher*, in: Schiek, AGG, § 16 Rn. 8.

wicht wechselseitiger Rechte und Pflichten der Parteien des Beschäftigungsverhältnisses. Diese „normalen“ Streitigkeiten lassen sich nicht mit dem sehr groben Werkzeug des Maßregelungsverbots bewältigen. Was also ist gemeint, wenn „unzulässigem“ Verhalten des Beschäftigten etc. *a priori* der Schutz aus § 16 Abs. 1 versagt wird?

- 31 Letztlich geht es darum, den **Einwand des Rechtsmissbrauchs** (§ 242 BGB) zu konkretisieren. Auch hier hilft ein Blick in die allgemeine Whistleblowing-Diskussion (dazu Rn. 2f.) weiter: Es gibt Fallgestaltungen, in denen eine Meldung durch einen Whistleblower *a priori* für nicht schützenswert erklärt wird, weil die Rechte des Angezeigten oder höherrangige Rechtsgüter Vorrang beanspruchen.<sup>24</sup> Übertragen auf § 16 Abs. 1, stellen sich fünf Fragen: Sind anonyme Beschwerden nach § 13 geschützt? Darf eine Beschwerde an externe Stellen (Antidiskriminierungsstelle, Gewerkschaft, Medien, Staatsanwaltschaft) gerichtet werden, oder bedarf es vorab eines Versuchs interner Klärung? Wer trägt das Irrtumsrisiko, das heißt, das Risiko, dass ein beanspruchtes Recht aus dem 2. Abschnitt in Wahrheit nicht existiert? Ist die Motivation des Beschwerdeführers zu berücksichtigen? Welche Folgen hat es, wenn eine Beschwerde auf Informationen beruht, die der Beschwerdeführer rechtswidrig erlangt hat?
- 32 § 16 Abs. 1 und § 13 untersagen **anonyme Beschwerden** nicht, erlauben sie aber auch nicht ausdrücklich. Das BAG hält anonymes Whistleblowing grundsätzlich für zulässig, verwehrt einem anonymen Whistleblower aber den Schutz aus Art. 5 Abs. 1 GG.<sup>25</sup> Auch die Parlamentarische Versammlung des Europarats hält anonymes Whistleblowing für zulässig, jedoch nicht für empfehlenswert.<sup>26</sup> Tatsächlich liegen die Nachteile auf der Hand: Nicht nur fördern anonyme Beschwerdemöglichkeiten alle Arten des Denunziantentums. Auch läuft der Beschwerdeführer Gefahr, dass er aufgrund der Art der Informationen identifiziert wird. Wird er dann Ziel einer Maßregelung, kann er kaum darlegen und beweisen, dass diese wegen der Beschwerde erfolgte, weil er nicht darlegen und beweisen kann, dass die Beschwerde von ihm stammte. Trotz dieser Nachteile lässt sich §§ 13, 16 Abs. 1 aber kein

---

24 Ein Überblick über die gängigsten Einschränkungen findet sich bei *Forst*, EuZA 2013, 37, 58 ff.

25 BAG, Urteil vom 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, NJW 2004, 1547, 1549.

26 Berichterstatter *Omtzigt*, in: Parlamentarische Versammlung des Europarats, The protection of „whistle-blowers“, Doc. 12006 v. 14.9.2009, S. 20 Rn. 116. Näher dazu *Forst*, EuZA 2013, 37, 42.