

**Diskriminierungsverbote unter Privaten:
Rechtsdurchsetzung im deutschen und
US-amerikanischen Recht**

Joachim Wiemann, LL.M. (Harvard)

Dissertation

Eingereicht bei der Juristischen Fakultät der Universität Passau

Betreuer und Erstgutachter: Prof. Dr. Dennis Solomon, LL.M. (Berkeley)

Zweitgutachterin: Prof. Dr. Dörte Poelzig, M.Jur. (Oxford)

Tag der Disputation: 22. Juli 2015

Vorwort

Mein Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Dennis Solomon für die gute Betreuung dieser Arbeit. Für die Erstellung des Zweitgutachtens bedanke ich mich bei Frau Prof. Dr. Dörte Poelzig.

Bedanken möchte ich mich auch bei der Studienstiftung des Deutschen Volkes, die meine Promotion durch ein Doktoranden-Stipendium gefördert hat.

Wesentliche Teile dieser Arbeit sind bei einem Aufenthalt als Gastwissenschaftler an der Harvard Law School im akademischen Jahr 2010/2011 entstanden. Wichtige Denkanstöße habe ich auch bei meinem LL.M.-Studium dort erhalten, das durch Stipendien des Deutschen Akademischen Austauschdienstes und der Harvard University ermöglicht wurde. Ich möchte mich bei den vielen Professoren, Gastwissenschaftlern und Kommilitonen bedanken, die mit ihren Anregungen zu meiner Dissertation beigetragen haben.

Für persönliche Unterstützung bedanke ich mich ganz herzlich bei meiner Frau Rebekka, meinen Kindern Charlotte und Oscar, meinen Eltern Wiltrud und Hellmar sowie meinen Schwiegereltern Doris und Neculai.

Als Beamter der Europäischen Kommission weise ich darauf hin, dass selbstverständlich alle Ansichten meine persönlichen Ansichten sind und keine offizielle Position der Europäischen Kommission darstellen.

1. TEIL: EINFÜHRUNG	11
A. Gegenstand und Struktur der Arbeit	13
B. Grundlegende Bemerkungen zur Untersuchung von Rechtsdurchsetzung	15
I. Ziele, Tatbestand und Rechtsfolgen	15
II. Interdependenzen zwischen Tatbestand und Rechtsfolgen	15
III. Überschneidungen zwischen Tatbestand, Rechtsfolge und Verfahrensvorschriften	17
IV. Private Rechtsverfolgung, staatliche Rechtsverfolgung und hybride Lösungen	17
V. Die Bewertung der Rechtsfolgen und der Rechtsdurchsetzung: sinnvolle Annahmen für eine rechtsfolgenbezogene Analyse	18
C. Gleichbehandlungsrecht: der rechtliche Kontext der Untersuchung	19
I. Ergebnisgleichheit vs. Chancengleichheit	19
II. Schutz und Bevorzugung bestimmter Gruppen vs. Neutralität	20
III. Gleichbehandlungspflichten für die öffentliche Gewalt und für Private	21
IV. Gründe für die unterschiedliche Bindung öffentlicher Gewalt und Privater	23
D. Diskriminierungen: der faktische Kontext der Untersuchung	24
I. Unerkannte Diskriminierungen: Stereotypen und Verhaltensmuster	25
II. Soziale Ausgrenzung und Stigmatisierung	26
III. Diskriminierung als Teufelskreis	29
IV. Diskriminierungsopfer: fehlende Rechtskenntnis und geringe Neigung zur Rechtsverfolgung	31
2. TEIL: ANALYSE DER EUROPÄISCHEN GLEICHBEHANDLUNGS- RICHTLINIEN	33
A. Die Gleichbehandlungsrichtlinien	33
I. Richtlinien und Richtlinienvorschläge zu Gleichbehandlung unter Privaten	33
II. Die Richtlinien im Bereich des allgemeinen Zivilrechts im Überblick	34
III. Die Ziele der Richtlinien	35
B. Die Anforderungen der Richtlinien an die Gestaltung der Rechtsdurchsetzung	37
I. Der Wortlaut der Richtlinien	37
II. Rechtsdurchsetzungs- und Rechtsfolgengrundsätze im EU-Recht und ihr Verhältnis zu den Vorgaben der Richtlinien	38
1. Anforderungen im Einzelnen	40
a) Der Anforderungsdreiklang in den Richtlinien	40
b) Äquivalenzgrundsatz und Effektivitätsgrundsatz	41
c) Günstigkeitsprinzip	42

d)	Die Rechtsprechung des EuGH zu arbeitsrechtlichen Diskriminierungs- verboten	43
e)	Konkrete Bestimmungen in den Richtlinien	44
2.	Vorschlag für eine Systematik	45
a)	EU-rechtliche abstrakte Mindestanforderungen an die Wirksamkeit	46
b)	EU-rechtliche abstrakte Mindestanforderungen an die Verhältnismäßigkeit	47
c)	EU-rechtliche relative Mindestanforderungen: der Vergleich mit der Behandlung rein nationaler Rechtspositionen	48
d)	Spezielle Regelungen in den Richtlinien und ihr Verhältnis zu allgemeinen Grundsätzen	49
III.	Unionsrechtliche Vorgaben für die konkrete Gestaltung der Rechtsdurchsetzung	50
1.	Private vs. staatliche Rechtsdurchsetzung	50
2.	Schadensersatz	52
3.	Verschuldenserfordernis für Schadensersatzansprüche und Ersatz immateriellen Schadens	54
4.	Beteiligung von Verbänden und kollektive Klagerechte	55
IV.	Der Einfluss der Richtlinien bei überschießender Umsetzung	57
1.	Offenheit statt Richtliniendeterminiertheit als primäres Kriterium für eine richtlinienorientierte Auslegung	58
2.	Die Problematik der Gesamtschau	59
3.	Wert eines Systems – richtlinienkonforme Auslegung als Anpassung an benachbarte nationale Regelungen	60
4.	Große Systeme mit kleinen richtliniendeterminierten Anwendungsfeldern	61
C.	Ergebnis	61
3. TEIL:	ANALYSE DES DEUTSCHEN RECHTS	63
A.	Diskriminierungstatbestände im Überblick und Ziele des Gesetzes	63
I.	Die Diskriminierungstatbestände des AGG im Überblick	63
II.	Die dem AGG zugrunde liegenden Ziele	65
1.	Grundlegende Fragen	65
2.	Die Ziele im Einzelnen	66
B.	Das AGG im Spannungsverhältnis zu allgemeinen zivilrechtlichen Prinzipien	68
I.	Rechtsfolgen von Anspruchsgrundlagen außerhalb des AGG – das Verhältnis zum AGG	69
1.	Deliktische Ansprüche	69
2.	Vertragliche und vertragsähnliche Ansprüche	70
II.	Charakter der Ansprüche des AGG	70
III.	Zur Anwendbarkeit von AGG-Ausgestaltungsvorschriften auf allgemeine Anspruchsgrundlagen	74

IV. Übertragbarkeit der Grundsätze zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht auf das AGG?	75
1. Der Rahmen der Fragestellung	75
2. Europarecht: Unzulässigkeit einer Übernahme	76
3. Deutsches Recht: Systemwidrigkeit einer Übernahme	78
4. Schlussfolgerung	79
C. Individuelle zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung und ihre Rechtsfolgen	80
I. Gemeinsame Fragestellungen	80
1. Inhaber der Ansprüche	80
2. Anspruchsgegner und Beteiligung von Hilfspersonen	81
3. Die Fristgebundenheit der Geltendmachung	85
II. Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche	87
1. Vergleichbare Ansprüche	87
2. Der Beseitigungsanspruch	88
a) Anspruchsinhalt: die schwierige Abgrenzung zum Anspruch auf Schadensersatz	88
b) Korrektur einer Ungleichbehandlung	92
3. Der Unterlassungsanspruch	93
a) Wiederholungs- und Erstbegehungsgefahr	93
b) Anspruchsinhalt und Abgrenzung zum Beseitigungsanspruch	95
4. Kontrahierungszwang	96
a) Auslegung des AGG	97
b) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Kontrahierungszwangs	100
(1) Annahme der Verfassungsmäßigkeit des Tatbestandes: die Folgen für den Kontrahierungszwang	101
(2) Die freie Wahl des Vertragspartners in der Abwägung	102
(3) Fehlerhafte Gegenüberstellungen – abstrakte und konkrete Konzepte	105
c) Weitere Anspruchsvoraussetzungen und Anspruchsumfang	105
III. Schadensersatzansprüche	108
1. Zusätzliche Tatbestandsvoraussetzungen und Vertretenmüssen	108
2. Umfang des Schadensersatzanspruchs	110
3. Entschädigung für immaterielle Schäden	112
a) Ersatz für immaterielle Schäden im deutschen Recht und Grundlage der Entschädigung nach dem AGG	112
b) Verschuldensunabhängige Haftung für immaterielle Schäden?	113
c) Die Persönlichkeitsrechtsverletzung und die Anforderungen an ihre Intensität	114
d) Subsidiarität des Anspruchs	115
e) Bemessung der Entschädigung	116
IV. Nichtigkeit von Rechtsgeschäften	118

D. Kollektive Rechtsdurchsetzung im deutschen Recht	120
I. Das Fehlen genereller kollektiver Rechtsdurchsetzung und die Ausnahmen	120
II. Unterstützung durch Antidiskriminierungsverbände im AGG	121
III. Überlegungen zu einer Verbandsklage im Antidiskriminierungsrecht	121
IV. Verbandsklagerechte im Bereich Antidiskriminierung nach anderen Vorschriften	124
E. Staatliche Rechtsdurchsetzung und öffentlich-rechtliche Folgen im Antidiskriminierungsrecht	125
F. Ergebnis	126
4. TEIL: ANALYSE DES US-BUNDESRECHTS	129
A. Diskriminierungsverbote im Überblick	129
I. Civil Rights Act of 1866	130
II. Civil Rights Act of 1964	131
III. Fair Housing Act	132
IV. Titel IX der Education Amendments	133
V. Americans with Disabilities Act	133
B. Grundsätzliche Fragestellungen	134
I. Die Bundesgesetze im Gesamtsystem des amerikanischen Antidiskriminierungsrechts	134
1. Die amerikanische Verfassung und das Antidiskriminierungsrecht	134
2. Einzelstaatliches Antidiskriminierungsrecht	136
II. Ziele der Gesetze	137
III. Die Tatbestände der einzelnen Gesetze	139
IV. Dogmatische Qualifizierung der Ansprüche	139
V. Bei Diskriminierungen anwendbare allgemeine Ansprüche	140
VI. Konkurrenzverhältnis der Rechtsfolgen	141
C. Individuelle Rechtsdurchsetzung und zivilrechtliche Rechtsfolgen	142
I. Allgemeine Problemstellungen	142
1. Anspruchsinhaberschaft und Klageberechtigung	142
2. Anspruchsgegner: Zurechnung und Ausdehnung der Haftung	145
a) Zurechnung	146
b) Ausdehnung	146
3. Kostentragung im Zivilprozess: die „American Rule“ und die Ausnahmen im Antidiskriminierungsrecht	147
4. Ungeschriebene Ansprüche Privater	148
II. Schadensersatzansprüche	149
1. Kompensatorischer Schadensersatz	150
2. Entschädigung für immaterielle Schäden	151

3.	Strafschadensersatz	152
a)	Grundsätze zu Strafschadensersatz in der amerikanischen Rechtsordnung	152
b)	Strafschadensersatz im Antidiskriminierungsrecht	153
III.	Injunctive relief	155
1.	Die gesetzlichen Regelungen	155
2.	Injunctive relief: Formen, Charakter und Einordnung ins Antidiskriminierungsrecht	155
3.	Voraussetzungen und Inhalt der permanent injunction im Antidiskriminierungsrecht im Einzelnen	157
a)	Voraussetzungen	157
b)	Mögliche Inhalte des injunctive relief	159
D.	Kollektive Rechtsdurchsetzung	159
I.	Die Gruppenklage und ihre Rechtsfolgen	159
1.	Die Gruppenklage im Überblick	159
2.	Die Bedeutung der Gruppenklage für Diskriminierungsverbote	161
3.	Die Rechtsfolgen der Gruppenklage und ihr weitreichender Charakter	162
II.	Klagerechte von Organisationen	163
E.	Staatliche Rechtsdurchsetzung und öffentlich-rechtliche Folgen	165
I.	Klagerechte öffentlicher Stellen	166
1.	Voraussetzungen	166
2.	Rechtsfolgen	167
II.	Verwaltungsbehördliche Maßnahmen	168
III.	Strafrechtliche Folgen	169
IV.	Wegfall finanzieller Unterstützung	170
F.	Ergebnis	171
5. TEIL:	VERGLEICH DES DEUTSCHEN UND US-AMERIKANISCHEN RECHTS	173
A.	Ziele des Antidiskriminierungsrechts	173
B.	Individuelle Rechtsdurchsetzung im Vergleich	175
I.	Rückgriff auf allgemeine Grundsätze vs. spezifisches Diskriminierungsrecht	175
II.	Dogmatische Einordnung: vertraglicher bzw. vertragsähnlicher Charakter vs. deliktischer Charakter	176
III.	Kreis der anspruchs- und klageberechtigten Personen	177
IV.	Haftungszurechnung	179
V.	Ansprüche auf Einhaltung der Diskriminierungsverbote	180
VI.	Schadensersatz	181
1.	Individualansprüche auf Schadensersatz	181

2.	Verschulden	182
3.	Strafschadensersatz	182
4.	Ersatz für immaterielle Schäden	183
VII.	Ungeschriebene Ansprüche	184
VIII.	Kostentragung im Zivilprozess	185
C.	Kollektive und öffentliche Rechtsdurchsetzung	186
I.	Bedeutung und Form staatlicher Rechtsdurchsetzung	186
II.	Kollektive Rechtsdurchsetzung	188
1.	Gruppenklagen	188
2.	Verbandsklagen	190
III.	Breitenwirkung der Rechtsverfolgung	191
D.	Systematizität der Rechtsdurchsetzungsvorschriften	192
E.	Ergebnis	193
6. TEIL:	ANALYSE DER RECHTSDURCHSETZUNGSOPTIONEN AUF IHRE WIRKSAMKEIT ZUR VERHALTENSSTEUERUNG	195
A.	Verhaltenssteuerung nach der ökonomischen Analyse des Rechts	197
I.	Anreizmodell der klassischen ökonomischen Analyse und Anwendung auf das Antidiskriminierungsrecht	197
1.	Ausgangspunkt und Schadensquantifizierung	197
2.	Unvollständigkeit des isolierten Verbotstatbestandes – die Bedeutung der Rechtsfolge	200
3.	Die optimale Rechtsfolge unter Berücksichtigung der Rechtsverfolgungs- kosten	201
4.	Privater Anreiz zur Rechtsverfolgung vs. gesellschaftlich sinnvolle Rechtsverfolgung	202
5.	Zwischenstand: optimale erwartete Sanktion im Antidiskriminierungsrecht	203
6.	Optimaler Tatbestand und optimale Rechtsfolgen aus Sicht der ökonomischen Analyse	204
II.	Mechanismen der Rechtsdurchsetzung im Einzelnen	205
1.	Private individuelle Rechtsdurchsetzung	205
2.	Staatliche oder kollektive Rechtsdurchsetzung als Ausweg	206
3.	Rechtsfolgen und Klageberechtigung bei individueller Rechtsdurchsetzung	208
4.	Rechtsfolgen bei staatlicher und kollektiver Rechtsverfolgung	209
B.	Modelle zur Verhaltenssteuerung ohne Annahme des rational-actor-Prinzips	210
I.	Motive für die Normbefolgung aus rechtssoziologischer Sicht	210
II.	Motive für die Normbefolgung aus Sicht von Behavioral Economics	213

1.	Grundannahmen von Behavioral Economics und Implikationen für die Rechtsbefolgung	213
2.	Fehler aufgrund von Voreingenommenheit: Antidiskriminierungsrecht als wichtiges Anwendungsfeld von Behavioral Economics	214
III.	Die Einflussfaktoren und ihre Anwendung auf Durchsetzungsmechanismen für Diskriminierungsverbote	215
1.	Beeinflussung der Einstellung: Symbolische Wirkung von Verbot und Rechtsfolge	215
2.	Verminderung von Voreingenommenheit	216
3.	Außerrechtliche Anreize zur Rechtsbefolgung	218
IV.	Anwendung auf Mechanismen der Rechtsdurchsetzung im Einzelnen	218
1.	Individuelle Rechtsverfolgung	218
2.	Kollektive und staatliche Rechtsverfolgung	221
C.	Ergebnis	221
7. TEIL:	ABSCHLIEßENDE BEMERKUNGEN	223
	LITERATURVERZEICHNIS	227

1. Teil: Einführung

Weitreichende Diskriminierungsverbote unter Privaten sind in Deutschland eine relativ neue Erscheinung. Die Verabschiedung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) im Jahr 2006 war von politischen Kontroversen begleitet und in der Literatur war bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes eine Diskussion um Sinn und Berechtigung von Antidiskriminierungsvorschriften im Zivilrecht entbrannt. Dies ist vor dem Hintergrund der deutschen Rechtstradition zu verstehen, die stark von der Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht geprägt ist, und deren sich diametral unterscheidenden Grundsätzen: Während das öffentliche Recht vom Gleichbehandlungsgrundsatz beherrscht wird, der für unterschiedliche Behandlungen einen rechtfertigenden Grund verlangt, gilt im Privatrecht der Grundsatz der Privatautonomie, der Ungleichbehandlungen zulässt. In den Vereinigten Staaten haben Diskriminierungsverbote unter Privaten hingegen eine relativ lange Geschichte: Nach einzelnen älteren Sonderregeln wurde mit dem Civil Rights Act of 1964 die unterschiedliche Behandlung aufgrund einer Vielzahl von Diskriminierungsmerkmalen verboten. Die Rechtswissenschaft setzt sich besonders seit der Bürgerrechtsbewegung (civil rights movement) der 1950er Jahre intensiv mit Diskriminierungsverboten unter Privaten auseinander und es gibt eine Vielzahl von Urteilen in diesem Bereich.

Antidiskriminierungsrecht ist ein sowohl politisch als auch rechtswissenschaftlich höchst umstrittenes Rechtsgebiet. Das Rechtsgebiet ist auch von erheblicher praktischer Relevanz, da Ungleichbehandlungen weit verbreitet sind. So ist Diskriminierung als die am häufigsten auftretende Menschenrechtsverletzung in Europa bezeichnet worden.¹ Gerade Diskriminierungsverbote unter Privaten werfen eine Vielzahl von grundlegenden rechtsdogmatischen Fragen auf. In der wissenschaftlichen Diskussion sowohl vor als auch nach Inkrafttreten des AGG überwiegen Beiträge, die sich mit der Tatbestandsseite der Diskriminierungsverbote befassen. Sie thematisieren, wann unterschiedliche Behandlungen nach dem AGG unzulässig sind, sowie die verfassungsrechtliche und europarechtliche Zulässigkeit bzw. Gebotenheit der konkreten Regelungen des AGG und von Diskriminierungsverboten unter Privaten generell. Die Rechtsprechung – insbesondere der Obergerichte – zum allgemeinen zivilrechtlichen Teil² des AGG ist bisher sehr spärlich. Obgleich nun einzelne Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs vorliegen,³ haben

¹ Europäische Kommission, GD Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit, Europäisches Handbuch zu Gleichstellungsdaten, S. 11.

² Zur Situation im Arbeitsrecht siehe unten 1. Teil, A.

³ Beispielsweise BVerfG NJW 2013, 1727; BGH JZ 2012, 686.

beide Gerichte noch nicht zu einer der strittigen Fragen im Bereich der Rechtsfolgen Stellung genommen.

Die Rechtsfolgen – und darüber hinaus die Rechtsdurchsetzung insgesamt – im Antidiskriminierungsrecht fristen ein Schattendasein. Dies trifft sowohl auf das deutsche Recht als auch auf das Europarecht und das US-Recht zu. Die Feststellung gilt auch sowohl für die Gesetzgebungsverfahren und politische und öffentliche Diskussionen als auch für die rechtswissenschaftliche Behandlung.⁴ Besonders deutlich wird dies, wenn beispielsweise die Europäische Kommission in der Begründung zu den Rechtsfolgen im Entwurf der Richtlinie zum Schutz der Merkmale Rasse und ethnische Herkunft (Richtlinie 2000/43/EG) ausführt, es handele sich „um Standardbestimmungen, die keiner weiteren Erläuterung bedürfen.“⁵ Diese geringe Beachtung ist erstaunlich, da die Rechtsfolgen letztlich für eine effektive Durchsetzung mindestens ebenso wichtig sind wie die tatbestandlichen Verbote.

Das geringe Interesse für Rechtsfolgen und Rechtsdurchsetzung kann wohl dadurch erklärt werden, dass dieser Bereich technisch und viel weniger greifbar und politisch interessant anmutet als beispielsweise die Frage, welche Diskriminierungsmerkmale unter Schutz gestellt werden sollten. Dabei werfen sinnvolle Rechtsfolgen und Mechanismen der Rechtsdurchsetzung ganz allgemeine und prinzipielle Fragen zur Gestaltung der Rechtsordnung auf.

Dass Rechtsfolgen aber nicht in allen Fällen als rein technische Konstrukte wahrgenommen werden und durchaus in manchen Fällen kontroverse Diskussionen auslösen können, zeigt sich bei der leidenschaftlichen Diskussion mancher „emotionaler“ Rechtsfolgenthemen. Hier ist zum einen der Kontrahierungszwang zu nennen, der – trotz seiner relativ geringen praktischen Bedeutung – akademisch und politisch hoch umstritten ist. Zum anderen ist Strafschadensersatz zu nennen, der wichtiger Teil der amerikanischen Rechtsordnung ist, nach Ansicht deutscher Gerichte jedoch gegen den *ordre public* verstößt, sodass noch nicht einmal US-amerikanische Urteile, die Strafschadensersatz vorsehen, für vollstreckbar erklärt werden können.⁶

Die Bedeutung zivilrechtlicher Diskriminierungsverbote lässt sich nur dann voll erfassen, wenn man auch die Folgen eines Verstoßes berücksichtigt und sich mit den

⁴ Zu der europaweit geringen Aufmerksamkeit hinsichtlich der Rechtsdurchsetzung und hierbei wiederum der noch geringeren Behandlung der Rechtsfolgen der Richtlinien Bell/Kjellstrand, *Critical Review of Academic Literature Relating to the EU Directives to Combat Discrimination*, S. 7 und 28.

⁵ Europäische Kommission, Richtlinienvorschlag Gleichbehandlung Rasse und ethnische Herkunft, KOM(1999) 566, S. 12.

⁶ BGHZ 118, 312, 338 ff.

Folgen eines Verstoßes auseinandersetzt: Handelt es sich um bloße Programmsätze, die eine unterschiedliche Behandlung als rechtswidrig kennzeichnen, oder knüpft das Gesetz an einen Verstoß empfindliche Folgen? Daher untersucht diese Arbeit gerade die Rechtsfolgen von Diskriminierungsverboten unter Privaten und die Rechtsdurchsetzung in diesem Bereich.

Dabei stellen sich zunächst folgende Fragen: Welche Vorgaben setzen die Richtlinien der Europäischen Union für die nationalen Bestimmungen? Welche Rechtsfolgen hat die Verletzung eines zivilrechtlichen Diskriminierungsverbotes in Deutschland und welche Mechanismen der Rechtsdurchsetzung sind vorgesehen? Was sind die Folgen und die Durchsetzungsmechanismen in den USA? Daran schließen sich weitere Fragen und Problemkreise an: Wie stehen die verschiedenen Rechtsfolgen der jeweiligen Rechtsordnung zueinander in Bezug? Ergibt sich aus ihnen ein stimmiges System oder treten Wertungswidersprüche auf? Stehen sie im Einklang mit grundlegenden Rechtsprinzipien und Verfassungsgrundsätzen? Welche Gemeinsamkeiten und welche Unterschiede zeigen sich zwischen der deutschen und der US-amerikanischen Rechtsdurchsetzung? Welche der untersuchten Mechanismen der Rechtsdurchsetzung sind am besten geeignet, die Einhaltung von Diskriminierungsverboten zu erreichen?

A. Gegenstand und Struktur der Arbeit

Zu zivilrechtlichen Antidiskriminierungsvorschriften sind bereits rechtsvergleichende Arbeiten zum amerikanischen Recht erschienen; eine umfassende rechtsvergleichende Untersuchung gerade der Rechtsfolgen oder der Rechtsdurchsetzung insgesamt existiert bisher jedoch nicht. Einige Arbeiten befassen sich ausschließlich oder schwerpunktmäßig mit Arbeitsrecht.⁷ Manche Arbeiten konzentrieren ihre Analyse auf ein geschütztes Diskriminierungsmerkmal.⁸ Meist gehen die Arbeiten nur am Rand auf Rechtsfolgen ein oder behandeln diese nur als einen Teilaspekt.⁹ Einige nicht primär rechtsvergleichende Arbeiten sprechen Aspekte des amerikanischen Rechts an,¹⁰ vergleichen jedoch nicht umfassend die Rechtsfolgen.

⁷ Geyr, Der Kündigungsschutz von Arbeitnehmern durch Willkür- und Diskriminierungsverbote im deutschen und amerikanischen Arbeitsrecht; Fenske, Das Verbot der Altersdiskriminierung im US-amerikanischen Arbeitsrecht; Monen, Eine Untersuchung aufgrund der Rasse, des Geschlechts und der sexuellen Identität im deutschen und US-amerikanischen Privatrecht.

⁸ Fenske, Das Verbot der Altersdiskriminierung im US-amerikanischen Arbeitsrecht.

⁹ So insbesondere Monen, Eine Untersuchung aufgrund der Rasse, des Geschlechts und der sexuellen Identität im deutschen und US-amerikanischen Privatrecht.

¹⁰ So z. B. Leder, Das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung; Röttgen, Der zivilrechtliche Schutz vor Diskriminierung und seine verfahrensrechtliche Gewährleistung.

Gegenstand der Arbeit ist die Rechtsdurchsetzung: Darunter werden in dieser Arbeit zum einen die Rechtsfolgen verstanden, zum anderen die Grundstruktur der verfahrensrechtlichen Geltendmachung. Letzteres betrifft die Frage, ob die Vorschriften individuell, kollektiv oder staatlich durchgesetzt werden. Gleichbedeutend mit dem Wort Rechtsdurchsetzung wird in dieser Arbeit auch das Wort Rechtsverfolgung verwendet. Das Arbeitsrecht wird dabei aus der Untersuchung ausgeklammert. Das Arbeitsverhältnis hat – gerade für den Kläger – typischerweise eine sehr große Bedeutung. Bei Fragen der Einstellung, Kündigung oder Beförderung steht viel auf dem Spiel; es sind hohe Entschädigungen denkbar und entsprechend werden viele Gerichtsverfahren geführt.¹¹ Hemmungen, Kostenaufwand und die Möglichkeit, die gleiche Leistung ohne großen Aufwand von einem anderen Anbieter zu beziehen, stellen sich hier völlig anders da als bei vielen Verträgen des täglichen Lebens (z. B. Einlass in eine Diskothek oder Abschluss einer Versicherung). Wegen dieser Besonderheiten des Arbeitsrechts und wegen der erheblichen rechtlichen Unterschiede der arbeitsrechtlichen Bestimmungen zu den allgemein zivilrechtlichen werden die arbeitsrechtlichen Rechtsfolgen von der Untersuchung ausgeklammert.

Teil 1 führt in die Fragestellung der Arbeit ein und behandelt rechtssystemübergreifende Grundlagen. Teil 2 stellt den Rahmen des Unionsrechts für nationales Antidiskriminierungsrecht dar. Die Teile 3 und 4 sind der Analyse eines Rechtsfolgensystems gewidmet. Der dritte Teil beschäftigt sich dabei mit der Rechtslage in Deutschland, der vierte Teil mit dem US-Bundesrecht. Teil 5 ist eine vergleichende Analyse deutscher und amerikanischer Konzepte und greift so auf die Teile 3 und 4 zurück. Die Untersuchung geht dabei sowohl grundlegenden Strukturentscheidungen nach (wie z. B. dem fast vollständigen Fehlen kollektiver Rechtsdurchsetzung in Deutschland) als auch der konkreten Ausgestaltung bestimmter Rechtsfolgen im Detail und zeigt Gemeinsamkeiten und Unterschiede auf. Teil 6 abstrahiert von den konkreten nationalen Regelungen und untersucht Rechtsdurchsetzungs- und Rechtsfolgenmodelle für die Verletzung von Diskriminierungsverboten auf ihre Eignung zur Verhaltenssteuerung anhand verschiedener Modelle; dabei wird ein interdisziplinärer Ansatz verfolgt, der insbesondere Erkenntnisse der ökonomischen Analyse des Rechts berücksichtigt. Teil 7 enthält abschließende Bemerkungen.

¹¹ Während arbeitsrechtliche Entscheidungen extrem zahlreich sind, ist die Zahl der Entscheidungen zum allgemeinen zivilrechtlichen Teil des AGG auch heute noch dürftig, vgl. die Übersicht in Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Ausgewählte Entscheidungen deutscher Gerichte zum Antidiskriminierungsrecht, Stand: 31.12.2013, abrufbar unter: http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/rechtsprechungsblick_zum_antidiskriminierungsrecht.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt aufgerufen am 17.04.2014).

Die Arbeit untersucht nicht nur zivilrechtliche Ansprüche, sondern setzt sich auch mit öffentlich-rechtlichen und strafrechtlichen bzw. ordnungswidrigkeitsrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten auseinander. Auf die Verletzung von Diskriminierungsverboten kann nämlich nicht nur zivilrechtlich, sondern auch öffentlich-rechtlich reagiert werden. Die Arbeit verfolgt also einen funktionalen Ansatz, der gerade in der Rechtsvergleichung einer Analyse in nationalen Kategorien überlegen ist, da unterschiedliche Rechtssysteme unterschiedliche Kategorien gebrauchen.¹²

B. Grundlegende Bemerkungen zur Untersuchung von Rechtsdurchsetzung

I. Ziele, Tatbestand und Rechtsfolgen

Die Arbeit setzt sich insbesondere mit Rechtsfolgen von Verstößen gegen Diskriminierungsverbote auseinander. Diskriminierungsverbote stellen konkrete inhaltliche Wertentscheidungen des Gesetzgebers dar, mit denen der Gesetzgeber bestimmte Verhaltenspflichten aufgibt. Ihnen liegen bestimmte Ziele zugrunde. Zur Absicherung der Diskriminierungsverbote bedient sich der Gesetzgeber Rechtsfolgennormen, die an die Nichtbefolgung der Diskriminierungsverbote negative Folgen knüpfen. Es ergibt sich also ein Dreischritt: 1. Abstrakte Ziele; 2. Konkrete Rechtsnormen zur Verhaltenssteuerung; 3. Rechtsfolgennormen zur Absicherung dieser Normen. Diese Arbeit untersucht von den drei Kategorien die dritte Kategorie, also Rechtsfolgennormen, die der Wirksamkeitsverschaffung verhaltenssteuernder Normen dienen sollen.

II. Interdependenzen zwischen Tatbestand und Rechtsfolgen

Durch die Begrenzung des Untersuchungsfeldes auf die Rechtsverfolgung ergibt sich ein Spannungsfeld, da Rechtsfolgen nur gerade im Hinblick auf die durch sie abgesicherten Tatbestände bewertbar sind. Außerdem können Rechtsfolgen aus einem weiteren Grund nicht völlig losgelöst von den zugrunde liegenden Diskriminierungstatbeständen dargestellt und untersucht werden. Eine enge Gestaltung der Voraussetzung lässt weitgehende Rechtsfolgen in einem anderen Licht erscheinen als dies bei einfach zu erfüllenden Tatbestandsvoraussetzungen der Fall wäre. Eine immer wiederkehrende Frage im Bereich privatrechtlicher Diskriminierungsverbote – und im Bereich aller Gleichheitssätze generell¹³ – ist, welche Anforderungen an das Vorliegen einer Benachteiligung zu stellen sind. Es wird zwischen Diskriminierungsabsicht und bloßer

¹² Siehe hierzu Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 32 ff.

¹³ So z. B. auch bei Art. 3 GG oder im Unionsrecht im Bereich der Grundfreiheiten.

diskriminierender Wirkung unterschieden,¹⁴ zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung¹⁵, teilweise zwischen direkter und indirekter Diskriminierung.¹⁶ Auf die genaue Abgrenzung der jeweiligen Begriffspaare und der Konzepte zueinander kommt es hier nicht an – wesentlich ist, dass die jeweils ersten Konzepte sehr strenge Anforderungen stellen, die nur sehr schwer zu erfüllen sind, die jeweils zweiten Konzepte dagegen die Zahl der Verletzungen um ein Vielfaches höher werden lässt, da eine viel schwächere Anknüpfung an eines der verpönten Merkmale ausreicht.

Für das Schutzniveau insgesamt sind natürlich sowohl der Tatbestand als auch die Rechtsfolgen entscheidend und Modifizierungen können an beiden Stellen vorgenommen werden. Das US-Bundesrecht weist für unterschiedliche Lebensbereiche und geschützte Merkmale auch tatsächlich erhebliche Unterschiede in beiden Bereichen auf. Im deutschen Recht bestehen dagegen nur Unterschiede auf Tatbestandsebene,¹⁷ die Rechtsfolgen sind dagegen für alle Lebensbereiche und Merkmale einheitlich gestaltet.

Ebenso wie Tatbestände nicht Untersuchungsgegenstand der Arbeit sind, wird auch die Frage ausgeklammert, ob die abstrakten Ziele der Gesetze von den konkreten Diskriminierungsverboten erreicht werden. Gleiches gilt für die Frage, ob Ziele von Antidiskriminierungsrecht generell überhaupt durch Diskriminierungsverbote erreicht werden können. Wie im Verhältnis zum Tatbestand stehen die Rechtsfolgenbestimmungen aber auch mit den zugrunde liegenden Zielen in engem Zusammenhang. Die Sinnhaftigkeit von Rechtsfolgenbestimmungen hängt nämlich stark von den konkreten Tatbestandsvorschriften ab und deren Interpretation ist wiederum nicht völlig losgelöst von den Zielen möglich.¹⁸ Den Zielen kommt daher für die Frage nach sinnvollen Rechtsfolgen und sinnvoller Rechtsdurchsetzung ganz erhebliche Bedeutung zu.

¹⁴ Diese Unterscheidung ist insbesondere für das US-Verfassungsrecht grundlegend, vgl. *Washington v. Davis*, US Supreme Court 1976, 426 U.S. 229.

¹⁵ § 3 AGG spricht von unmittelbarer und mittelbarer „Benachteiligung“.

¹⁶ Vgl. Fredman, *Discrimination Law*, S. 153 ff.; Loenen, *Indirect Discrimination: Oscillating between Containment and Revolution*, in Loenen/Rodrigues (Hrsg.), *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, S. 195 ff.

¹⁷ So z. B. die Erfassung weiterer Lebensbereiche (§ 19 AGG) für Diskriminierungen aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft und die fehlende Rechtfertigungsmöglichkeit nach § 20 AGG für derartige Benachteiligungen.

¹⁸ Ebenso Kossak, *Rechtsfolgen*, S. 246 in Bezug auf die Ziele der Richtlinien.

III. Überschneidungen zwischen Tatbestand, Rechtsfolge und Verfahrensvorschriften

Eine klare Abgrenzung zwischen Tatbestand, Rechtsfolgen und Verfahrensvorschriften ist in vielen Fällen nicht möglich. So können Fristen beispielsweise dem materiellen Recht oder dem Verfahrensrecht zugeordnet werden,¹⁹ die Beweislast kann als Verfahrensfrage oder Frage des materiellen Rechts begriffen werden und der Schaden im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs kann als Tatbestandselement oder als Teil der Rechtsfolge verstanden werden. Ähnlich sind Anspruchsinhaber und Anspruchsgegner Konzepte des materiellen Rechts, betrachtet man aber das eng damit zusammenhängende Konzept der Prozessführungsbefugnis, so wird die Frage nach dem Berechtigten und dem Verpflichteten dem Prozessrecht zugeordnet. Zusätzliche Schwierigkeiten ergeben sich dadurch, dass funktional ähnliche Konzepte im deutschen und im US-Recht teilweise unterschiedlich eingeordnet werden.

IV. Private Rechtsverfolgung, staatliche Rechtsverfolgung und hybride Lösungen

In der rechtswissenschaftlichen Literatur – und auch in dieser Arbeit – werden häufig „staatliche Rechtsverfolgung“ und „private Rechtsverfolgung“ gegenübergestellt. Zwar fallen bestimmte Verfolgungsmechanismen klar in eine der beiden Kategorien und bilden daher einen typischen Fall (z. B. die Ansprüche nach dem AGG als typischer Fall privater Rechtsverfolgung), „staatliche Elemente“ und „private Elemente“ können jedoch auch kombiniert sein, sodass kein typischer Fall staatlicher oder privater Rechtsverfolgung vorliegt.

Als wichtige Teilaspekte von Rechtsdurchsetzung können drei Elemente unterschieden werden: 1. der materielle Inhalt der Rechtsfolgen; 2. die Einleitung eines Verfahrens, die Sachverhaltsermittlung und das Recht zur Verfahrensführung (Verfahrensherrschaft); 3. die Durchführung eines Gerichts- bzw. Verwaltungsverfahrens. Der typische Fall privater Rechtsverfolgung betrifft Ansprüche auf Einhaltung oder Schadensersatz, die der Private selbst in einem Gerichtsverfahren geltend macht. Der typische Fall staatlicher Rechtsverfolgung ist hingegen eine Sachverhaltsermittlung und Verfahrensführung durch eine Behörde in einem Verwaltungsverfahren (oder in den USA auch in einem Gerichtsverfahren) und als Sanktionen kommt ein Verbot oder ein Bußgeld in Betracht. Die Initiative kann dagegen bei der Behörde liegen oder bei einem Privaten, der sich an die Behörde wendet.

¹⁹ So stellt beispielsweise Verjährung ein materiell-rechtliches Durchsetzungshindernis dar, die Frist zur Klageerhebung in § 4 KSchG stellt dagegen eine prozessuale Frist dar.

Darüber hinaus ist eine Vielzahl von Modifikationen von diesen typischen Formen möglich. Sie werden treffend als „hybride Lösungen“²⁰ bezeichnet. Beispiele sind die Klage einer Behörde auf Schadensersatz an den Verletzten²¹ oder der Anspruch eines Privaten gegen eine Behörde auf Einschreiten gegen einen Dritten.²² Aufgrund dieser unterschiedlichen Gestaltungsformen muss bei den Begriffen „private Rechtsverfolgung“ und „staatliche Rechtsverfolgung“ stets bedacht werden, dass viele Facetten möglich sind und daher weitgehende Feststellungen vorsichtig zu treffen sind.

V. Die Bewertung der Rechtsfolgen und der Rechtsdurchsetzung: sinnvolle Annahmen für eine rechtsfolgenbezogene Analyse

Eine spezifische Bewertung der Rechtsdurchsetzung muss von der Bewertung der tatbestandlichen Diskriminierungsverbote unterschieden werden. Die Bewertung der Rechtsdurchsetzung muss speziell diese bewerten, also die Rechtsdurchsetzung in Bezug auf ihre Eignung zur Absicherung der zugrunde liegenden Diskriminierungsverbote untersuchen. Eine Bewertung der Rechtsdurchsetzung in Bezug auf bestehende Tatbestände legt daher zwei Annahmen hinsichtlich der Tatbestände nahe, die über das bloße Bestehen eines tatbestandlichen Diskriminierungsverbotes hinausgehen.²³ Beide blenden Fragen auf Tatbestandsebene aus, um sich voll auf die Rechtsdurchsetzungsebene zu konzentrieren.

So soll zum einen angenommen werden, dass die Tatbestände selbst sinnvoll gestaltet sind – bewertet werden soll die Sinnhaftigkeit der Rechtsdurchsetzung in Bezug auf die Tatbestände, nicht die Tatbestände und die Mechanismen der Rechtsdurchsetzung zusammen. Natürlich bestehen aber – vor allem im Gesetzgebungsprozess – starke Interdependenzen zwischen beiden Ebenen. Gegner eines umfassenden Tatbestandes argumentieren häufig selbstverständlich auch für schwache Rechtsdurchsetzung.²⁴

²⁰ Schäfer, Anreizwirkung bei der Class Action und der Verbandsklage, in Basedow et al. (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess, S. 67 ff., 91; vgl. auch die dort genannten Beispiele, mit Mischformen sowohl im Bereich der Rechtsfolgen (z. B. Schadensersatz mit Strafzuschlag) als auch im Bereich der Rechtsdurchsetzung (Klage eines teilweise mit öffentlichen Mitteln finanzierten Verbandes).

²¹ So nach dem ADA (Titel III) und dem FHA (siehe hierzu näher den 4. Teil, insbesondere 4. Teil, E. I. 2.).

²² Zum Beispiel in Deutschland im Baurecht bei der Verletzung nachbarschützender Vorschriften. Gleichzeitig besteht in diesen Fällen auch eine rein private Durchsetzungsmöglichkeit über §§ 1004, 823 Abs. 2 BGB.

²³ Siehe hierzu auch Wiemann, Obligation to Contract and the German General Act on Equal Treatment (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz), German Law Journal 2010, 1131, 1137 f.

²⁴ Dies ist auch folgerichtig, da aus Sicht der Gegner ja bereits der Tatbestand verfehlt ist, so dass durch möglichst schwache Rechtsdurchsetzung die Wirkung begrenzt werden soll.

Zum anderen soll angenommen werden, dass die Diskriminierungsverbote selbst, also die Tatbestände, verfassungsgemäß sind. Schließlich sollen besondere verfassungsrechtliche Bedenken aufgezeigt werden, die gerade auf der gewählten Rechtsdurchsetzung beruhen, nicht etwa Bedenken, die Diskriminierungsverbote insgesamt treffen.²⁵ Dies ist besonders für die Analyse des Kontrahierungszwangs relevant.

Beide Annahmen dienen also dazu, dass wirklich die Rechtsdurchsetzung bewertet wird. Außerdem sind die beiden Annahmen sinnvoll, da die Frage abwegig wäre, welche Rechtsdurchsetzung am besten geeignet ist, sinnlose, ungeeignete oder verfassungswidrige Tatbestände durchzusetzen.

C. Gleichbehandlungsrecht: der rechtliche Kontext der Untersuchung

In diesem Kapitel werden wichtige Konzepte des Gleichbehandlungsrechts kurz dargestellt, die für das Verständnis des Gesamtzusammenhangs notwendig sind. Insbesondere wird auf die wichtige Unterscheidung zwischen Gleichbehandlungspflichten für die öffentliche Gewalt und für Private eingegangen.

I. Ergebnisgleichheit vs. Chancengleichheit

Eine sich durch das gesamte Gleichbehandlungsrecht ziehende und immer wieder auftauchende Frage ist, was unter Gleichheit verstanden wird. Dabei sind die beiden wichtigsten Pole Chancengleichheit bzw. process equality auf der einen, Ergebnisgleichheit bzw. outcome equality auf der anderen Seite.²⁶ Während Erstere auf gleiche Chancen abstellt und formal geprägt ist, geht es Letzterer um gleiche Ergebnisse und damit um eine inhaltliche Gleichbehandlung. Die beiden unterschiedlichen Gleichheitskonzepte können sehr gut am Beispiel einer kompensierenden Bevorzugung (in Englischen als affirmative action, positive action oder reverse discrimination bezeichnet) der schwächeren Gruppe (z. B. durch eine Frauenquote) erklärt werden: Befürworter sehen diese Maßnahmen als notwendigen Schritt zur Herstellung wirklich gleicher Ergebnisse an, da durch bloße formale Gleichbehandlung bestehende Unterschiede nicht ausgeglichen werden. Gegner sehen sie hingegen als eine Verletzung

²⁵ Aus dem gleichen Grund unterstellt auch Kossak zunächst für die Frage, ob die deutschen Rechtsfolgen verfassungskonform und europarechtskonform sind, die Verfassungs- und Europarechtskonformität der Tatbestandsregelungen des AGG (Kossak, Rechtsfolgen, S. 246 und 272). Die Autorin hält diese Trennung aber nicht vollständig durch (vgl. beispielsweise die Ausführungen auf S. 309 ff.).

²⁶ Schiek/Schiek, § 5 AGG, Rn. 1 ff.; Mahlmann in Rudolf/Mahlmann (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, S. 42 ff.

von Verfahrensgerechtigkeit an. Die gesamte Diskussion und die Begrifflichkeiten sind allerdings nicht einheitlich.²⁷

Die beiden Pole verlieren jedoch dadurch an Bedeutung, dass ungleiche Ergebnisse in der Regel ein starkes Indiz für in Wirklichkeit ungleiche Chancen darstellen. Beispielsweise werden die beiden Konzepte durch die Erkenntnisse verwischt, dass bereits im Bildungssystem die Chancen sehr ungleich verteilt sind,²⁸ denn „[m]it der Problemstellung ‚Diskriminierung im Bildungssystem‘ werden Strukturen und Prozesse in den Blick genommen, die in fundamentalem Widerspruch zu dem für moderne Gesellschaften charakteristischen Selbstanspruch der herkunftunabhängigen Zuweisung von Lebenschancen steht.“²⁹ Hier zeigt sich klar, dass eine rein formale Konzeption von Gleichheit daran scheitern muss, dass praktisch in allen Stadien des Lebens die Chancen in der Gesellschaft so unterschiedlich verteilt sind, dass dieser Ungleichverteilung aktiv entgegengewirkt werden muss und eine formale Gleichbehandlung gerade keine Chancengleichheit bedeutet.

II. Schutz und Bevorzugung bestimmter Gruppen vs. Neutralität

Eng mit den soeben dargestellten Gleichheitskonzeptionen hängt eine weitere Dichotomie zusammen: Gleichbehandlungsrecht als Schutzrecht für bestimmte Gruppen vs. Gleichbehandlungsrecht als neutrale Regelung, die alle schützt. Dies kann am Beispiel der geschützten Merkmale des AGG aufgezeigt werden. Das Merkmal der Behinderung unterscheidet sich nämlich von allen anderen geschützten Merkmalen.³⁰ Behinderung ist nämlich so formuliert, dass Benachteiligung aufgrund von Nichtbehinderung nicht erfasst ist; die anderen Merkmale sind dagegen alle „ambivalent“.³¹

Es ist leicht einsichtig, dass es bei vielen Diskriminierungsmerkmalen eine typischerweise benachteiligte Gruppe gibt (z. B. bei Geschlechtsdiskriminierung die Gruppe der Frauen). Es kommt direkt auf die häufiger auftretenden Diskriminierungen an, die Gruppe fällt aber in der Regel mit der auch wirtschaftlich schwächeren Gruppe zu-

²⁷ Teilweise wird auch von „formaler Gleichheit“, „Ergebnisgleichheit“ und „Chancengleichheit“ gesprochen und „Chancengleichheit“ als zwischen den beiden anderen Konzepten stehend angesehen; vgl. Europäische Kommission, GD Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit, Europäisches Handbuch zu Gleichstellungsdaten, S. 14 f.

²⁸ Siehe u. a. Koch/Dollase, Diskriminierung im Kontext von Bildung und Bildungskarrieren, in Beelmann/Jonas (Hrsg.), Diskriminierung und Toleranz: Psychologische Grundlagen und Anwendungsperspektiven, S. 337, 338 ff.

²⁹ Hormel, Diskriminierung von Kindern und Jugendlichen mit Migrationshintergrund im Bildungssystem, in Hormel/Scherr (Hrsg.), Diskriminierung: Grundlagen und Forschungsergebnisse, S. 173 ff.

³⁰ Noch deutlicher ist dies im Grundgesetz, wo Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG ausdrücklich eine Benachteiligung oder Bevorzugung aufgrund der genannten Merkmale verbietet, S. 2 dagegen für das Merkmal der Behinderung lediglich die Benachteiligung verbietet.

³¹ Bauer/Göpfert/Krieger, § 5 AGG, Rn. 6.

sammen.³² Häufig ist diese Gruppe außerdem eine Minderheit,³³ dies ist jedoch nicht zwangsläufig der Fall, insbesondere die Gruppe der Frauen stellt keine Minderheit dar.

Durchaus können aber auch Angehörige der anderen Gruppe diskriminiert werden. Als Beispiel kann hier der Fall vor dem US Supreme Court dienen, in dem ein Mann aufgrund seines Geschlechts nicht auf einer Krankenpflegeschule aufgenommen wurde.³⁴ Insoweit stellt Diskriminierungsrecht einen Schutz vor Stereotypen dar.³⁵ Zwar ist beispielsweise die Gruppe der Frauen insgesamt stärker gefährdet bzgl. Diskriminierung als die Gruppe der gesamten Männer, nicht aber unbedingt als die Gruppe der Männer, die sich nicht geschlechertypisch verhalten. All dies zeigt, dass Diskriminierung ein vielschichtiges Problem darstellt, von dem durchaus alle Gesellschaftsgruppen betroffen werden können.³⁶

III. Gleichbehandlungspflichten für die öffentliche Gewalt und für Private

Gleichbehandlung ist einer der wesentlichen Grundsätze, der öffentliche Gewalt im Rechtsstaat bindet. So ist eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem ohne rechtfertigenden Grund in Deutschland nach Art. 3 GG für alle öffentliche Gewalt unzulässig. In den USA ergibt sich ein sehr ähnlicher Grundsatz aus der equal protection clause des 14. Zusatzartikels für die Bundesstaaten; für den Bund hat der Supreme Court eine equal protection clause in den 5. Zusatzartikel hineingelesen.³⁷ Im Recht der EU ist ein allgemeiner Gleichheitssatz in Artikel 20 GR-Charta³⁸ verankert und außerdem Teil der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts.³⁹ Auch im Völkerrecht ist ein Gleichbehandlungsgrundsatz in vielerlei Gestalt verankert.⁴⁰

Gleichbehandlungspflichten für Private sind dagegen deutlich weniger fest verankert als die entsprechenden Pflichten der öffentlichen Gewalt. Insbesondere sind sie viel

³² Siehe hierzu unten I. Teil, D. II.

³³ Vgl. *United States v. Carolene Products Co.*, US Supreme Court 1938, 304 U.S. 11, Fn. 4; Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, Annual Report 2010, S. 22 mit der Berufung auf Art. 2 EUV.

³⁴ *Mississippi University for Women v. Hogan*, US Supreme Court 1982, 458 U.S. 718.

³⁵ Dies wird so ausdrücklich in der UN-Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW), Art. 5 Buchst. a, hervorgehoben.

³⁶ Schiek schreibt, Diskriminierungsschutz wirke zugunsten bestimmter Gruppen und zuungunsten anderer Gruppen (Schiek, *Differenzierte Gerechtigkeit*, S. 421). Während diese Aussage zwar auf einer aggregierten Ebene richtig ist, trifft sie jedoch nicht auf alle Situationen zu.

³⁷ *Bolling v. Sharpe*, US Supreme Court 1954, 347 U.S. 497.

³⁸ Seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon ist die Grundrechtscharta rechtsverbindlich und hat den gleichen Rang wie EUV und AEUV (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 EUV).

³⁹ EuGH, *Karlsson et al.*, Rs. C-292/97, 13.04.2000, Rn. 39.

⁴⁰ Siehe die Übersicht in Sprafke, *Diskriminierungsschutz durch Kontrahierungszwang*, S. 18 ff.

seltener als die Gleichbehandlungspflichten für die öffentliche Gewalt an hoher Stelle in der entsprechenden Normenhierarchie als unmittelbar geltendes Recht verankert (z. B. als unmittelbar geltende Verfassungsbestimmung) und finden sich entsprechende Bestimmungen nur als einfaches Recht. Auch bestehen keine allgemeinen Gleichheitssätze, sondern nur spezifische Verbote bestimmter Unterscheidungsgründe. Ein kurzer Überblick zeigt jedoch, dass Gleichbehandlungspflichten für Private in vielerlei Weise in hochrangigen Normen erwähnt sind bzw. mittelbar aus ihnen abgeleitet werden, was die Bedeutung auch dieser Gleichbehandlungspflichten zeigt:

So finden sich in den EU-Verträgen zum einen Zielbestimmungen zur Beseitigung privater Diskriminierungen.⁴¹ Zum anderen findet sich eine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage für die europäischen Institutionen zum Erlass von Sekundärrechtsakten zur Beseitigung von Diskriminierung unter Privaten.⁴² Hierbei handelt es sich zwar nicht um unmittelbar anwendbare Bestimmungen,⁴³ bereits durch die Aufnahme dieser Vorschriften in die Verträge haben die Mitgliedstaaten jedoch gezeigt, dass sie diesem Problemfeld Bedeutung zumessen.

Erkennt eine Rechtsordnung Schutzpflichten für den Staat zum Schutz gegen Grundrechtsbeeinträchtigungen Privater an,⁴⁴ so ergeben sich aus dieser Konstruktion im Ergebnis aus den öffentlichen Gleichbehandlungspflichten ebenfalls Einschränkungen für Private. Gleiches gilt für die als „mittelbare Drittwirkung“ bezeichnete verfassungsorientierte Auslegung privatrechtlicher Vorschriften,⁴⁵ bei der ebenfalls Pflichten für die öffentliche Hand auf privates Handeln ausstrahlen. Auch die Vorschriften im amerikanischen Recht zu Diskriminierungsverboten in Programmen, die Bundesmittel erhalten,⁴⁶ können als Übertragung staatlicher Gleichbehandlungspflichten auf Private angesehen werden, die sich aus dem Bezug staatlicher Mittel rechtfertigt; sowohl eine konsequente Anwendung öffentlicher Gleichbehandlungspflichten auf alles öffentliche Handeln als auch das Interesse an einer einheitlichen Bundespolitik

⁴¹ Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EUV; Art. 10 AEUV. Art. 2 EUV weist darüber hinaus generell auf die Bedeutung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung für die Gesellschaft hin.

⁴² Art. 19 Abs. 1 AEUV.

⁴³ Für das Arbeitsrecht findet sich dagegen in Art. 157 AEUV ein unmittelbar anwendbares Diskriminierungsverbot unter Privaten im Primärrecht.

⁴⁴ Für das Grundgesetz hat dies das Bundesverfassungsgericht seit langem anerkannt, vgl. BVerfGE 39, 1; BVerfGE 121, 317. Für die amerikanische Verfassung werden Schutzpflichten hingegen abgelehnt, vgl. *DeShaney v. Winnebago County*, US Supreme Court 1989, 489 U.S. 189.

⁴⁵ BVerfGE 7, 198.

⁴⁶ Siehe hierzu näher unten 4. Teil, A. II. und IV. sowie 4. Teil, E. IV.

sprechen für eine Vermeidung der öffentlichen Finanzierung diskriminierender Handlungen Privater.⁴⁷

Gleichbehandlungspflichten für Private sind also dem Recht keinesfalls im Grundsatz fremd. Es ist daher verfehlt, Diskriminierungsverbote unter Privaten als systemwidrig zu bezeichnen und den so gebundenen Privaten als „staatliche[n] Funktionsträger“⁴⁸ zu bezeichnen.

IV. Gründe für die unterschiedliche Bindung öffentlicher Gewalt und Privater

Als Hauptgrund für eine unterschiedliche Behandlung öffentlicher Gewalt und Privater kann angeführt werden, dass Privaten eigene Freiheitsrechte zustehen, sodass ihrer Entscheidungsfreiheit ein eigener Wert zukommt,⁴⁹ der gegen die mit den Diskriminierungsverboten verfolgten Ziele abgewogen werden muss. Dies steht im Gegensatz zu der Situation des Staates, dessen Freiheit zu beliebigem Verhalten in keiner Weise schutzwürdig ist.⁵⁰ Somit ergibt sich, dass Gleichbehandlungspflichten unter Privaten wegen dieser Berücksichtigungspflicht in bestimmten Fällen zurückhaltender ausfallen müssen, als Gleichbehandlungspflichten der öffentlichen Gewalt.⁵¹

Dennoch darf die Tatsache, dass dem Staat keine Freiheitsrechte zukommen, nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch Gleichbehandlungspflichten der öffentlichen Hand durch bestimmte staatliche Interessen – wenn auch nicht durch Freiheitsrechte – Grenzen gesetzt werden. So werden häufig nur bestimmte besonders verpönte Unterscheidungen an strengen Maßstäben gemessen, für andere gilt dagegen ein bloßes Willkürverbot,⁵² um dem Staat einen Spielraum zur Politikgestaltung zu belassen. Ebenso kommt an vielen Stellen dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative zu oder der Staat darf zur effektiven Verwaltung in bestimmten Grenzen Typisierungen und Pauschalisierungen vornehmen.

⁴⁷ Cannon v. University of Chicago, US Supreme Court 1979, 441 U.S. 677, 704.

⁴⁸ Wesseling, Die Europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien zwischen Privatautonomie und Gleichheitsgrundsatz - Analyse, Umsetzung und Auswirkungen der Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2004/113/EG im deutschen Zivilrecht, S. 321.

⁴⁹ In den Worten Mahlmanns: „Die liberale Pointe formaler Gleichbehandlung ist, [...], dass man sich im Rahmen der gewährten Freiheitssphäre interessenorientiert oder auch schlicht irrational und moralisch kritikwürdig verhalten kann.“ (Mahlmann in Rudolf/Mahlmann (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, S. 48).

⁵⁰ Vgl. auch Bielefeldt/Follmar-Otto, Diskriminierungsschutz in der politischen Diskussion, S. 11.

⁵¹ Vgl. auch Mahlmann in Rudolf/Mahlmann (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, S. 47 f.

⁵² Vgl. die Unterscheidung zwischen neuer Formel und Willkürformel zu Art. 3 GG (siehe hierzu Epping, Grundrechte, S. 301 ff.) bzw. die Unterscheidung zwischen strict scrutiny und rational basis test im amerikanischen Recht (siehe hierzu DeLeo, Administrative Law, S. 183 f.).

Wichtigste Ausprägung der unterschiedlichen Lage von öffentlicher Gewalt und Privaten ist wohl das Regel-Ausnahme-Verhältnis im Bereich Gleichbehandlung: Während für die öffentliche Gewalt ein allgemeiner Gleichheitssatz gilt, der im Interesse staatlicher Handlungsfähigkeit eingeschränkt ist, gilt für Private gerade keine allgemeine Gleichbehandlungspflicht, sondern es bestehen lediglich punktuelle Pflichten hinsichtlich besonders schutzwürdiger Merkmale. Der Gesetzgeber lässt sich aber bei der Auswahl der punktuellen Pflichten für Private häufig von Wertentscheidungen bei Diskriminierungsverboten für die öffentliche Gewalt leiten. So wird beispielsweise in der Regierungsbegründung zum AGG die Ähnlichkeit zwischen Diskriminierungsverboten für die öffentliche Hand und für Private betont⁵³ und auch in den Richtlinien findet sich ein starker Bezug auf Vorschriften, die nur die öffentliche Gewalt binden.⁵⁴ Konkret fällt für den Einfluss öffentlicher Gleichbehandlungspflichten die Auswahl der Diskriminierungsmerkmale auf, denn die Gesetzgeber wählen häufig solche Diskriminierungsgründe, die auch hinsichtlich Gleichbehandlung durch die öffentliche Gewalt unter besonderen Schutz gestellt werden.⁵⁵

D. Diskriminierungen: der faktische Kontext der Untersuchung

In diesem Kapitel wird der faktische Kontext der Untersuchung dargestellt, also die soziale Wirklichkeit des Phänomens Diskriminierung. Die tatsächliche Situation ist für die Analyse der Vorschriften von erheblicher Bedeutung, insbesondere für die Untersuchung der Rechtsfolgen auf ihre verhaltenssteuernde Wirkung (6. Teil der Arbeit).

Deutschland, die USA und – für die EU-Richtlinien bedeutsam – die Mitgliedstaaten der Europäischen Union unterscheiden sich zwar in vielerlei Hinsicht,⁵⁶ sie weisen

⁵³ „Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf soll der Schutz vor Diskriminierungen im Sinne des Artikels 3 des Grundgesetzes verbessert werden.“ (Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 20) sowie „Die Gleichheit vor dem Gesetz und der Schutz aller Menschen vor Diskriminierungen ist ein Menschenrecht, das in Deutschland insbesondere in Artikel 3 des Grundgesetzes festgeschrieben ist.“ (Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 1).

⁵⁴ Vgl. Richtlinie 2000/43/EG, Erwägungsgründe 2 und 3; Richtlinie 2004/113/EG, Erwägungsgründe 1, 2 und 4.

⁵⁵ Allerdings sind die durch Art. 3 Abs. 2 und 3 GG geschützten Merkmale nicht deckungsgleich mit den in § 19 AGG geschützten Merkmalen. So sind beispielsweise die Merkmale Alter und sexuelle Identität nur durch § 19 AGG geschützt, das Merkmal Sprache dagegen nur durch Art. 3 Abs. 3 GG.

⁵⁶ Vgl. beispielsweise die erheblichen Unterschiede, die in Umfragen zwischen den verschiedenen EU-Mitgliedstaaten gezeigt werden konnten: Eurobarometer Spezial 393, Discrimination in the EU in 2012, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_393_en.pdf (zuletzt aufgerufen am 17.04.2014), Eurobarometer Spezial 263, Diskriminierung in der Europäischen Union, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_263_de.pdf (zuletzt aufgerufen am 17.04.2014).

aber doch erhebliche Gemeinsamkeiten auf, die hier herausgearbeitet werden. Es lassen sich wichtige Feststellungen treffen, die zum einen Diskriminierungen allgemein betreffen, zum anderen aber auch gerade die Situation von den von Diskriminierung besonders betroffenen Gruppen.

I. Unerkannte Diskriminierungen: Stereotypen und Verhaltensmuster

Diskriminierungen geschehen nicht immer bewusst und aufgrund böser Absicht des Benachteiligten, sondern beruhen in vielen Fällen auf traditionellen Vorurteilen und tradierten, nicht hinterfragten Verhaltensweisen.⁵⁷ Gerade mittelbare Diskriminierungen geschehen aufgrund von Gedankenlosigkeit und nicht aufgrund von offenen Vorurteilen.⁵⁸ Beispielsweise aufgrund von Organisationsfragen oder tradierten Übungen können scheinbar völlig neutrale Vorschriften erheblich unterschiedliche Auswirkungen haben.⁵⁹ Diese Diskriminierungen werden in der Regel überhaupt nicht erkannt – weder vom Diskriminierenden noch vom Diskriminierten.⁶⁰

Der Einfluss unbewusster Voreingenommenheit und gewöhnter Stereotypen auf menschliche Entscheidungen ist psychologisch gut erforscht.⁶¹ So konnte zum Beispiel in vielen Bereichen durch den sogenannten Implicit-Association-Test (IAT) nachgewiesen werden, dass Testpersonen die Zuweisung bestimmter Begriffspaare leichter fällt als anderer.⁶² Zwar ist noch nicht abschließend geklärt, in welchem Umfang dies auf voreingenommenes Verhalten in der Realität schließen lässt, Untersuchungen haben aber gewisse Übereinstimmungen mit tatsächlichem Verhalten gezeigt.⁶³

⁵⁷ Schreier, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – wirklich ein Eingriff in die Vertragsfreiheit?, KJ 2007, 278, 279 f. Für die Tatbestandsgestaltung stellt dies ein starkes Argument für den Einschluss mittelbarer Diskriminierungen dar und spricht eindeutig gegen das Verlangen einer Diskriminierungsabsicht.

⁵⁸ Europäische Kommission, GD Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit, Europäisches Handbuch zu Gleichstellungsdaten, S. 21.

⁵⁹ Vgl. auch den Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 30 zu unbeabsichtigten Diskriminierungen.

⁶⁰ Ebenso in Europäisches Parlament, Ausschuss für die Freiheiten und Rechte der Bürger, Justiz und innere Angelegenheiten, Bericht zum Vorschlag der Kommission KOM(1999) 566, 16.05.2000, S. 48.

⁶¹ Zu Stereotypen und Vorurteilen aus psychologischer Sicht siehe Degner/Meiser/Rothermund, Kognitive und sozial-kognitive Determinanten: Stereotype und Vorurteile, in Beelmann/Jonas (Hrsg.), Diskriminierung und Toleranz: psychologische Grundlagen und Anwendungsperspektiven, S. 75 ff.

⁶² Greenwald/McGhee/Schwartz, Measuring Individual Differences in Implicit Cognition: The Implicit Association Test, Journal of Personality and Social Psychology, 1998, 1464. Als Beispiel wird dort genannt, dass die Zuordnung „weiß“/„angenehm“ und „schwarz“/„unangenehm“ den Testpersonen deutlich leichter fällt als umgekehrt.

⁶³ Jolls, Behavioral Law and Economics, S. 12.

Das Konzept der unbewussten Diskriminierungen aufgrund tradierter Verhaltensweisen hängt eng mit dem Konzept der „statistischen Diskriminierung“ zusammen. Beispielsweise hat eine vom Institut zur Zukunft der Arbeit in Bonn veröffentlichte Studie⁶⁴ gezeigt, dass die Chancen auf eine Einladung zum Vorstellungsgespräch bei Angabe eines türkischen Nachnamens je nach Unternehmensgröße um bis zu 24 % sanken.

Wegen Diskriminierungen aufgrund tradierter Verhaltensweisen wird Diskriminierung auch nur in unzureichendem Maß von der Bevölkerung – insbesondere sowohl von Diskriminierten als auch von Diskriminierenden – wahrgenommen. Auch von Diskriminierten selbst werden bestimmte Benachteiligungen aufgrund von Voreingenommenheit häufig nicht als Diskriminierungen erkannt. So zeigen auch benachteiligte Gruppen fast alle die gleiche Voreingenommenheit und die gleichen negativen Assoziationen gegenüber ihrer eigenen Gruppe.⁶⁵ Dies kann leicht dazu führen, dass Diskriminierungen als gerechtfertigt empfunden werden.⁶⁶

II. Soziale Ausgrenzung und Stigmatisierung

In der Regel ist diejenige Gruppe hinsichtlich eines Diskriminierungsmerkmals (also Männer-Frauen; Nichtbehinderte-Behinderte), die hinsichtlich Bildung, Schichtzugehörigkeit und wirtschaftlicher Situation schlechter steht, gleichzeitig die häufiger Diskriminierungen unterworfenen Gruppe. Konkret zeigt sich ein geringerer Bildungsgrad, ein niedrigerer sozialer Status und eine geringere Integration in den Arbeitsmarkt bei bestimmten diskriminierungsrelevanten Bevölkerungsgruppen, insbesondere bei Frauen, Menschen mit Migrationshintergrund, Behinderten und älteren Menschen.⁶⁷

Bestimmte diskriminierungsrelevante Gruppen sind nicht nur in Bezug auf Bildung und wirtschaftliche Situation benachteiligt, sie sind außerdem mit einem Stigma behaftet und erfahren soziale Ausgrenzung auf vielfältige Weise. Eine Befragung von Lehrern in schwedischen Schulen⁶⁸ hat beispielsweise ergeben, dass 50 % „oft“ oder „manchmal“ Zeuge waren von beleidigender Sprache oder beleidigendem Verhalten

⁶⁴ Kaas/Manger, Ethnic Discrimination in Germany's Labour Market: A Field Experiment, S. 3, abrufbar unter: <http://ftp.iza.org/dp4741.pdf> (zuletzt aufgerufen am 17.04.2014).

⁶⁵ Jolls/Sunstein, The Law of Implicit Bias, California Law Review 2006, 969, 971.

⁶⁶ Blasi/Jost, System Justification Theory and Research: Implications for Law, Legal Advocacy, and Social Justice, California Law Review 2006, 1119, 1136 f.; Jolls/Sunstein, The Law of Implicit Bias, California Law Review 2006, 969, 990.

⁶⁷ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 23 f. mit Verweis auf eine Vielzahl von Berichten und Studien.

⁶⁸ Vgl. Europäische Kommission, GD Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit, Europäisches Handbuch zu Gleichstellungsdaten, S. 83 f.

in Bezug auf die sexuelle Ausrichtung, 50 % in Bezug auf das Geschlecht, 49 % in Bezug auf die ethnische Herkunft, 31 % in Bezug auf Religion und 24 % in Bezug auf Behinderung.

Homosexuelle verschweigen ihre sexuelle Identität häufig, insbesondere am Arbeitsplatz, um Diskriminierungen auszuweichen. Besonders drastisch war in dieser Hinsicht die sogenannte „don't ask – don't tell“ Politik im amerikanischen Militär, nach der zwar Homosexuelle in den Streitkräften tätig sein durften (Vorgesetzten war es nicht erlaubt, nach der sexuellen Orientierung zu fragen), sich jedoch nicht offen zu ihrer Homosexualität bekennen durften. Nach einer Studie in zehn europäischen Ländern⁶⁹ halten es 70-90 % der befragten Homosexuellen für notwendig, ihre Gefühle nicht öffentlich zur Schau zu stellen.⁷⁰ Die Einstellung in der Bevölkerung wurde in einem Forschungsprojekt der Antidiskriminierungsstelle so beschrieben: „In vielen Milieus bestehen tief verwurzelte Barrieren und entsprechend virulente Vorurteile – bis hin zu Ekel- und Hassgefühlen – gegenüber sexuellen Orientierungen, die vom Mainstream abweichen.“⁷¹ Auch andere Untersuchungen zeigen negative Einstellungen der Bevölkerung, Diskriminierungen und eine starke Tendenz zum Verschweigen einer homosexuellen Orientierung.⁷²

Für Personen bestimmter ethnischer Herkunft ist die Lage ebenfalls schlecht. Eine Studie zur Einstellung in unterschiedlichen sozialen Milieus weist für Deutschland beispielsweise für viele der Milieus „starke, emotional getragene Vorbehalte gegenüber Ausländern und Migranten“⁷³ nach. „Diese äußern sich in Unbehagen, Misstrauen und irrationalen Ängsten ebenso wie in den bekannten ressentimentgeladenen Negativklischees. [...] Insbesondere in den traditionellen und in den unterschichtigen Milieus ist blanker Hass gegenüber den Menschen anderer ethnischer Herkunft oder Hautfarbe zu spüren.“⁷⁴ Eine umfangreiche Studie in den USA mit 4600 Testpaaren weist eine erhebliche Benachteiligung Schwarzer und Personen lateinamerikanischen

⁶⁹ Vgl. Europäische Kommission, GD Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit, Europäisches Handbuch zu Gleichstellungsdaten, S. 80.

⁷⁰ Europäische Kommission, GD Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit, Europäisches Handbuch zu Gleichstellungsdaten, S. 81.

⁷¹ Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Forschungsprojekt Diskriminierung im Alltag – Wahrnehmung von Diskriminierung und Antidiskriminierungspolitik in unserer Gesellschaft, S. 17.

⁷² Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the EU Member States, Part II – The Social Situation.

⁷³ Vgl. Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Forschungsprojekt Diskriminierung im Alltag – Wahrnehmung von Diskriminierung und Antidiskriminierungspolitik in unserer Gesellschaft, S. 12.

⁷⁴ Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Forschungsprojekt Diskriminierung im Alltag – Wahrnehmung von Diskriminierung und Antidiskriminierungspolitik in unserer Gesellschaft, S. 12 und 57 ff.

Ursprungs als Kauf- und Mietinteressenten von Wohnraum nach.⁷⁵ Auch in Europa zeigen sich starke Trennungen von Wohnvierteln nach verschiedenen ethnischen Gruppen.⁷⁶

Zum Bereich Religion hat die Studie zur Einstellung in unterschiedlichen sozialen Milieus herausgefunden: „[...] beim Stichwort „Religion“ denkt man sofort an den „Islam“. Dieser wird spontan mit religiösem „Fundamentalismus“ in Verbindung gebracht. Und von diesem erwartet man in erster Linie Gewalt und „Terror“ – wie man es aus einschlägigen Medienberichten gelernt hat. Unabhängig von der gefühlten Bedrohung durch den Islam lehnt man – quer durch die Milieus – öffentlich sichtbares religiöses Engagement ab und rückt es in die Nähe von „Fundamentalismus“ und „Fanatismus“.“⁷⁷

Die negative Einstellung in der Bevölkerung führt nicht nur zu vermehrter offener und beabsichtigter Diskriminierung. Wie bereits ausgeführt, trifft das Problem unerkannter Diskriminierungen zwar in gewissem Umfang alle Bevölkerungsgruppen, besonders betroffen sind jedoch diejenigen, gegen die Vorurteile und negative Assoziationen besonders virulent sind.⁷⁸

Die mit der Stigmatisierung einhergehende Ausgrenzung und Abschottung der entsprechenden Bevölkerungsgruppen ist aus einem weiteren Grund sehr problematisch: In Umfragen konnte eine deutlich höhere Sensibilisierung für Diskriminierung bei Personen gezeigt werden, die mit Personen aus diskriminierungsrelevanten Gruppen befreundet sind.⁷⁹ Integration verbessert also nicht nur die Situation der von Diskriminierungen besonders Bedrohten direkt, sondern verändert darüber hinaus auch das Bewusstsein aller und trägt damit durch einen Abbau von Vorurteilen zu einer indirekten Verbesserung der Lage bei. Dies wird als Ergebnis der Eurobarometerumfrage

⁷⁵ Turner et al., *Discrimination in Metropolitan Housing Markets: National Results from Phase I HDS 2000*.

⁷⁶ Harrison/Law/Phillips, *Migrants, Minorities and Housing: Exclusion, Discrimination and Anti-Discrimination in 15 Member States of the European Union*, S. 81 ff.

⁷⁷ Antidiskriminierungsstelle des Bundes, *Forschungsprojekt Diskriminierung im Alltag – Wahrnehmung von Diskriminierung und Antidiskriminierungspolitik in unserer Gesellschaft*, S. 14.

⁷⁸ Unbewusste Diskriminierung durch die „Rechtsinstitutionen“ ist ein weiteres Problemfeld, das hier jedoch nur angedeutet werden kann. Gerade die Rolle der Ethnizität des Täters im Strafrecht, besonders für die Strafzumessung, ist bereits ausführlich untersucht worden; vgl. beispielsweise Europäische Kommission, *GD Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit, Europäisches Handbuch zu Gleichstellungsdaten*, S. 91.

⁷⁹ Eurobarometer Spezial 393, *Discrimination in the EU in 2012*, insbes. S. 12 f., abrufbar unter: http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_393_en.pdf (zuletzt aufgerufen am 17.04.2014); Eurobarometer Spezial 317, *Diskriminierung in der EU im Jahr 2009, Zusammenfassung*, S. 11 ff., abrufbar unter: http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_317_sum_de.pdf (zuletzt aufgerufen am 17.04.2014).

treffend ausgedrückt mit den Worten: „Ein vielfältiges soziales Umfeld bleibt der wichtigste bestimmende Faktor für ein hohes Maß an Sensibilität gegenüber Diskriminierung.“⁸⁰ Ein solches vielfältiges soziales Umfeld wird aber durch Ausgrenzung und Abschottung gerade zerstört bzw. bereits im Entstehen gehindert. Problematisch ist auch, dass in großem Umfang Minderheiten die besonders diskriminierungsrelevanten Gruppen darstellen, da Benachteiligungen aufgrund eines Merkmals, das größere Gruppen erfasst, als bedeutsamer eingestuft werden.⁸¹

III. Diskriminierung als Teufelskreis

Von einem „Teufelskreis der Diskriminierung“⁸² wird aus mehreren Gründen gesprochen.

Zum einen wirken sich Diskriminierungen in einem Bereich negativ auf andere Lebensbereiche aus, ebenso wie sich Diskriminierungen der Eltern negativ auf die Kinder auswirken, sodass sich ein Zirkel bildet. In einem Beispiel aus dem Handbuch Gleichstellungsdaten heißt es: „Diskriminierung beim Zugang zu Beschäftigung oder Diskriminierung in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (etwa die Zahlung eines niedrigeren Lohns) kann die betroffene Person in eine Lage bringen, in der sie gezwungen ist, mit ihrer Familie in eine billigere Gegend zu ziehen. In dieser Gegend werden vermutlich mehr sozial schwache Menschen leben, was wiederum die Voraussetzungen für ein potenziell feindliches Umfeld schafft. Die in der Gegend verfügbaren Dienstleistungen, einschließlich Gesundheitsversorgung, dürften schlechter sein als in den wohlhabenderen Gegenden. Die Kinder der Familie werden wahrscheinlich auch eine Schule besuchen, die ein niedriges Niveau, weniger Lehrer/innen und weniger materielle Mittel hat und wo das allgemeine Klima im Hinblick auf schulische Leistungen nur geringe Erwartungen stellt. All dies wird sich mit großer Wahrscheinlich-

⁸⁰ Eurobarometer Spezial 317, Diskriminierung in der EU im Jahr 2009, Zusammenfassung, S. 40, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_317_sum_de.pdf (zuletzt aufgerufen am 17.04.2014). Noch weitergehend konnte sogar gezeigt werden, dass bei Betreuung eines IAT-Tests durch eine schwarze Person die getesteten Personen weniger stark voreingenommen waren als bei Abnahme des Tests durch eine weiße Testperson, Jolls, Bias and the Law, S. 24 f. Bereits „the simple fact of more diversity in the immediate environment“ (Jolls, Bias and the Law, S. 25) führt zu einem Abbau unbewusster Voreingenommenheit.

⁸¹ Eine Studie in Deutschland zeigt, dass eine Benachteiligung aufgrund der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der sexuellen Identität, von der ein großer Teil der Bevölkerung nicht typischerweise betroffen ist, als deutlich weniger bedeutsam eingestuft wird als eine Benachteiligung aufgrund des Alters oder des Geschlechts, die typischerweise größere Gruppen erfasst; Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Forschungsprojekt Diskriminierung im Alltag – Wahrnehmung von Diskriminierung und Antidiskriminierungspolitik in unserer Gesellschaft, S. 8 f.

⁸² Europäische Kommission, GD Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit, Europäisches Handbuch zu Gleichstellungsdaten, S. 22.

keit auf ihre schulischen Erfolge und später auf ihre Beschäftigungschancen auswirken.“⁸³

Darüber hinaus schaffen Vermeidungsstrategien der Betroffenen als Reaktion auf Diskriminierungen weitere Einschränkungen.⁸⁴ Unter Vermeidungsstrategie wird die bewusste oder unbewusste Vermeidung von Situationen verstanden, die zu einer Diskriminierung führen können. Häufig treten Vermeidungsstrategien bereits vor einer erstmaligen Diskriminierung auf, wenn der Betroffene mit Diskriminierungen rechnet. Außerdem wird das Problem dadurch verstärkt, dass eine Person, die davon ausgeht, dass aufgrund späterer Diskriminierung eine berufliche Qualifikation ihr nicht so stark hilft, weniger in den Erwerb der Qualifikation investiert.⁸⁵ Greifen die Betroffenen nicht zu Vermeidungsstrategien, leiden sie darunter, dass eine Angst vor Zurückweisung zu erheblich schlechteren Leistungen führt.⁸⁶

Bezüglich des „Teufelskreises der Diskriminierung“ sind bestimmte Bereiche besonders sensibel, da sie häufig auf andere Bereiche ausstrahlen. Hierzu gehört insbesondere Diskriminierung im Bildungswesen.⁸⁷ Schüler mit Migrationshintergrund oder aus benachteiligten Minderheiten schneiden durchschnittlich signifikant schlechter ab, was auch darauf zurückzuführen ist, dass es dem Schulsystem nicht gelingt, sozioökonomischen Unterschieden und unterschiedlichen Sprachfertigkeiten entgegenzuwirken.⁸⁸ Studien haben allgemein gezeigt, dass die soziale Herkunft und Situation

⁸³ Europäische Kommission, GD Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit, Europäisches Handbuch zu Gleichstellungsdaten, S. 19.

⁸⁴ Europäische Kommission, GD Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit, Europäisches Handbuch zu Gleichstellungsdaten, S. 21 f.

⁸⁵ Europäische Kommission, GD Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit, Europäisches Handbuch zu Gleichstellungsdaten, S. 22.

⁸⁶ Durch eine Studie an einer Universität ist belegt, dass es zu stark verminderter Leistungsfähigkeit bei denjenigen Studenten einer Minderheit kommt, die stärkere Angst vor sozialer Zurückweisung haben im Vergleich zu denen, bei denen die Angst schwächer ausgeprägt ist, Hansen, Die Verarbeitung von Diskriminierung, in Beelmann/Jonas (Hrsg.), Diskriminierung und Toleranz: Psychologische Grundlagen und Anwendungsperspektiven, S. 155, 163 f.

⁸⁷ Vgl. hierzu Hormel, Diskriminierung von Kindern und Jugendlichen mit Migrationshintergrund im Bildungssystem, in Hormel/Scherr (Hrsg.), Diskriminierung: Grundlagen und Forschungsergebnisse, S. 173 ff. Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes hat sich dafür entschieden ihren zweiten Bericht beinahe ausschließlich den Bereichen Bildung und Arbeitsleben zu widmen, Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Zweiter Gemeinsamer Bericht der Antidiskriminierungsstelle des Bundes – Diskriminierung im Bildungsbereich und Arbeitsleben, 2013; zur Bedeutung von inklusiver Bildung siehe insbesondere S. 14 ff. des Berichts.

⁸⁸ Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, Annual Report 2010, S. 69; siehe auch Motakef, Das Menschenrecht auf Bildung und der Schutz vor Diskriminierung, S. 21.

der Schüler einen enormen Einfluss auf die Leistungen und damit die Chancen des Schülers haben.⁸⁹

Weitere besonders sensible Bereiche sind neben dem Bereich Bildung die Bereiche Arbeit und Beschäftigung, Wohnraum⁹⁰ und Gesundheit.⁹¹ Gerade Diskriminierungen von ethnischen Minderheiten im Bereich Wohnraum konnten in vielen Studien aufgezeigt werden.⁹² Auch hier zeigt sich jedoch die Schwierigkeit, den „Teufelskreis der Diskriminierung“ zu durchbrechen, da benachteiligte Gruppen selbst den Bereich Wohnen als den schwersten Bereich für eine Integration empfinden.⁹³ Auch Diskriminierungen bei der Kreditvergabe⁹⁴ kommt eine große Bedeutung zu, da sie häufig in engem Zusammenhang mit dem Erwerb anderer Chancen eröffnender Leistungen steht, zum Beispiel dem Erwerb von Wohnraum.⁹⁵

IV. Diskriminierungsopfer: fehlende Rechtskenntnis und geringe Neigung zur Rechtsverfolgung

Das deutsche Antidiskriminierungsrecht ist relativ wenig bekannt. In einer Befragung in den Jahren 2007/2008 haben lediglich 34 % der Bevölkerung gesagt, sie hätten schon einmal vom Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz gehört.⁹⁶ Über die konkrete Unkenntnis rechtlicher Regelungen hinaus wird in Opfererhebungen außerdem der vage Glaube angeführt, dass das Rechtssystem nicht wirksam helfe und keine wirksamen Ansprüche und Verfahren zur Verfügung stelle, und dies als Grund genannt, warum kein Rechtsschutz gesucht wurde.⁹⁷ Es deutet nichts darauf hin, dass dies in

⁸⁹ Vgl. Motakef, Das Menschenrecht auf Bildung und der Schutz vor Diskriminierung, S. 21 ff. und die dort zitierten Studien.

⁹⁰ Zu Diskriminierungen im Bereich Wohnen Hirsch, Law and Economics, S. 334.

⁹¹ Vgl. die Schwerpunktsetzung in Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, Annual Report 2010, S. 46 ff.

⁹² Harrison/Law/Phillips, Migrants, Minorities and Housing: Exclusion, Discrimination and Anti-Discrimination in 15 Member States of the European Union, S. 73.

⁹³ Harrison/Law/Phillips, Migrants, Minorities and Housing: Exclusion, Discrimination and Anti-Discrimination in 15 Member States of the European Union, S. 85.

⁹⁴ Ausführlich zur Bedeutung diskriminierungsrelevanter Merkmale im Bank- und Versicherungswesen siehe Europäische Kommission, GD Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit, Study on the use of age, disability, sex, religion or belief, racial or ethnic origin and sexual orientation in financial services, in particular in the insurance and banking sectors.

⁹⁵ Zu Diskriminierungen bei der Vergabe von Krediten zum Erwerb von Wohnraum vgl. US Department of Housing and Urban Development, Annual Report on Fair Housing, Fiscal Year 2009, S. 13 f.

⁹⁶ Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Forschungsprojekt Diskriminierung im Alltag – Wahrnehmung von Diskriminierung und Antidiskriminierungspolitik in unserer Gesellschaft, S. 21.

⁹⁷ Europäische Kommission, GD Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit, Europäisches Handbuch zu Gleichstellungsdaten, S. 71.

den USA anders wäre. Beispielsweise weiß weniger als 50 % der Eltern, dass Diskriminierungen von Familien unzulässig sind.⁹⁸

Nur ein kleiner Prozentsatz von Diskriminierungsopfern ergreift rechtliche Schritte.⁹⁹ Eine 12 Länder abdeckende Studie kam beispielsweise zu dem Ergebnis, dass durchschnittlich nur 14 % der Diskriminierungsopfer staatliche Stellen eingeschaltet hatten.¹⁰⁰ Auch eine Studie zum amerikanischen Fair Housing Act (FHA) stellt fest, dass nur ein kleiner Bruchteil derjenigen, die sich diskriminiert fühlten, rechtliche Schritte eingeleitet haben.¹⁰¹ Hierunter fällt auch die Einreichung einer Beschwerde, wo relativ niedrige Hürden im Vergleich zur Anstrengung eines Gerichtsverfahrens bestehen, da insbesondere kein Kostenrisiko besteht und eine anwaltliche Vertretung nicht notwendig bzw. empfehlenswert ist. Grund für die Untätigkeit war zumeist die Einstellung, dass eine Beschwerde nichts bringe, zu aufwendig sei oder Nachteile einbringe.¹⁰² Außerdem ergibt sich in vielen Fällen von Diskriminierung in alltäglichen Situationen eine Vielzahl von Nachweis- und Beweisproblemen. Beispielsweise ist es für einen von einem Taxifahrer nicht mitgenommenen Fahrgast praktisch unmöglich, eine Diskriminierung nachzuweisen, wenn der Taxifahrer nicht anhält, da dies aus einer Vielzahl von Gründen geschehen kann.¹⁰³

Umfassende Statistiken zur Zahl von Gerichtsfällen werden, soweit ersichtlich, nicht geführt. Dagegen liegen teilweise Zahlen zur Tätigkeit amerikanischer Behörden vor wie zum Beispiel zu Diskriminierungen im Bereich Wohnraum, wo staatliche Stellen in den USA jährlich ca. 10.000 Beschwerden untersuchen.¹⁰⁴

⁹⁸ US Department of Housing and Urban Development, Familial Status Fact Sheet “Five Facts Every Parent Should Know About Their Housing Rights”, 2008, S. 1, abrufbar unter: <http://portal.hud.gov/hudportal/documents/huddoc?id=FamilialStatusFactSheet.pdf> (zuletzt aufgerufen am 17.04.2014).

⁹⁹ Europäische Kommission, GD Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit, Europäisches Handbuch zu Gleichstellungsdaten, S. 21.

¹⁰⁰ Studie EUMC, Migrants’ Experiences of Racism and Xenophobia in 12 EU Member States, 2006, zitiert in Europäische Kommission, GD Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit, Europäisches Handbuch zu Gleichstellungsdaten, S. 21, Fn 41.

¹⁰¹ Vgl. US Department of Housing and Urban Development, Do We Know More Now? Trends in Public Knowledge, Support and Use of Fair Housing Law, S. 1, 35 ff.

¹⁰² US Department of Housing and Urban Development, Do We Know More Now? Trends in Public Knowledge, Support and Use of Fair Housing Law, S. 35 ff.

¹⁰³ Hierzu ausführlich Ambinder, Dispelling the Myth of Rationality: Racial Discrimination in Taxicab Service and the Efficacy of Litigation under 42 U.S.C. § 1981, *George Washington Law Review* 64 (1996), 342, 347.

¹⁰⁴ US Department of Housing and Urban Development, Annual Report on Fair Housing, Fiscal Year 2009, S. 9.

2. Teil: Analyse der europäischen Gleichbehandlungsrichtlinien

A. Die Gleichbehandlungsrichtlinien

Die Europäische Union hat im Bereich der Gleichbehandlungspflichten unter Privaten durch mehrere Richtlinien einen Rechtsrahmen geschaffen, der auch dem AGG zugrunde liegt. Das EU-Antidiskriminierungsrecht nimmt in der vorliegenden Arbeit eine gewisse Sonderstellung ein. Zum einen ist es Grundlage und Maßstab für die deutschen Vorschriften, zum anderen stellt es aber – neben dem deutschen Recht und dem US-Bundesrecht – ein drittes normatives Regime dar. Es weist allerdings die Besonderheit auf, dass detaillierte Bestimmungen zu den Rechtsfolgen fehlen und es nur einen Rahmen für mögliche Rechtsfolgen vorgibt.

I. Richtlinien und Richtlinienvorschläge zu Gleichbehandlung unter Privaten

Im Bereich des allgemeinen Zivilrechts hat die Europäische Union¹⁰⁵ zwei Richtlinien erlassen: die Richtlinie 2000/43/EG zum Schutz vor Diskriminierungen aufgrund Rasse oder ethnischer Herkunft und die Richtlinie 2004/113/EG für geschlechtsbezogene Diskriminierungen. Wird in dieser Arbeit auf „die Richtlinien“ oder „die beiden Richtlinien“ Bezug genommen, so sind stets die Richtlinien 2000/43/EG und 2004/113/EG gemeint. Hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen ist die Richtlinie 2000/43/EG weiter gefasst. Die Richtlinien sind auf die Kompetenzgrundlage des Art. 19 Abs. 1 AEUV (früher Art. 13 Abs. 1 EGV) gestützt.¹⁰⁶ Ob diese Ermächtigunggrundlage die Diskriminierungsverbote an sich trägt, ist umstritten,¹⁰⁷ die Problematik ist hier jedoch nicht relevant, da die Tatbestände an sich betroffen sind und nicht etwa besondere Rechtsdurchsetzungsfragen.

Weitere Richtlinien betreffen lediglich die Bereiche Arbeit und Beruf, so die Richtlinie 2000/78/EG, die die Merkmale Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Ausrichtung schützt, und die Richtlinie 2006/54/EG zum Schutz des

¹⁰⁵ Durch den Vertrag von Lissabon wurde die Europäische Union Rechtsnachfolgerin der Europäischen Gemeinschaft und ersetzt diese (vgl. Art. 1 Abs. 3 S. 2 EUV). Um einer einheitlichen Terminologie willen, wird in dieser Arbeit stets von der Europäischen Union gesprochen, auch wenn sich Aussagen auf die Zeit vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon beziehen.

¹⁰⁶ Siehe ausdrücklich die Bezugsvermerke zu Beginn der beiden Richtlinien.

¹⁰⁷ Wesseling, Die Europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien zwischen Privatautonomie und Gleichheitsgrundsatz - Analyse, Umsetzung und Auswirkungen der Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2004/113/EG im deutschen Zivilrecht.

Merkmals Geschlecht.¹⁰⁸ Diese Richtlinien sind aufgrund ihrer Beschränkung auf das Arbeitsrecht für die vorliegende Arbeit nicht direkt relevant.

Im Bereich des allgemeinen Zivilrechts gibt es ein laufendes Rechtsetzungsverfahren in der Europäischen Union. Der Vorschlag der Kommission aus dem Jahr 2008¹⁰⁹ zielt auf einen Schutz der Merkmale Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Orientierung außerhalb der Arbeitswelt ab und weist starke Ähnlichkeiten zu den bisherigen auf Art. 19 Abs. 1 AEUV gestützten Richtlinien auf.¹¹⁰ Insbesondere hinsichtlich der Rechtsdurchsetzung sind die Ähnlichkeiten zu den beiden bisherigen Richtlinien im allgemein-zivilrechtlichen Bereich erheblich. Nach der Rechtsgrundlage der Richtlinie (Art. 19 Abs. 1 AEUV) ist für ihren Erlass ein einstimmiger Beschluss des Rates sowie die Zustimmung des Europäischen Parlaments erforderlich. Einstimmigkeit im Rat stellt stets eine erhebliche Hürde dar und gerade bei politisch brisanten Bereichen, zu denen auch das Antidiskriminierungsrecht gehört, ist eine Einigung häufig schwierig und es wurde daher bisher weder eine Richtlinie erlassen noch ist ihr Erlass abzusehen.¹¹¹

II. Die Richtlinien im Bereich des allgemeinen Zivilrechts im Überblick

Die Richtlinien werden hier nur äußerst knapp dargestellt, nämlich soweit dies für den Gesamtzusammenhang für eine Analyse der Rechtsdurchsetzung erforderlich ist. Von der Struktur des Tatbestandes sind die Richtlinien dem AGG sehr ähnlich, sodass die Darstellung des Tatbestandes des AGG¹¹² einen guten Eindruck von den Vorgaben der Richtlinien in dieser Hinsicht vermittelt. Das AGG hat die Konzeption der Richtlinien in weitem Umfang übernommen, insbesondere beispielsweise die Bestimmung zur kompensierenden Bevorzugung (Art. 5 Richtlinie 2000/43/EG; Art. 6 Richtlinie

¹⁰⁸ Die Richtlinie 2006/54/EG stellt eine Neufassung dar und hebt daher mehrere frühere Richtlinien in diesem Bereich auf, insbesondere die vielzitierte Richtlinie 2002/73/EG (vgl. Art. 34 Abs. 1 Richtlinie 2006/54/EG).

¹⁰⁹ Europäische Kommission, Richtlinienvorschlag, KOM(2008) 426. Zugleich hat die Kommission eine Mitteilung angenommen, in der sie die Tätigkeit der EU im Bereich Nichtdiskriminierung in der Vergangenheit beschreibt und Schwerpunkte für die zukünftige Arbeit nennt (Europäische Kommission, Nichtdiskriminierung und Chancengleichheit: Erneutes Engagement, KOM(2008) 420).

¹¹⁰ Zu diesem Richtlinienvorschlag siehe auch Ellis/Watson, EU Anti-Discrimination Law, S. 372 ff.

¹¹¹ Noch bei einer Diskussion Ende 2012 im Rat hatten mehrere Länder gegen den Vorschlag an sich grundlegende Bedenken geltend gemacht und vorgeschlagen, das Vorhaben für gescheitert zu erklären; vgl. den Bericht des Europäischen Parlaments zur Diskussion im Rat, 2008/0140(APP) – 06/12/2012, abrufbar unter: <http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/summary.do?id=1238921&t=e&l=en> (zuletzt aufgerufen am 17.04.2014).

¹¹² Siehe unten 3. Teil, A. I.

2004/113/EG) oder zur unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung (Art. 2 Richtlinie 2000/43/EG; Art. 2 und 4 Richtlinie 2004/113/EG).

Wichtigster Unterschied auf der Tatbestandsseite zwischen den beiden Richtlinien und dem AGG sind die Diskriminierungsmerkmale: Richtlinie 2000/43/EG schützt lediglich vor Benachteiligungen aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft, Richtlinie 2004/113/EG nur vor Benachteiligungen aufgrund des Geschlechts. Die übrigen Diskriminierungsmerkmale des AGG sind (noch)¹¹³ nicht durch Richtlinien geschützt. Die beiden Richtlinien unterscheiden sich außerdem hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs: Während Richtlinie 2004/113/EG lediglich Güter und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen (Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2004/113/EG), betrifft, umfasst die Richtlinie 2000/43/EG darüber hinaus weitere Bereiche wie Bildung, Gesundheitsdienst, Beschäftigung und Beruf (Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2000/43/EG).

Während auf Tatbestandsseite das AGG den detaillierten Richtlinienbestimmungen stark ähnelt, gibt es eine solche Ähnlichkeit nicht für die Rechtsdurchsetzung und die Rechtsfolgen. Hierzu enthalten die Richtlinien nämlich Bestimmungen mit erheblichem Spielraum, die nicht wörtlich ins nationale Recht übernommen werden können, sondern in jedem Fall der Konkretisierung durch den nationalen Gesetzgeber bedürfen. Der durch die entsprechenden Bestimmungen geschaffene Rahmen für das nationale Recht wird ausführlich unten dargestellt.¹¹⁴

III. Die Ziele der Richtlinien

Beide Richtlinien dienen zunächst klar dem Schutz der Ehre bzw. Menschenwürde der unmittelbar benachteiligten Person. Dies ergibt sich daraus, dass die Erwägungsgründe auf den Schutz vor Diskriminierung als Menschenrecht Bezug nehmen und auf die EMRK verweisen.¹¹⁵

Außerdem wollen die Richtlinien einen Zugang zu Leistungen gewähren, was in bestimmten Fällen für eine wirtschaftliche und soziale Integration in die Gesamtgesellschaft notwendig ist. Ausdrücklich erkennen die Richtlinien an, dass Benachteiligungen beim Bezug von Waren und Dienstleistungen eine Vielzahl negativer Folgen mit sich bringen, die weit über eine Ehrbeeinträchtigung hinausgehen. So heißt es im Kommissionsvorschlag zur Richtlinie 2000/43/EG: „Andere Bereiche haben eher

¹¹³ Siehe oben 2. Teil, A. I. zum Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission.

¹¹⁴ Siehe 2. Teil, B.

¹¹⁵ Erwägungsgründe 2 und 3 der Richtlinie 2000/43/EG; Erwägungsgründe 1 und 2 der Richtlinie 2004/113/EG.

einen indirekten Bezug zur Arbeitswelt, tragen aber nichtsdestoweniger entscheidend zur sozialen und wirtschaftlichen Integration bei. So ist beispielsweise eine gute Ausbildung Vorbedingung für eine erfolgreiche Eingliederung in die Gesellschaft. [...] Auch Diskriminierungen in Bezug auf den Zugang zu Waren und Dienstleistungen sind einer sozialen und wirtschaftlichen Eingliederung hinderlich. Dies gilt insbesondere – aber nicht nur – für den Zugang zu Finanzmitteln. [...] Wenn Menschen der Zugang zu Waren und Dienstleistungen ihrer Wahl verwehrt wird, kann dies im günstigsten Fall nur der Selbstachtung der Betroffenen schaden, im ungünstigsten Fall kann dies jedoch eine noch stärkere soziale Ausgrenzung zur Folge haben.“¹¹⁶ Die Richtlinie 2000/43/EG erwähnt ausdrücklich Teilhabe als ein Ziel der Richtlinien,¹¹⁷ aus Richtlinie 2004/113/EG ergibt sich klar, dass eine möglichst „vollständige[n], erfolgreiche[n] Eingliederung von Männern und Frauen in das wirtschaftliche und soziale Leben“ angestrebt wird.¹¹⁸

Unionsweite Antidiskriminierungsvorschriften verfolgen darüber hinaus das Ziel einer Marktintegration. Es besteht nämlich bei abweichenden nationalen Standards die Gefahr, dass sich wettbewerbliche Vorteile für Akteure ergeben, die weniger strengen nationalen Vorschriften unterliegen, und damit die Gefahr einer Verzerrung der Wettbewerbsbedingungen innerhalb der Union.¹¹⁹ Das Ziel der Marktintegration ist daher in vielen europarechtlich geregelten Rechtsgebieten ein weiteres zusätzliches Ziel über die Ziele hinaus, die auch bei einer nationalen Regelung des Sachgebiets verfolgt würden. Zwar betont der Vorschlag zur Richtlinie 2004/113/EG, dass sich der Schwerpunkt des europäischen Gleichbehandlungsrechts von der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen zum (gemeineuropäischen) Grundrechtsschutz verschoben habe.¹²⁰ Diese unterschiedliche Betonung des Schwerpunktes heißt aber keineswegs, dass die Europäische Union nicht mehr das Ziel eines Binnenmarktes verfolgt (siehe ausdrücklich Art. 26 AEUV), sondern ist eher Ausdruck der Ausdehnung der Ziele der Union über die bloße wirtschaftliche Integration hinaus (siehe vor allem Art. 3 EUV).

¹¹⁶ Europäische Kommission, Richtlinienvorschlag Gleichbehandlung Rasse und ethnische Herkunft, KOM(1999) 566, S. 6. Europäische Kommission, Richtlinienvorschlag Gleichbehandlung Geschlecht, KOM(2003) 657, S. 6.

¹¹⁷ Erwägungsgrund 12 der Richtlinie 2000/43/EG.

¹¹⁸ Erwägungsgrund 9 der Richtlinie 2004/113/EG.

¹¹⁹ Chalmers/Davies/Monti, *European Union Law*, S. 535 und 537; Bell, *Anti-discrimination law and the European Union*, S. 7 ff. Auch im deutschen Gesetzgebungsverfahren wird häufig auf einen angeblichen Wettbewerbsnachteil durch überschießende Umsetzung hingewiesen (vgl. insbesondere die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 16/1852, S. 1).

¹²⁰ Europäische Kommission, Richtlinienvorschlag Gleichbehandlung Geschlecht, KOM(2003) 657, S. 2.

Außerdem wird es als Sinn der Antidiskriminierungsvorschriften angesehen, dass sie in bestimmten Fällen Freizügigkeit innerhalb der EU erst ermöglichen.¹²¹ Über die bloße Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen hinaus (die durch jede einheitliche europäische Regelung möglich wäre) setzt eine Marktintegration nämlich die Schaffung von Freizügigkeit voraus, also die Beseitigung von zwischenstaatlichen Hindernissen aller Art. Freizügigkeit in einem weiten Sinn – also keine Behinderung transnationaler Sachverhalte im Vergleich zu rein nationalen – wird dann durch Diskriminierungen berührt, wenn Diskriminierungen *aufgrund der nun durch die Richtlinien für unzulässig erklärten Merkmale* grenzüberschreitende Sachverhalte in höherem Maße betreffen als rein inländische. Für einige der Merkmale erscheint dies sehr fraglich, für das Merkmal der ethnischen Herkunft dagegen sehr einleuchtend.¹²²

Am Ziel der Schaffung von Freizügigkeit zeigt sich, dass Marktintegration und Grundrechtsschutz sich in vielen Fällen nicht ausschließen, sondern zusammenhängen, da Freizügigkeit für beides unerlässlich ist. Dies zeigt sich beispielsweise an der Verankerung von Freizügigkeitsbestimmungen sowohl in den grundrechtlich geprägten Vorschriften (Art. 21 AEUV, Art. 45 GR-Charta) als auch in den marktintegrierenden Vorschriften (Freizügigkeit als Teil der Grundfreiheiten der Art. 28 ff. AEUV).

B. Die Anforderungen der Richtlinien an die Gestaltung der Rechtsdurchsetzung

I. Der Wortlaut der Richtlinien

Die Richtlinie 2000/43/EG erfasst die Merkmale Rasse und ethnische Herkunft. Die Kernbestimmung zur Rechtsdurchsetzung und insbesondere den Rechtsfolgen (Art. 15 S. 1 und 2) lautet:

„Die Mitgliedstaaten legen die Sanktionen fest, die bei einem Verstoß gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Anwendung dieser Richtlinie zu verhängen sind, und treffen alle geeigneten Maßnahmen, um deren Durchsetzung zu gewährleisten. Die Sanktionen, die auch Schadensersatzleistungen an die Opfer umfassen können, müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.“

¹²¹ Europäische Kommission, Richtlinienvorschlag Gleichbehandlung Geschlecht, KOM(2003) 657, S. 13. Vgl. auch Mahlmann in Rudolf/Mahlmann (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, S. 55.

¹²² Schwierigkeiten ergeben sich allerdings bei Abgrenzung zwischen mittelbaren Diskriminierungen aufgrund der ethnischen Herkunft und Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, vor denen die Richtlinie 2000/43/EG ausdrücklich nicht schützt (vgl. Art. 3 Abs. 2 Richtlinie 2000/43/EG).

Nach Art. 14 lit. b) ist sicherzustellen,

„dass sämtliche mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zu vereinbarenden Bestimmungen in Einzel- oder Kollektivverträgen oder -vereinbarungen [...] für nichtig erklärt werden oder erklärt werden können oder geändert werden.“

Die Richtlinie 2004/113/EG schützt vor geschlechtsspezifischen Diskriminierungen beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen außerhalb der Arbeitswelt. Ihr Art. 14 S. 1 und 2 entspricht wörtlich Art. 15 S. 1 und 2 der Richtlinie 2000/43/EG. Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113/EG lautet:

„Die Mitgliedstaaten treffen im Rahmen ihrer nationalen Rechtsordnung die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass der einer Person durch eine Diskriminierung im Sinne dieser Richtlinie entstandene Schaden gemäß den von den Mitgliedstaaten festzusetzenden Modalitäten tatsächlich wirksam ausgeglichen oder ersetzt wird, wobei dies auf eine abschreckende und dem erlittenen Schaden angemessene Art und Weise geschehen muss. Die vorherige Festlegung einer Höchstgrenze schränkt diese Ausgleichs- oder Ersatzpflicht nicht ein.“

Nach Art. 13 lit. b) ist sicherzustellen, dass

„vertragliche Bestimmungen [...], die dem Grundsatz der Gleichbehandlung zuwiderlaufen, für nichtig erklärt werden oder erklärt werden können oder geändert werden.“

Die Richtlinien sehen darüber hinaus vor, dass nationale Fristenregelungen unberührt bleiben¹²³ sowie dass der Verwaltungs- oder Gerichtsweg beschritten werden können muss,¹²⁴ und enthalten darüber hinaus ein gewisses Beteiligungsrecht für Verbände.¹²⁵

II. Rechtsdurchsetzungs- und Rechtsfolgengrundsätze im EU-Recht und ihr Verhältnis zu den Vorgaben der Richtlinien

Die Problematik, welche Anforderungen das Europarecht – und zwar nicht nur die Richtlinien unmittelbar, sondern auch das europäische Primärrecht – an die nationalen Regelungen im Bereich der Rechtsdurchsetzung und gerade der Rechtsfolgen stellt,

¹²³ Art. 7 Abs. 3 Richtlinie 2000/43/EG; Art. 8 Abs. 4 Richtlinie 2004/113/EG.

¹²⁴ Art. 7 Abs. 1 Richtlinie 2000/43/EG; Art. 8 Abs. 1 Richtlinie 2004/113/EG

¹²⁵ Art. 7 Abs. 2 Richtlinie 2000/43/EG; Art. 8 Abs. 3 Richtlinie 2004/113/EG.

ist nur noch schwer zu überblicken und Anforderungen überschneiden sich in weitem Umfang. Wechselseitige Bezugnahmen zwischen Rechtsprechung des EuGH und Begründungen europäischer Legislativakte kommen sehr häufig vor: Die Rechtsprechung des EuGH interpretiert Bestimmungen der Richtlinien, viele Richtlinienbestimmungen sind aber wiederum als Kodifizierung der Rechtsprechung des EuGH aufgenommen worden. Darüber hinaus gibt es vielfältige Bezüge zum Primärrecht.

Wichtig ist, über die konkrete Fragestellung (nationale Sanktionen für den Verstoß gegen in nationales Recht inkorporiertes Richtlinienrecht durch Private) hinauszugehen und grundlegende Prinzipien im EU-Recht zur Rechtsdurchsetzung aufzuzeigen. Erforderlich ist also ein Blick auf Prinzipien nicht nur für die Umsetzung von Richtlinien, sondern beispielsweise auch für Verfahrensfragen aller Art und auch für Rechtsfolgen bei Verstößen von Mitgliedstaaten gegen Unionsrecht.

Diese Arbeit behandelt nicht Rechtsfolgen von Verstößen von Mitgliedstaaten gegen die Pflicht zur Umsetzung von Richtlinien, sondern die Anforderungen der Richtlinien an die durch nationales Gesetz zu regelnden Rechtsfolgen und Durchsetzungsmechanismen bei Verletzung der richtliniendeterminierten Antidiskriminierungsverbote durch Private. Die Konstellation ist also eine grundlegend andere zur Frage der Sanktionen für Nichtumsetzung von Richtlinien durch Mitgliedstaaten. Dennoch haben beide Situationen gemeinsam, dass es um Rechtsdurchsetzung bei der Verletzung unionsrechtlich geschützter Rechtspositionen geht und dass es keine eigenen detaillierten Bestimmungen gibt und vielmehr den nationalen Regelungen ein weiter Spielraum innerhalb europäischer Grundsätze gegeben ist.¹²⁶ Außerdem stützt sich der EuGH in seiner Rechtsprechung in beiden Konstellationen weitgehend auf die gleichen Prinzipien, was für ein Verständnis des EuGH von ganz allgemeinen Rechtsfolgengrundsätzen im EU-Recht spricht.¹²⁷

Darüber hinaus gelten die allgemeinen Grundsätze nicht nur für das, was in dieser Arbeit als Rechtsdurchsetzung bezeichnet wird, also die Grundstrukturen der verfahrensrechtlichen Geltendmachung und die Rechtsfolgen, sondern auch für unionsrechtlich nicht geregelte Verfahrensfragen aller Art (beispielsweise Fristen¹²⁸). Außerdem gelten die Grundsätze auch für die Regelung nationaler Verwaltungsverfahren beim Vollzug von Unionsrecht, soweit das Verfahren nicht selbst europarechtlich geregelt ist, sondern – was der Regelfall ist – die Ausgestaltung den Mitgliedstaaten überlas-

¹²⁶ So die Rechtsprechung des EuGH zum unionsrechtlich gebotenen Staatshaftungsanspruch; vgl. EuGH, *Francovich et al. v. Italien*, Rs. C-6/90 und C-9/90, 19.11.1991, Rn. 32 ff.

¹²⁷ Ähnlich Craig/de Búrca, *EU Law*, S. 218 ff.

¹²⁸ Fristen können allerdings auch Teil des materiellen Rechts sein, beispielsweise im deutschen Recht die Verjährung, vgl. Palandt/Ellenberger, § 194 BGB, Rn. 2.

sen ist.¹²⁹ Man wird wohl sagen können, dass Grund für die Anwendung der allgemeinen Grundsätze letztlich nicht die Tatsache ist, dass es gerade um den Bereich der Rechtsfolgen oder gerade um Verfahrensfragen geht. Vielmehr ist Grund für die Anwendung, dass Aspekte nicht durch das Unionsrecht abschließend geregelt sind und daher dem nationalen Recht ein Regelungsspielraum verbleibt und das Unionsrecht diesen Grenzen setzen muss.

1. Anforderungen im Einzelnen

Anforderungen an die Gestaltung der Rechtsdurchsetzung im Einzelnen ergeben sich teilweise aus allgemeinen Grundsätzen des Europarechts und der Rechtsprechung des EuGH, teilweise ergeben sie sich hingegen direkt aus dem Wortlaut der Richtlinien.¹³⁰ Dabei tritt eine Vielzahl von Überschneidungen auf, da beispielsweise durch die Richtlinien ausdrücklich normierte Vorgaben lediglich die Übernahmen allgemeiner und auch unabhängig von der Verankerung in der Richtlinie anerkannter Prinzipien darstellen, die Richtlinien also insoweit nur deklaratorisch sind.¹³¹ In diesem Abschnitt werden die verschiedenen Anforderungen zunächst nach Begriff und Ursprung knapp dargestellt. Bereits dies zeigt die vielfältigen Bezugnahmen untereinander auf. Im darauf folgenden Abschnitt werden die Anforderungen dann nach den zugrunde liegenden Konzepten systematisiert und Überschneidungen und Wechselbeziehungen zwischen den Anforderungen aufgezeigt.

a) Der Anforderungsdreiklang in den Richtlinien

Die Kernnorm zu den Rechtsfolgen in Richtlinie 2000/43/EG lautet, dass „Sanktionen [...] wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein müssen. Diese Vorgabe ist in der Literatur als „Anforderungsdreiklang“¹³² bezeichnet worden. Im Vorschlag der Kommission fand sich zunächst (als damaliger Art. 14) nur Art. 15 S. 1, also die ganz allgemein gehaltene Bestimmung ohne den Anforderungsdreiklang.¹³³ Ein Anforderungsdreiklang taucht dann im Bericht des Parlamentsausschusses zum ersten Mal

¹²⁹ Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, S. 202.

¹³⁰ Der Wortlaut anderer Richtlinien im Diskriminierungsbereich ist häufig sehr ähnlich zum Wortlaut der beiden in dieser Arbeit untersuchten Richtlinien, vgl. beispielsweise die Richtlinie 2006/54/EG.

¹³¹ Die Überschneidungen und Gemeinsamkeiten werden ebenfalls herausgearbeitet in Tobler, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Antidiskriminierungsrecht der EG, S. 9.

¹³² MünchKomm/Thüsing § 21 AGG, Rn. 3.

¹³³ Die Europäische Kommission führt zur entsprechenden Bestimmung in ihrem Vorschlag aus, es handele sich um „Standardbestimmungen, die keiner weiteren Erklärung bedürfen“, Europäische Kommission, Richtlinienvorschlag Gleichbehandlung Rasse und ethnische Herkunft, KOM(1999) 566, S. 12.

auf.¹³⁴ Dort heißt es zur Begründung, es werde der Sanktionsbestimmung der Wortlaut des UN-Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung zugrunde gelegt.¹³⁵ Bei der Richtlinie 2004/113/EG findet sich sodann der Anforderungsdreiklang bereits im Vorschlag der Kommission (Art. 13) und in der Begründung dieses Vorschlags wird die Formulierung als „Standardbestimmung“ für Sanktionen bei Verstößen gegen Gleichbehandlungsrechte bezeichnet.¹³⁶ Auch im Vorschlag der Kommission zum Erlass einer neuen Richtlinie zu weiteren Diskriminierungsmerkmalen aus dem Jahr 2008 finden sich wieder die drei Kriterien.¹³⁷ Auch an anderen Stellen in Unionsrechtsakten und der Rechtsprechung des EuGH findet sich der Anforderungsdreiklang „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“.¹³⁸

b) Äquivalenzgrundsatz und Effektivitätsgrundsatz

Ein wichtiger Grundsatz im Rechtsfolgenrecht – und darüber hinaus für Verfahrensfragen generell – ist der Äquivalenzgrundsatz. Er besagt, dass Rechtsfolgen des nationalen Rechts für europarechtlich verbürgte Rechtspositionen nicht ungünstiger sein dürfen als für vergleichbare¹³⁹ autonom national geschaffene Rechtspositionen.¹⁴⁰ Im Bereich der Umsetzung von Richtlinien ist dieser Grundsatz bereits aufgrund der primärrechtlichen Pflicht der Mitgliedstaaten zur Umsetzung der Richtlinienbestimmungen unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Unionstreue anwendbar, da eine Schlechterstellung bei vergleichbarem Sachverhalt lediglich aufgrund der Tatsache, dass eine der Rechtspositionen europarechtlich verbürgt ist, treuwidrig wäre.

Auch der Effektivitätsgrundsatz ist wichtiges Grundprinzip für Rechtsfolgen und Verfahrensregelungen. Er besagt, dass die Rechtsfolgen nicht so ausgestaltet werden

¹³⁴ Europäisches Parlament, Ausschuss für die Freiheiten und Rechte der Bürger, Justiz und innere Angelegenheiten, Bericht zum Vorschlag der Kommission KOM(1999) 566, 16.05.2000, S. 32 („Die Strafen können Schadenersatzzahlungen an das Opfer beinhalten. Die Strafen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.“)

¹³⁵ Europäisches Parlament, Ausschuss für die Freiheiten und Rechte der Bürger, Justiz und innere Angelegenheiten, Bericht zum Vorschlag der Kommission KOM(1999) 566, 16.05.2000, S. 32.

¹³⁶ Europäische Kommission, Richtlinienvorschlag Gleichbehandlung Geschlecht, KOM(2003) 657, S. 20.

¹³⁷ Europäische Kommission, Richtlinienvorschlag, KOM(2008) 426, Art. 14 S. 2.

¹³⁸ EuGH, Kommission v. Griechenland, Rs. 68/88, 21.09.1989, Rn. 24; EuGH, Hansen, Rs. C-326/88, 10.07.1990, Rn. 17; EuGH, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd, Rs. C-167/01, 30.09.2003, Rn. 62. Eine Auseinandersetzung mit den drei Merkmalen findet sich beispielsweise hinsichtlich der Rechtsfolgen für eine Verletzung europarechtlich verbürgter Rechtspositionen bei Generalanwältin Kokott, Stellungnahme der Generalanwältin in den verbundenen Rechts-sachen Berlusconi et al., Rs. C-387/02, C-391/02 und C-403/02, Rn. 88 ff.

¹³⁹ EuGH, Draehmpaehl, Rs. C-180/95, 22.04.1997, Rn. 29 mit Verweis: „wegen Art und Schwere gleichartige(r) Verstöße gegen das nationale Recht“.

¹⁴⁰ EuGH, Francovich et al. v. Italien, Rs. C-6/90 und C-9/90, 19.11.1991, Rn. 43; EuGH, Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis), Rs. C-231/96, 15.9.1998, Rn. 19. Speziell für das Antidiskriminierungsrecht EuGH, Draehmpaehl, Rs. C-180/95, 22.4.1997, Rn. 29 und 42.

dürfen, dass die Rechtsdurchsetzung praktisch unwirksam wird.¹⁴¹ Auch dieser Grundsatz ergibt sich für die Fallgruppe der Schaffung von Rechtsfolgen für richtliniendeterminierte Bestimmungen bereits aus dem Primärrecht, das in Art. 288 Abs. 3 AUEV i. V. m. Art. 4 Abs. 3 EUV die primärrechtliche Pflicht zu einer effektiven Umsetzung von Richtlinien enthält.

c) Günstigkeitsprinzip

Nach Art. 6 Abs. 2 Richtlinie 2000/43/EG gilt:

„Die Umsetzung dieser Richtlinie darf keinesfalls als Rechtfertigung für eine Absenkung des von den Mitgliedstaaten bereits garantierten Schutzniveaus in bezug auf Diskriminierungen in den von der Richtlinie abgedeckten Bereichen benutzt werden.“

Art. 7 Abs. 2 Richtlinie 2004/113/EG enthält eine praktisch identische Formulierung. Ihr Inhalt ist nicht leicht zu erschließen. Im Vorschlag der Kommission wird die Bestimmung als „Nichtrückschrittsklausel“ bezeichnet und ausgeführt, sie betreffe „Mitgliedstaaten, in denen ein höheres Schutzniveau als das durch die Rahmenrichtlinie garantierte besteht oder eingeführt wird. Dieser Bestimmung zufolge darf das in den Mitgliedstaaten gewährleistete Niveau des Schutzes vor Diskriminierungen nicht im Zuge der Umsetzung der Gemeinschaftsrichtlinie abgesenkt werden.“¹⁴² Ob dies so haltbar ist, erscheint zweifelhaft, da nicht ersichtlich ist, woraus sich eine Unionskompetenz ergeben könnte, rein national getroffene Entscheidungen zu Fragen, die auch in der Zukunft gerade nicht allgemein europarechtlich geregelt werden, nicht rückgängig zu machen. In der Literatur findet sich zu dieser Bestimmung erstaunlicherweise kaum etwas. Sie wird wohl so zu interpretieren sein, dass lediglich klargestellt werden soll, dass die Richtlinie nicht als Grund für eine Absenkung des Schutzniveaus herangezogen werden soll, und stellt klar, dass nur Mindestvoraussetzungen aufgestellt werden.¹⁴³

¹⁴¹ EuGH, Francovich et al. v. Italien, Rs. C-6/90 und C-9/90, 19.11.1991, Rn. 43. Zum Verhältnis zur Anforderung an die Wirksamkeit durch den Anforderungsdreiklang vgl. unten 2. Teil, B. II. 2. a).

¹⁴² Europäische Kommission, Richtlinienvorschlag Gleichbehandlung Rasse und ethnische Herkunft, KOM(1999) 566, S. 9.

¹⁴³ So auch in Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 2000/43/EG sowie in Art. 7 Abs. 1 Richtlinie 2004/113/EG.

d) Die Rechtsprechung des EuGH zu arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverboten

Der EuGH hat sich in mehreren grundlegenden Entscheidungen¹⁴⁴ mit den Rechtsfolgenanforderungen der Richtlinie 76/207/EWG¹⁴⁵ befasst, die geschlechtsbezogene Benachteiligungen im Arbeitsrecht erfasste. Die Richtlinie enthielt keinen Anforderungsdreiklang, sondern lediglich folgende sehr allgemein gehaltene Formulierung: „Die Mitgliedstaaten erlassen die innerstaatlichen Vorschriften, die notwendig sind, damit jeder, der sich wegen Nichtanwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung im Sinne dieser Vorschriften für beschwert hält, nach etwaiger Befassung anderer zuständiger Stellen seine Rechte gerichtlich geltend machen kann.“¹⁴⁶ Der EuGH leitete jedoch aus der allgemeinen Pflicht der Mitgliedstaaten, die vollständige Wirksamkeit der Richtlinien zu gewährleisten, bestimmte Anforderungen ab.

Der EuGH erwähnte in diesem Zusammenhang auch die im Anforderungsdreiklang auftauchenden Kriterien der Wirksamkeit, Abschreckung und Verhältnismäßigkeit;¹⁴⁷ die konkreten vom EuGH gezogenen Schlussfolgerungen werden allerdings meist nicht auf einen oder mehrere Kriterien dieses Dreiklangs gestützt.¹⁴⁸

Im Fall von Colson und Kamann¹⁴⁹ und im Fall Harz¹⁵⁰ entschied der EuGH zu § 611a BGB a. F., dass eine Beschränkung des Schadensersatzes auf das negative Interesse (Erstattung der Bewerbungskosten) nicht mit dem Grundsatz vereinbar ist, dass eine Richtlinie so umzusetzen ist, dass sie wirksam in Bezug auf die durch sie verfolgten Ziele ist.¹⁵¹ Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Entscheidung nur den Fall betrifft, dass Schadensersatz die einzige Rechtsfolge darstellt. Aus beiden Entscheidungen ergibt sich auch ausdrücklich, dass der Gesetzgeber Bußgelder als zusätzliche Sanktion neben Ansprüchen Privater vorsehen kann.¹⁵² Der Gesetzgeber

¹⁴⁴ EuGH, von Colson und Kamann, Rs. 14/83, 10.04.1984; EuGH, Harz, Rs. 79/83, 10.04.1984; EuGH, Dekker, Rs. C-177/88, 08.11.1990.

¹⁴⁵ Mittlerweile ersetzt durch Richtlinie 2006/54/EG.

¹⁴⁶ Art. 6 Richtlinie 76/207/EWG.

¹⁴⁷ Beispielsweise in EuGH, von Colson und Kamann, Rs. 14/83, 10.04.1984, Rn. 23.

¹⁴⁸ Auch hier zeigt sich, dass die drei Kriterien nicht klar getrennt sind und der EuGH differenziert meist nicht streng zwischen den drei Kriterien.

¹⁴⁹ EuGH, von Colson und Kamann, Rs. 14/83, 10.4.1984. Auch die Regierungsbegründung nimmt auf diesen Fall Bezug (Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 46).

¹⁵⁰ EuGH, Harz, Rs. 79/83, 10.04.1984.

¹⁵¹ In der Literatur war die Bestimmung als „Portoparagraph“ bezeichnet worden, vgl. Freis, Das Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Arbeitsgerichtsgesetzes, NJW 1998, 2779, 2779; Zuleeg, Gleicher Zugang von Männern und Frauen zu beruflicher Tätigkeit, RdA 1984, 325, 327.

¹⁵² EuGH, von Colson und Kamann, Rs. 14/83, 10.04.1984, Rn 18; EuGH, Harz, Rs. 79/83, 10.04.1984, Rn. 18. Dass Bußgelder allein nicht ausreichen, wird richtig mit Art. 6 der Richtlinie begründet („jeder, der sich [...] für beschwert hält, [...] seine Rechte gerichtlich geltend machen kann“).

muss nach Auffassung des EuGH keinen Kontrahierungszwang schaffen.¹⁵³ In der Rechtssache Marshall hat der EuGH nochmals bekräftigt, dass nicht Wiedereinstellung vorgesehen werden muss, sondern auch eine finanzielle Entschädigung ausreichen kann.¹⁵⁴

In der Rechtssache Dekker¹⁵⁵ entschied der EuGH, dass ein Schadensersatzanspruch nur dann den Anforderungen des Unionsrechts genügt, wenn er verschuldensunabhängig besteht. Auch in der Rechtssache Draehmpaehl¹⁵⁶ bekräftigte der EuGH, dass nur verschuldensunabhängige Schadensersatzansprüche eine hinreichende Sanktion darstellen. Außerdem befasste sich der EuGH mit nationalen Höchstgrenzen für den Schadensersatz und stellte hierzu fest, dass diese dann gegen den Äquivalenzgrundsatz verstoßen, wenn für ähnlich gelagerte andere Ansprüche im Zivil- und Arbeitsrecht keine Höchstgrenze gilt.¹⁵⁷

Im Jahr 2013 hat sich der EuGH in der Rechtssache Asociația Accept¹⁵⁸ mit der Frage befasst, ob eine nationale Regelung, nach der nach Ablauf einer sechsmonatigen Frist lediglich eine Verwarnung als Rechtsfolge in Betracht kommt, dem in Richtlinie 2000/78/EG ausdrücklich enthaltenen Anforderungsdreiklang entspricht. Trotz sehr kritischer Ausführungen hierzu im Urteil trifft der EuGH jedoch keine abschließende Entscheidung, sondern gibt dem nationalen Gericht auf, die im nationalen Recht vorgesehene Verwarnung mit den Richtlinienbestimmungen abzugleichen.¹⁵⁹ Dies ist sehr bedauerlich, da der Charakter der Verwarnung durch den EuGH viel leichter zu ermitteln gewesen wäre, als die Interpretation der Begriffe „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ durch das nationale Gericht und Sinn des Vorabentscheidungsverfahrens gerade ist, dem nationalen Gericht die Auslegung des EU-Rechts abzunehmen. Der EuGH hätte hier eine abschließende Entscheidung treffen und damit das Recht in diesem Bereich fortbilden sollen.

e) Konkrete Bestimmungen in den Richtlinien

Die bisher angesprochenen Anforderungen stellen sämtlich relativ abstrakte Grundsätze auf. Darüber hinaus enthalten die Richtlinien jedoch teilweise relativ detaillierte Bestimmungen zu Fragen der Rechtsdurchsetzung. So enthält beispielsweise die Richtlinie 2000/43/EG eine ausdrückliche Bestimmung, dass Rechtsfolgen Schadens-

¹⁵³ EuGH, Harz, Rs. 79/83, 10.04.1984, Rn. 19.

¹⁵⁴ EuGH, Marshall, Rs. C-271/91, 02.08.1993, Rn. 25.

¹⁵⁵ EuGH, Dekker, Rs. C-177/88, 08.11.1990.

¹⁵⁶ EuGH, Draehmpaehl, Rs. C-180/95, 22.04.1997.

¹⁵⁷ EuGH, Draehmpaehl, Rs. C-180/95, 22.04.1997, Rn. 29 ff.

¹⁵⁸ EuGH, Asociația Accept, Rs. C-81/12, 25.04.2013.

¹⁵⁹ EuGH, Asociația Accept, Rs. C-81/12, 25.04.2013, Rn. 60 ff.

ersatzleistungen an die Opfer umfassen *können*, aber nicht müssen (Art. 15 S. 2), also die konkrete Aussage hinsichtlich der Rechtsfolge Schadensersatz, dass dieser nicht europarechtlich zwingend gefordert ist. Konkrete Bestimmungen in den Richtlinien müssen nicht zwangsläufig zusätzliche, über die allgemeinen Anforderungen hinausgehende Voraussetzungen aufstellen. Es ist vielmehr auch möglich, dass die konkreten Bestimmungen Ausdruck abstrakter Prinzipien sind und sich im Prinzip auch durch Auslegung diesen entnehmen lassen.

2. Vorschlag für eine Systematik

Hinsichtlich der dargestellten Anforderung an die Gestaltung des nationalen Rechts macht eine Lösung von den Begriffen und den Ursprüngen der verschiedenen Anforderungen Sinn, da sie sich besser nach Konzepten systematisieren lassen. Diese Systematisierung löst sich sehr weitgehend vom Wortlaut, was aber gerechtfertigt erscheint, da klar ist, dass der Richtliniengeber kein Gewicht auf die spezifischen Rechtsfolgenbestimmungen gelegt hat, was sich gerade durch die Bezeichnung „Standardbestimmung“ zeigt.¹⁶⁰ Dem Richtliniengeber ging es nicht darum, neue Vorgaben zu schaffen, sondern bekannte Prinzipien zu übernehmen. Nicht nur im Bereich dieser Richtlinien, sondern generell, lässt das EU-Recht in vielerlei Hinsicht in Bezug auf Rechtsfolgen und Verfahren den Mitgliedstaaten große Spielräume¹⁶¹ und ermöglicht so, nationale Systeme und Konzepte bei der Gestaltung zu berücksichtigen.¹⁶² Außerdem wäre es gar nicht so einfach, großes Gewicht auf den Wortlaut zu legen, da die Anforderungen zum großen Teil sehr offen formuliert sind, gerade im Vergleich zu den tatbestandlichen Vorgaben. All dies gilt nicht für die oben genannten relativ konkreten Vorgaben, also beispielsweise Aussagen zu einer bestimmten Rechtsfolge, sofern diese klare Bestimmungen treffen. In diesen Fällen kommt dem Wortlaut natürlich erhebliche Bedeutung zu. Vielmehr geht es um die vielen unbestimmt gehaltenen Regelungen.

¹⁶⁰ Europäische Kommission, Richtlinienvorschlag Gleichbehandlung Rasse und ethnische Herkunft, KOM(1999) 566, S. 12; Europäische Kommission, Richtlinienvorschlag Gleichbehandlung Geschlecht, KOM(2003) 657, S. 20.

¹⁶¹ Siehe hierzu Chalmers/Davies/Monti, *European Union Law*, S. 276 ff., der insbesondere auf EuGH, REWE, Rs. 33/76, 16.12.1976, Rn. 5 verweist.

¹⁶² Grund hierfür ist aber die Offenheit der europäischen Vorschriften und nationale Konzepte müssen sich an die europäischen Vorschriften anpassen und mit ihnen vereinbar sein. Es ist daher sehr missverständlich, nach der Vereinbarkeit des Unionsrechts mit dem deutschen Haftungssystem zu fragen; so Wesseling, *Die Europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien zwischen Privatautonomie und Gleichheitsgrundsatz - Analyse, Umsetzung und Auswirkungen der Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2004/113/EG im deutschen Zivilrecht*, S. 35. Grenzen für sekundäres Unionsrecht würden sich nur dann ergeben, wenn bestimmte Grundsätze – wie sie sich im deutschen Haftungssystem finden – auch primäres Unionsrecht darstellten.

Die verschiedenen Anforderungen können wie folgt kategorisiert werden:

a) *EU-rechtliche abstrakte Mindestanforderungen an die Wirksamkeit*

Eine wichtige Kategorie von Anforderungen an die nationalen Regelungen sind unionsrechtlich angeordnete abstrakte Mindestanforderungen an die Wirksamkeit der Rechtsfolgen. Wenn von „Wirksamkeit“ (in den Richtlinien) oder von „nicht praktischer Unwirksamkeit“ (im Rahmen des Effektivitätsgrundsatzes) gesprochen wird, so sind derartige Anforderungen gemeint. Trotz des unterschiedlichen Wortlauts ist nicht ersichtlich, dass damit ein unterschiedlicher Standard gemeint sein soll.

Es stellt sich die Frage, in Bezug worauf die Rechtsfolgen wirksam sein müssen. Die Antwort sollte grundsätzlich lauten: in Bezug auf die Erreichung der Ziele, also die Beseitigung von Diskriminierung.¹⁶³ Wirksamkeit beurteilt sich also danach, ob es den Richtlinien gelingt, Verhalten zu steuern. Die Richtlinie 2004/113/EG dehnt darüber hinaus das Wirksamkeitserfordernis auch auf den Bezug zum Schadensausgleich aus (ausdrücklich in Art. 8 Abs. 2 S. 1).¹⁶⁴ Für Richtlinie 2000/43/EG kann dagegen Bezugspunkt nicht (auch) der Schadensausgleich sein, da Art. 15 S. 2 ausdrücklich bestimmt, dass die Mitgliedstaaten nicht zwingend Schadensersatzansprüche vorsehen müssen.

Auch wenn von „Abschreckung“ gesprochen wird, so ist dies als eine EU-rechtliche abstrakte Mindestanforderung an die Wirksamkeit zu verstehen. Hieraus ergibt sich keine Anforderung an die Wirksamkeit, die über die Begriffe „Wirksamkeit“/„praktische Wirksamkeit“ hinausginge. Dies folgt daraus, dass auf der einen Seite bereits „Wirksamkeit“ in Bezug auf eine funktionierende Verhaltenssteuerung verstanden wird und auf der anderen Seite, soweit ersichtlich, allgemein keine schärferen Maßnahmen wie etwa Strafschadensersatz für erforderlich gehalten werden. Die Pflicht zur Einführung schärferer Maßnahmen ergibt sich auch in keiner Weise aus der oben zitierten Rechtsprechung des EuGH, in der sich dieser ausführlich mit Schadensersatzansprüchen bei Diskriminierungsverboten auseinandersetzt.¹⁶⁵ Der Effektivitätsgrundsatz und die beiden Merkmale „wirksam“ und „abschreckend“ aus dem Anforderungsdreiklang sind also im Ergebnis deckungsgleich.

¹⁶³ Art. 1 der beiden Richtlinien.

¹⁶⁴ Klar ist in jedem Fall, dass die Wirksamkeit nicht nur auf die Schadenskompensation beschränkt ist. Daher hat der EuGH auch zu Recht entschieden, dass das Wirksamkeitserfordernis (ebenso wie das Gebot der Verhältnismäßigkeit und der Abschreckung) auch in Fällen gilt, in denen es kein identifizierbares Opfer gibt (EuGH, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding*, Rs. C-54/07, 10.07.2008, Rn. 38 ff.; das Urteil erging zur Richtlinie 2000/43/EG).

¹⁶⁵ Ebenso auch der Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 46.

Die genannte abstrakte Mindestanforderung an die Wirksamkeit in Bezug auf die Verhaltenssteuerung gilt grundsätzlich für alle Fragen und alle Elemente der Gestaltung der Rechtsdurchsetzung und zwar, wie gezeigt, sowohl aufgrund der Vorgaben der Richtlinie als auch aufgrund des primärrechtlich verankerten Effektivitätsgrundsatzes. Einschränkungen können sich nur durch konkrete Bestimmungen in den Richtlinien ergeben, sofern sie den allgemeinen Grundsätzen vorgehen. Auf das Verhältnis der konkreten Bestimmungen zu den allgemeinen Grundsätzen wird unten¹⁶⁶ näher eingegangen.

Wichtig ist, sich des abstrakten Charakters der Anforderungen bewusst zu sein. Was die Anforderungen jeweils innerhalb bestimmter Regelungsgebiete verlangen, hängt selbstverständlich sehr stark von den Charakteristika des Regelungsgebietes ab. Unterscheiden sich Regelungsgebiete erheblich, so muss ggf. auch die Rechtsdurchsetzung unterschiedlich ausgestaltet werden, um jeweils der EU-rechtlich gebotenen Wirksamkeitsanforderung zu entsprechen.¹⁶⁷ Dies muss stets berücksichtigt werden, wenn man sich mit der Übertragbarkeit konkretisierender Rechtsprechung des EuGH auf andere Situationen befasst. Außerdem kommt es stets auf eine Gesamtschau aller Mechanismen der Rechtsdurchsetzung (also beispielsweise aller Ansprüche bei einer Verletzung) an, die zusammen den Anforderungen an die Wirksamkeit entsprechen müssen.

b) EU-rechtliche abstrakte Mindestanforderungen an die Verhältnismäßigkeit

Eine zweite Fallgruppe betrifft abstrakte EU-rechtliche Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit der Rechtsfolgenbestimmungen. Verhältnismäßigkeit ist Voraussetzung für die Rechtsfolgen nach dem Wortlaut der Richtlinien und außerdem ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Bestandteil der vom EuGH entwickelten allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts. Der hierin verankerte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gilt auch für die Bestimmung nationaler Rechtsfolgen, da die Mitgliedstaaten sich im Anwendungsbereich des Unionsrechts befinden, wenn sie Rechtsdurchsetzungsvorschriften für unionsrechtlich vorgegebene Diskriminierungsverbote schaffen.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Siehe 2. Teil, B. II. 2. d).

¹⁶⁷ Kossak, Rechtsfolgen, S. 16.

¹⁶⁸ So stellt insbesondere Art. 51 Abs. 1 S. 1 GR-Charta klar, dass die in der Charta verankerten Grundrechte – und damit auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – auch zur Anwendung kommen, wenn Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich des Unionsrechts tätig werden.

Auch hier stellt sich – wie bei der Wirksamkeit – die Frage des Bezugspunktes, also welche Faktoren genau nicht außer Verhältnis zueinander stehen dürfen. Wie die Herleitung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als Eingriffsschranke zeigt, geht es in der Regel um die Beeinträchtigung der Rechtsposition des Diskriminierenden. Die ihn treffenden Nachteile dürfen nicht außer Verhältnis zum zu erreichenden Ziel stehen. Damit wird die Verhältnismäßigkeit als Grenze nach oben interpretiert. Diese Interpretation findet sich häufig in der deutschen Literatur.¹⁶⁹

Darüber hinaus kann auch – wenn sich dies aus dem Sekundärrecht ergibt¹⁷⁰ – das Verhältnis zwischen zugefügtem Schaden und dem Opfer zugesprochenem Ausgleich gemeint sein. Verhältnismäßigkeit in diesem Sinn ist hingegen nicht bereits eine stets aufgrund des Primärrechts zu berücksichtigende Anforderung. Aus dem Primärrecht ergibt sich zwar die Pflicht zum Ausgleich unionsrechtswidrig verursachter Schäden durch den Staat,¹⁷¹ hier geht es jedoch um durch Private verursachte Schäden. Es muss sich daher aus der Richtlinie selbst ergeben, dass Schaden und Ausgleich nicht außer Verhältnis stehen dürfen.

c) EU-rechtliche relative Mindestanforderungen: der Vergleich mit der Behandlung rein nationaler Rechtspositionen

Eine weitere Fallgruppe betrifft Anforderungen an die Rechtsfolgen nicht im Sinne von abstrakten europäischen Anforderungen, sondern von Anforderungen in Bezug auf das übrige nationale Recht des entsprechenden Mitgliedstaates. Es geht also hier um einen Vergleich mit rein nationalen Regelungen. Insbesondere der Äquivalenzgrundsatz verlangt, dass aufgrund unionsrechtlicher Verpflichtung geschaffene Rechte zu autonom national geschaffenen Rechten in Bezug gesetzt werden. Besonderheit dieser Fallgruppe ist, dass sich aus EU-Rechten keine (absolut) gleichen Anforderungen für alle Mitgliedstaaten ergeben, sondern die Anforderungen von den nationalen Rechtssystemen abhängen. An das „ehrgeizigere“ nationale Rechtssystem stellt das

¹⁶⁹ MünchKomm/Thüsing, § 21 AGG, Rn. 3 betont ausdrücklich, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bestehe „um einen schonenden Ausgleich mit der Privatautonomie, der Vertragsfreiheit und dem Recht auf Schutz des Privat- und Familienlebens zu ermöglichen“. Auch Busche betont die Verhältnismäßigkeit als Obergrenze im Rahmen der Argumentation zum Kontrahierungszwang (Busche, Effektive Rechtsdurchsetzung und Sanktionen bei Verletzung richtliniendeterminierter Diskriminierungsverbote, in Leible/Schlachter (Hrsg.), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, S. 159 ff., 165).

¹⁷⁰ So ausdrücklich in Art. 8 Abs. 2 Richtlinie 2004/113/EG. In einigen Fällen hat der EuGH diese Anforderung auch Richtlinien implizit entnommen (z. B. EuGH, Harz, Rs. 79/83, 10.04.1984, Rn. 23; EuGH, von Colson und Kamann, Rs. 14/83, 10.04.1984, Rn. 23; EuGH, Draehmpaehl, Rs. C-180/95, 22.04.1997, Rn. 4 und 39).

¹⁷¹ Grundsatz der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung, den der EuGH aus dem Grundsatz der Unionstreue (Art. 4 Abs. 3 EUV) abgeleitet hat; vgl. EuGH, Francovich et al. v. Italien, Rs. C-6/90 und C-9/90, 19.11.1991; Frenz, Europarecht, S. 52.

EU-Recht höhere Anforderungen. Wenn ein Mitgliedstaat also bereits extrem starke Rechtsfolgen für national geschaffene vergleichbare Rechte hat, so wird er stärker in die Pflicht genommen. Die schwierigste Frage in diesem Bereich ist eindeutig, was „vergleichbare Rechte“ in diesem Sinne sind, also die Bestimmung der richtigen Vergleichsgruppe.¹⁷²

Auch dieses Prinzip des Vergleichs mit nationalem Recht gilt grundsätzlich für alle die Gestaltung der Rechtsdurchsetzung betreffenden Fragen,¹⁷³ da es sich aus dem Primärrecht ergibt. Auch hier gilt selbstverständlich, dass es durch vorgehende Sonderregelungen außer Kraft gesetzt werden kann.

d) Spezielle Regelungen in den Richtlinien und ihr Verhältnis zu allgemeinen Grundsätzen

Manche Bestimmungen der Richtlinien fallen nicht in die vorgenannten Kategorien, da sie sehr detaillierte Vorgaben zu einzelnen Aspekten enthalten. In Bezug auf diese stellt sich die Frage zum Verhältnis zu den genannten allgemeinen Grundsätzen. Gelten die allgemeinen Grundsätze neben detaillierten Vorgaben oder schließen detaillierte Vorgaben die allgemeinen Prinzipien aus? Aufgrund ihres grundlegenden Charakters sollten die allgemeinen Prinzipien nur dann nicht gelten, wenn sie nicht sinnvoll neben detaillierten Vorgaben bestehen können. Beispielsweise bestimmen die Richtlinien ausdrücklich, dass Verbände sich mit Einwilligung der benachteiligten Person an einem Gerichtsverfahren beteiligen können. Ein Verbandsklagerecht ist hingegen nicht vorgesehen. Diese klar den Richtlinien zu entnehmende Entscheidung darf nun nicht durch einen Rückgriff auf allgemeine Prinzipien umgangen werden. Es kann daher nicht mit dem Prinzip der (praktischen) Wirksamkeit für eine Pflicht der Mitgliedstaaten zur Einführung eines Verbandsklagerechts argumentiert werden. Ein anderes Beispiel ist dagegen die Bestimmung, dass nationale Fristenregelungen zulässig sind. Diese konkrete Bestimmung lässt Raum sowohl für den Äquivalenzgrundsatz als auch den Effektivitätsgrundsatz. Denn sie besagt lediglich, dass nicht Fristenregelungen generell unzulässig sind, nicht hingegen, dass jede beliebige (z. B. einwöchige) Frist zulässig ist.

¹⁷² Siehe hierzu näher unten 3. Teil, C. I. 3. (für die Fristengebundenheit der Ansprüche nach dem AGG) und 3. Teil, B. IV. 2. (für die Frage, ob die Grundsätze der Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht auf das AGG anwendbar sind).

¹⁷³ EuGH, Bulicke, Rs. C-246/09, 08.07.2010, zur Geltung für Fristen.

III. Unionsrechtliche Vorgaben für die konkrete Gestaltung der Rechtsdurchsetzung

Nach Darstellung der anwendbaren Grundsätze sollen nun die Anforderungen des Unionsrechts an die Gestaltung der Rechtsdurchsetzung im Einzelnen analysiert werden. Da nicht die europarechtliche Zulässigkeit aller denkbaren Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten und natürlich noch weniger alle möglichen Kombinationen dieser untersucht werden können, werden zwei Problemfelder herausgehoben: Zum einen wird auf grundlegende Fragen eingegangen (beispielsweise private oder staatliche Rechtsdurchsetzung; Verschuldensabhängigkeit von Schadensersatzansprüchen), zum anderen wird auf Fragen eingegangen, die für die konkrete Ausgestaltung des AGG relevant sind. Dieses Kapitel behandelt die Fragen der ersten Fallgruppe. Die in die zweite Fallgruppe fallenden Probleme werden im Zusammenhang mit der Darstellung der konkreten Vorschriften des AGG erörtert. Dies betrifft die Fristenregelung des § 21 Abs. 5 AGG, die Übernahme der Grundsätze der Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht für das AGG und den Kontrahierungszwang.

1. Private vs. staatliche Rechtsdurchsetzung

Zu privater und staatlicher Rechtsdurchsetzung könnten sich aus Unionsrecht folgende Aussagen ergeben: Private Rechtsverfolgung könnte (1.) zwingend vorgeschrieben sein, sie könnte (2.) zulässig, aber nicht zwingend vorgeschrieben sein oder sie könnte (3.) unzulässig sein. Die gleichen Möglichkeiten ergeben sich für staatliche Rechtsverfolgung. Dabei sind dann Kombinationen zwischen der Rechtslage im Hinblick auf private und auf staatliche Rechtsverfolgung möglich, mit Ausnahme der Unzulässigkeit sowohl privater als auch staatlicher Rechtsverfolgung.

Wie oben erläutert,¹⁷⁴ gibt es neben den typischen Fällen von staatlicher Rechtsverfolgung und privater Rechtsverfolgung auch Durchsetzungsmechanismen, die hinsichtlich der unterschiedlichen Teilaspekte sowohl „staatliche Elemente“ als auch „private Elemente“ aufweisen. Hier geht es sowohl um Initiative und Verfahrensherrschaft auf der einen Seite als auch um materiellen Inhalt der Sanktionen auf der anderen Seite.

In der Begründung ihres neuen Richtlinienvorschlags weist die Kommission ausdrücklich darauf hin, dass keine strafrechtlichen Sanktionen vorgesehen werden müssen.¹⁷⁵ Hieraus ergibt sich, dass die Kommission strafrechtliche Sanktionen – und

¹⁷⁴ Siehe 1. Teil, B. IV.

¹⁷⁵ Europäische Kommission, Richtlinienvorschlag KOM(2008) 426, S. 12.

allgemein staatliche Sanktionen – im Antidiskriminierungsbereich jedenfalls nicht allgemein für unzulässig hält. Es ist keinerlei Anhaltspunkt ersichtlich, warum dies nicht auch für die bereits erlassenen Richtlinien gelten sollte. Auch die Literatur hält staatliche Rechtsverfolgung für zulässig.¹⁷⁶ Sie gibt es beispielsweise in Portugal im Arbeitsrecht¹⁷⁷ und strafrechtliche Folgen sind in bestimmten Fällen in Irland¹⁷⁸ vorgesehen.¹⁷⁹ Umgekehrt ist aber auch nicht ersichtlich, dass eine zwingende Pflicht zur staatlichen Rechtsverfolgung bestehen würde.

Eine Pflicht zur Ermöglichung privater Rechtsverfolgung in gewissem Umfang lässt sich aus Art. 7 der Richtlinie 2000/43/EG entnehmen (Art. 8 der Richtlinie 2004/113/EG enthält einen fast identischen Wortlaut):

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, daß alle Personen, die sich durch die Nichtanwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in ihren Rechten für verletzt halten, ihre Ansprüche aus dieser Richtlinie auf dem Gerichts- und/oder Verwaltungsweg sowie, wenn die Mitgliedstaaten es für angezeigt halten, in Schlichtungsverfahren geltend machen können, selbst wenn das Verhältnis, während dessen die Diskriminierung vorgekommen sein soll, bereits beendet ist.“

Daher ist jedenfalls eine Gestaltung, die alles Vorgehen gegen Diskriminierung in die Entscheidungsfreiheit staatlicher Behörden stellt, unzulässig.¹⁸⁰ Insoweit muss also private Rechtsdurchsetzung (und sei es in einem Verwaltungsverfahren) möglich sein. Nicht zwingend erforderlich ist dagegen aufgrund des klaren Wortlauts eine „typische private Rechtsverfolgung“ im Sinne eines vor einem Gericht zu verfolgenden privaten

¹⁷⁶ MünchKomm/Thüsing, § 21 AGG, Rn. 5; Annuß, Grundfragen der Entschädigung bei unzulässiger Geschlechtsdiskriminierung, NZA 1999, 738, 744; Benecke/Kern, Sanktionen im Antidiskriminierungsrecht - Möglichkeiten und Grenzen der Umsetzung der europäischen Richtlinien im deutschen Recht, EuZW 2005, 360, 364.

¹⁷⁷ Benecke/Kern, Sanktionen im Antidiskriminierungsrecht - Möglichkeiten und Grenzen der Umsetzung der europäischen Richtlinien im deutschen Recht, EuZW 2005, 360, 364.

¹⁷⁸ Benecke, Rechtsvergleich der europäischen Systeme zum Antidiskriminierungsrecht, S. 47.

¹⁷⁹ Bereits die Regierungsbegründung wies auf zivil- und strafrechtliche Antidiskriminierungsgesetze in Frankreich, Großbritannien und den Niederlanden hin (Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 20). Im europäischen Überblick überwiegen die Kombinationsmodelle, vgl. die Übersicht in Benecke, Rechtsvergleich der europäischen Systeme zum Antidiskriminierungsrecht, S. 47 ff. Die Studie Chopin/Uyen Do, Developing Anti-discrimination Law in Europe, stellt ebenfalls die verschiedenen Mechanismen der Rechtsverfolgung dar (S. 75 ff.), kann aber aufgrund der Vielzahl der Länder und der Breite der beleuchteten Antidiskriminierungsfragen nur einen ersten Eindruck bieten.

¹⁸⁰ Hierauf wird in der Literatur häufig nicht geachtet, wenn Ordnungswidrigkeitstatbestände als *Alternative* zu Schadensersatz – statt als *Ergänzung* – erwogen werden. Vgl. Wesseling, Die Europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien zwischen Privatautonomie und Gleichheitsgrundsatz - Analyse, Umsetzung und Auswirkungen der Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2004/113/EG im deutschen Zivilrecht, S. 318 ff.

Anspruchs. Eine Geltendmachung in einem Verwaltungsverfahren ist zulässig, es ist jedoch keine rein staatliche Rechtsverfolgung in dem Sinne möglich, dass z. B. eine Behörde nach Ermessen entscheiden kann, ob sie auf Beschwerde eines Benachteiligten ein Verfahren durchführen möchte. Daher wäre beispielsweise eine Verfolgung als Ordnungswidrigkeit im deutschen Recht alleine nicht ausreichend, da dort insgesamt das Opportunitätsprinzip gilt (§ 47 OWiG). Sofern lediglich ein Verwaltungsverfahren vorgesehen ist, stellt sich die Frage, wie viel Verfahrenskontrolle und Verfahrensgestaltung dem Benachteiligten gewährt werden muss, beispielsweise ob ihm eine formale Beteiligtenstellung in einem Verwaltungsverfahren zustehen muss.

Richtlinie 2004/113/EG fordert ausdrücklich Schadensausgleich. Auch wenn dies bei staatlicher Rechtsverfolgung nicht schlechthin ausgeschlossen ist,¹⁸¹ so ergibt sich hieraus doch, dass jedenfalls typische staatliche Rechtsverfolgung (Ordnungswidrigkeitsrecht, Strafrecht, verwaltungsrechtliche Verbote) nicht ausreicht und der Gesetzgeber daneben die Möglichkeit der privaten Rechtsverfolgung vorsehen muss.

2. Schadensersatz

Hinsichtlich Schadensersatzes ergibt sich ein uneinheitliches Bild: Richtlinie 2000/43/EG bestimmt ausdrücklich, dass die Rechtsfolgen des nationalen Rechts „auch Schadensersatzleistungen an die Opfer umfassen können“ (Art. 15 S. 2).¹⁸² Richtlinie 2004/113/EG bestimmt dagegen, dass ein Schaden „gemäß den von den Mitgliedstaaten festzusetzenden Modalitäten tatsächlich wirksam ausgeglichen oder ersetzt wird, wobei dies auf eine abschreckende und dem erlittenen Schaden angemessene Art und Weise geschehen muss.“¹⁸³ Nach dem Wortlaut wird der Dreiklang „wirksam, abschreckend und verhältnismäßig“ damit auch auf den Schadensausgleich bezogen. Außerdem wird bestimmt, dass der Gesetzgeber keine vorherige Höchstgrenze festlegen darf.¹⁸⁴ Der deutsche Wortlaut ist insofern sehr missverständlich, aus der englischen Sprachfassung ergibt sich hingegen klar, dass eine Höchstgrenze *unzulässig* sein soll.

¹⁸¹ Siehe die Rechtslage zum US-amerikanischen FHA; vgl. unten 4. Teil, A. III. und 4. Teil, E. I. 2.

¹⁸² Wesseling, Die Europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien zwischen Privatautonomie und Gleichheitsgrundsatz - Analyse, Umsetzung und Auswirkungen der Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2004/113/EG im deutschen Zivilrecht, S. 35, übersieht den Unterschied zwischen den beiden Richtlinien und kommt nur deswegen zu einer einheitlichen Lösung für beide Richtlinien.

¹⁸³ In Art. 14 S. 2 Richtlinie 2004/113/EG findet sich dagegen die Formulierung „Sanktionen, die auch Schadensersatzleistungen an die Opfer umfassen können...“. Dabei erscheint es widersprüchlich, eine so offene Formulierung zu wählen, wenn sich an anderer Stelle der Richtlinie eine klare Pflicht zur Kompensation des Opfers findet.

¹⁸⁴ Art. 8 Abs. 2 S. 2 Richtlinie 2004/113/EG.

Auch der Vorschlag der Kommission zu einer Richtlinie zum Schutz vor Diskriminierung aufgrund der Religion, der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung aus dem Jahr 2008 schließt eine Höchstgrenze ausdrücklich aus, sieht aber dagegen Schadensersatzzahlungen nicht zwingend vor.¹⁸⁵ Dies ist widersprüchlich, da Schadensersatz nicht gewährt werden muss, wird er jedoch gewährt, dann darf er nicht durch eine Höchstgrenze beschränkt werden. Neben der Erklärung als Redaktionsversehen oder systematischem Fehler kommt auch in Betracht, dass eine missglückte Formulierung für folgende Aussage gewählt wurde: Schadensersatz kommt als wirksame Rechtsfolge in Betracht, allerdings nur dann, wenn er nicht durch eine Höchstgrenze beschränkt wird. Die Formulierung wäre dann insofern missglückt, als dass sie selbst dann keinen durch eine Höchstgrenze beschränkten Schadensersatz zulässt, wenn daneben staatliche Durchsetzung vorgesehen wird, die bereits alleine die Anforderung an die Wirksamkeit erfüllt.

In der Literatur ist die Bestimmung in Richtlinie 2000/43/EG als „opt-out“-Recht bezeichnet worden.¹⁸⁶ Danach seien die Schadensersatzansprüche als richtliniendeterminiert anzusehen, wenn der Gesetzgeber von seinem „opt-out“-Recht keinen Gebrauch macht, also Schadensersatzansprüche vorsieht. Es gelten nach dieser Ansicht dann für Schadensersatzansprüche im Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/43/EG die gleichen Anforderungen wie im Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/113/EG.¹⁸⁷ Dies überzeugt nicht: Erstens besteht keinerlei Anhaltspunkt im Wortlaut für ein „opt-out“-Recht, anders als wenn es beispielsweise hieße „die Mitgliedstaaten können Schadensersatzleistungen ausdrücklich ausschließen“.¹⁸⁸ Zweitens ist schwierig zu begründen, warum Anforderungen der später erlassenen Richtlinie gelten sollten. Drittens bringt Richtliniendeterminierung immer einen wichtigen Souveränitätsverlust für die Mitgliedstaaten mit sich, da zwingend europarechtlich vorgeschriebene Institute nicht an deutschen Grundrechten zu messen sind.¹⁸⁹ Insbesondere aus diesem Grund sollte nicht – trotz eines nach dem Wortlaut ausdrücklich optionalen Charakters – ohne gewichtiges Argument von einer Richtliniendeterminierung ausgegangen werden.

¹⁸⁵ Europäische Kommission, Richtlinienentwurf, KOM(2008) 426, Art. 14 S. 2. In der Begründung wird auf die Rechtsprechung des EuGH in Draehmpaehl, Rs. C-180/95, 22.04.1997, und Dekker, Rs. C-177/88, 08.11.1990, verwiesen.

¹⁸⁶ Kossak, Rechtsfolgen, S. 15 und 18.

¹⁸⁷ Kossak, Rechtsfolgen, S. 15 und 18.

¹⁸⁸ Zu den Unterschieden zwischen Nichtgebrauchmachen von einem „opt-out“-Recht einerseits (bei dem eine Bindung an die Richtlinie besteht) und überschießender Umsetzung andererseits (bei der keine Bindung an die Richtlinie besteht) vgl. Habersack/Mayer, Die überschießende Umsetzung von Richtlinien, in Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, S. 425 ff., 435 f.

¹⁸⁹ EuGH, Internationale Handelsgesellschaft mbH, Rs. 11/70, 17.12.1970, Rn. 3.

Die Aussage der Richtlinie 2000/43/EG zum optionalen Charakter des Schadensersatzes sollte daher ernst genommen werden. Dies bringt auch keine erhebliche Einschränkung an die Anforderungen an die Rechtsdurchsetzung insgesamt mit sich, da ja die allgemeinen Grundsätze gelten, insbesondere der Grundsatz der Wirksamkeit, sodass der Gesetzgeber – wenn er von Schadensersatz absieht – eben andere Mechanismen der Rechtsdurchsetzung schaffen muss, die dieser Anforderung noch entsprechen. Für die Merkmale Rasse und ethnische Herkunft ist der Gesetzgeber also völlig frei, ob er Schadensersatzansprüche einführt und wenn ja, wie er diese gestaltet. Alle Mechanismen der Rechtsverfolgung zusammen müssen jedoch den allgemeinen Grundsätzen, insbesondere der Wirksamkeit der Rechtsdurchsetzung, genügen.

3. Verschuldenserfordernis für Schadensersatzansprüche und Ersatz immateriellen Schadens

Die wichtigste Einzelfrage zur Ausgestaltung des Schadensersatzanspruchs dürfte sein, ob ein Schadensersatzanspruch von einem Verschuldenserfordernis abhängig gemacht werden darf. Wie oben gezeigt, hat der EuGH in den Fällen Dekker¹⁹⁰ und Draehmpaehl¹⁹¹ entschieden, dass im Bereich des Arbeitsrechts ein Schadensersatzanspruch nur dann den Anforderungen des Unionsrechts genügt, wenn er verschuldensunabhängig besteht.

Wichtig ist jedoch, zunächst den Wortlaut der Richtlinien heranzuziehen und außerdem zu beachten, dass der Wortlaut der beiden Richtlinien nicht identisch ist. Richtlinie 2004/113/EG bestimmt ausdrücklich, dass Schadensersatz „gemäß den von den Mitgliedstaaten festzulegenden Modalitäten“ gewährt werden muss (Art. 8 Abs. 2 S. 1). Nach Richtlinie 2000/43/EG kann Schadensersatz vorgesehen werden, muss es aber nicht. Dieser Unterschied wurde in der Literatur teilweise nicht ausreichend berücksichtigt.¹⁹²

In Richtlinie 2004/113/EG wird ausdrücklich bestimmt, dass Schadensersatz *unter den nationalen Modalitäten* gewährt werden muss. Ein Spielraum zur Ausgestaltung besteht für den nationalen Gesetzgeber daher im Bereich des Inhalts der Rechtsfolgen (freilich unter dem Vorbehalt, dass diese wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sind), der Gesetzgeber kann jedoch den Anspruch nicht von weiteren Tatbestandsvoraussetzungen abhängig machen. Verschulden wird im Regelfall als Teil des Tatbe-

¹⁹⁰ EuGH, Dekker, Rs. C-177/88, 08.11.1990.

¹⁹¹ EuGH, Draehmpaehl, Rs. C-180/95, 22.04.1997.

¹⁹² Beispielsweise in MünchKomm/Thüsing, § 21 AGG, Rn. 48.

stands angesehen,¹⁹³ sodass ein Verschuldenserfordernis nicht durch den Ausgestaltungsspielraum gerechtfertigt werden kann. Mit dieser Auslegung kommt man zum gleichen Ergebnis wie der EuGH hinsichtlich des Arbeitsrechts in seinen Urteilen Dekker und Draehmpaehl.

Für Richtlinie 2000/43/EG steht ein Schadensersatzanspruch dagegen im Belieben des Mitgliedstaates und, wie oben herausgearbeitet, bestehen keine Anforderungen gerade an Schadensersatzansprüche, nur Anforderungen an die Rechtsdurchsetzung in der Gesamtschau. Erfüllen bereits diejenigen Rechtsfolgen, die ohne ein Verschulden bestehen, die europarechtlichen Anforderungen, sollte der Gesetzgeber auch (freiwillige) zusätzliche Rechtsfolgen schaffen können, die er von völlig autonom zu bestimmenden weiteren Tatbestandsvoraussetzungen abhängig machen kann.

Für Richtlinie 2004/113/EG ergibt sich außerdem die Frage, ob zwischen materiellem und immateriellem Schaden differenziert werden kann. Das Urteil des EuGH im Fall von Colson und Kamann wurde teilweise so interpretiert, dass es dem EuGH primär um den Ersatz des immateriellen Schadens gehe.¹⁹⁴ Dies ergibt sich aus dem Urteil jedoch nicht und generell wird in den Entscheidungen zur Verschuldensunabhängigkeit von Schadensersatz an keiner Stelle zwischen materiellem und immateriellem Schaden differenziert.¹⁹⁵ Da Richtlinie 2004/113/EG Schadensausgleich verlangt und auch die Richtlinie in keiner Weise zwischen materiellem und immateriellem Schaden differenziert, ist nach richtiger Ansicht sowohl immaterieller als auch materieller Schaden zu ersetzen.

4. Beteiligung von Verbänden und kollektive Klagerechte

Die Richtlinie 2004/113/EG bestimmt in Art. 8 Abs. 3:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Verbände, Organisationen oder andere juristische Personen, die gemäß den in ihrem nationalen Recht festgelegten Kriterien ein rechtmäßiges Interesse daran haben, für die Einhaltung der Bestimmungen dieser Richtlinie zu sorgen, sich im Namen der beschwerten Person oder zu deren Unterstützung und

¹⁹³ So spricht der EuGH in Draehmpaehl fehlendes Verschulden als unzulässigen Rechtfertigungsgrund an (EuGH, Draehmpaehl, Rs. C-180/95, 22.04.1997, Rn. 18). Dies zeigt klar, dass Verschulden als Tatbestandsfrage angesehen wird. Auch im deutschen Recht wird das Verschulden in der Regel als Teil des Tatbestandes betrachtet und nicht als Inhalt der Rechtsfolge angesehen (vgl. beispielsweise Westerhoff, Schuldrecht Besonderer Teil IV, Bereicherungs- und Deliktsrecht, S. 109 ff.).

¹⁹⁴ Wesseling, Die Europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien zwischen Privatautonomie und Gleichheitsgrundsatz - Analyse, Umsetzung und Auswirkungen der Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2004/113/EG im deutschen Zivilrecht, S. 37.

¹⁹⁵ Mahlmann, in Rudolf/Mahlmann (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, S. 131.

mit deren Einwilligung an den zur Durchsetzung der Ansprüche aus dieser Richtlinie vorgesehenen Gerichts- und/oder Verwaltungsverfahren teilnehmen können.“

In Art. 7 Abs. 2 Richtlinie 2000/43/EG findet sich eine fast identische Formulierung.

Es besteht also eine ausdrückliche europarechtliche Regelung, dass die Mitgliedstaaten Verbänden kein eigenes unabhängiges Klagerecht einräumen müssen, sondern diese nur die Möglichkeit haben müssen sich *mit Einwilligung des Opfers* am Verfahren zu beteiligen. Eine Verbandsklage muss also ausdrücklich nicht vorgesehen werden. Diese klare Regelung geht dem allgemeinen Prinzip der Wirksamkeit vor – selbst starke Kritik an der Wirksamkeit bloßer individueller Rechtsdurchsetzung kann also nicht zur Europarechtswidrigkeit der nationalen Bestimmungen, die keine kollektive Rechtsdurchsetzung vorsehen, führen. Fraglich ist allerdings, ob die Regelung auch dem Äquivalenzprinzip vorgeht, ob also ein Land, das für vergleichbare rein nationale Konstellationen eine Verbandsklage zulässt, europarechtlich auch zur Anwendung dieser für die richtliniendeterminierten Rechte verpflichtet ist. Eine Aussage zur Gruppenklage enthält die Vorschrift nicht, sodass es insoweit bei den allgemeinen Grundsätzen bleibt.

Am 11.06.2013 hat die Europäische Kommission eine Empfehlung angenommen zu gemeinsamen Grundsätzen für kollektive Rechtsverfolgung bei Verletzung von unionsrechtlich garantierten Rechten.¹⁹⁶ Da es sich hierbei lediglich um eine Empfehlung handelt, sind die Mitgliedstaaten an diese nicht gebunden. Die Europäische Kommission plant aber, in vier Jahren zu bewerten, inwieweit die Empfehlung umgesetzt wurde, und zu entscheiden, ob sie zwingende Vorgaben auf europäischer Ebene für notwendig hält.¹⁹⁷ Die Empfehlung gilt auch für den Bereich der in Umsetzung der EU-Antidiskriminierungsrichtlinien erlassenen Vorschriften des AGG.¹⁹⁸ Sie gibt einen Eindruck von einer möglicherweise in einigen Jahren zu erwartenden bindenden Vorgabe der EU.

¹⁹⁶ Europäische Kommission, Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, 2013/386/EU.

¹⁹⁷ Empfehlung 2013/386/EU, Rn. 41 und Erwägungsgrund 26.

¹⁹⁸ Das Antidiskriminierungsrecht wird zwar nicht in der Aufzählung der Rechtsgebiete genannt, für die eine kollektive Rechtsverfolgung nach Auffassung der Kommission besonders wichtig ist (Empfehlung 2013/386/EU, Erwägungsgrund 7 nennt Verbraucherschutzrecht, Wettbewerbsrecht, Umweltschutzrecht, Datenschutzrecht, Recht der Finanzdienstleistungen und Anlegerschutzrecht), die Empfehlung gilt aber ausdrücklich für alle unionsrechtlich verbürgten Rechte (Empfehlung 2013/386/EU, Rn. 1).

Die Empfehlung schlägt sowohl Unterlassungsansprüche¹⁹⁹ als auch Schadensersatzansprüche vor, lehnt aber Strafschadensersatz ausdrücklich ab.²⁰⁰ Die Empfehlung spricht sowohl Gruppenklagen als auch Verbandsklagen an und lässt dem Wortlaut nach den Mitgliedstaaten die Wahl, welche der beiden Formen diese bevorzugen (wobei sie natürlich auch beide vorsehen können). Allerdings sind viele der Bestimmungen, insbesondere die Klagen auf Schadensersatz, durch Verbandsklagen schwierig umzusetzen. Die Empfehlung spricht auch an, dass statt (oder neben) einer Klageberechtigung für Verbände einer Behörde diese Berechtigung eingeräumt werden kann.²⁰¹

IV. Der Einfluss der Richtlinien bei überschießender Umsetzung

Bei der Umsetzung von Richtlinien stellt sich eine Vielzahl genereller Probleme, die auch für das AGG von Bedeutung sind.²⁰² Von erheblicher Bedeutung ist das Problem des Einflusses einer Richtlinie auf nationale Bestimmungen, die über zwingende Vorgaben durch eine Richtlinie hinausgehen, insbesondere da ja nur drei der durch das AGG geschützten Merkmale überhaupt europarechtlich vorgegeben sind.

Setzt eine nationale Vorschrift eine EU-Richtlinie in der Form um, dass die Bestimmungen zwingend durch EU-Recht geboten sind, so steht außer Frage, dass die Richtlinie bei Auslegung der nationalen Vorschrift zu berücksichtigen ist (richtlinienkonforme Auslegung). Dieser Grundsatz ergibt sich aus dem bindenden Charakter der Richtlinie für den Mitgliedstaat (vgl. Art. 288 Abs. 3 AEUV) in Verbindung mit dem Grundsatz der Unionstreue, der die Mitgliedstaaten verpflichtet, alle Pflichten aus den Verträgen in loyaler Weise zu erfüllen (Art. 4 Abs. 3 EUV).²⁰³ Er lässt sich außerdem auch von einer rein nationalen Perspektive zumindest teilweise auf die Prinzipien der historischen, systematischen und teleologischen Auslegung zurückführen, da der Gesetzgeber (zumindest auch) mit dem Ziel tätig wird, die Richtlinie umzusetzen, und sich im Gesetzgebungsverfahren mit der Richtlinie auseinandersetzt. Zum anderen trägt er, wiederum selbst von einer rein nationalen Perspektive, dem Grundsatz Rechnung – vergleichbar dem Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung – dass

¹⁹⁹ Dies dürfte aufgrund der ersichtlich weiten Verwendung des Wortes „Unterlassung“ in Empfehlung 2013/386/EU (vgl. Rn. 3 a) und Rn. 19) sowohl die Beseitigungs-, als auch die Unterlassungsansprüche des AGG umfassen.

²⁰⁰ Empfehlung 2013/386/EU, Rn. 31.

²⁰¹ Empfehlung 2013/386/EU, Rn. 7.

²⁰² Beispielsweise das Problem der Folgen einer verspäteten Umsetzung der Richtlinien (Richtlinie 2000/43/EG wurde von Deutschland nicht fristgemäß umgesetzt, vgl. EuGH, Kommission v. Deutschland, Rs. C-329/04, 28.04.2005).

²⁰³ Vgl. auch EuGH, Bernhard Pfeiffer, Rs. C-397/01, 05.10.2004, Rn. 114.

vermutet werden kann, dass der Gesetzgeber einen Verstoß gegen höherrangiges Recht in der Regel vermeiden möchte.²⁰⁴

Bei der überschießenden Umsetzung stellt sich nun die Frage, ob die Richtlinie auch für den Teil des nationalen Gesetzes bei der Auslegung zu berücksichtigen ist, der über die Richtlinie hinausgeht. Insbesondere stellt sich die Frage, ob ein Gesetz einheitlich für den durch die Richtlinie vorgegebenen und den autonom national geregelten Teil auszulegen ist. Lediglich die Verbote zur Diskriminierung aufgrund von Rasse, ethnischer Herkunft und Geschlecht sind überhaupt durch EU-Richtlinien gefordert, die anderen Merkmale sind im AGG hingegen aufgrund rein nationaler Entscheidung unter Schutz gestellt, sodass das Problem für das AGG äußerst relevant ist.

1. Offenheit statt Richtliniendeterminiertheit als primäres Kriterium für eine richtlinienorientierte Auslegung

Bei der Frage nach der Berücksichtigung der Richtlinien auch zur Auslegung nicht richtliniendeterminierter Normen handelt es sich streng genommen um eine graduelle Frage, also wie stark der Einfluss auf die Auslegung sein soll. Eine gewisse Berücksichtigung des EU-Rechts bei der Auslegung ist nämlich allgemein anerkannt. Der Grundsatz unionsrechtskonformer Auslegung besagt nämlich, dass alles nationale Recht im Lichte allen Unionsrechts auszulegen ist.²⁰⁵ Dies überzeugt, da eine völlige Ausblendung europäischer Vorschriften offensichtlich sachwidrig wäre. Es bleibt aber die Frage, welche Bedeutung man einer unionsrechtskonformen Auslegung zumisst. Die vom EuGH formulierte Pflicht ist nämlich eine rein prozessuale Pflicht, also die Pflicht zu versuchen das europäische Recht zu berücksichtigen, ohne Vorgabe eines Ergebnisses.²⁰⁶

Entscheidend ist dabei zu erkennen, dass primäres Unterscheidungskriterium nicht die Unterscheidung zwischen richtliniendeterminierter und überschießender Umsetzung ist, sondern die Unterscheidung zwischen der Füllung einer Regelungslücke einerseits und der ausdrücklich einer Richtlinie widersprechenden nationalen Regelung andererseits. Diese beiden Fälle können als Extrempositionen auf einer Skala der interpretati-

²⁰⁴ Für eine EMRK-konforme Auslegung vgl. BVerfGE 111, 307.

²⁰⁵ Der Grundsatz gilt also auch für nationales Recht, das völlig unabhängig von einer Richtlinie erlassen wurde, sowie für nationales Recht, das vor einer Richtlinie erlassen wurde, vgl. EuGH, Marleasing, Rs. C-106/89, 13.11.1990; Craig/de Búrca, EU Law, S. 202.

²⁰⁶ Wenn Kossak dagegen davon spricht, dass keine Verpflichtung aus dem Unionsrecht bestehe, überschießende Vorschriften richtlinienorientiert auszulegen, so versteht sie „Auslegung“ ergebnisorientiert, Kossak, Rechtsfolgen, S. 47.

ven Offenheit bzw. Unbestimmtheit einer Norm angesehen werden. In der Praxis ist zwar die Annahme einer graduellen Unbestimmtheit bzw. Offenheit einer Vorschrift realistischer, die beiden Extremfälle der vollständigen Regelungslücke bzw. der klaren entgegenstehenden Regelung stellen aber gute Beispiele dar. Im Falle der Nichtregelung im nationalen Recht, also der Lückenfüllung, ist eine richtlinienkonforme Auslegung ersichtlich sinnvoll, da dann jeder Hinweis auf eine vergleichbare Regelungssituation wertvolle Anhaltspunkte liefert. Bei einer ausdrücklich widersprechenden nationalen Regelung gilt dagegen, dass eine richtlinienkonforme Auslegung (jetzt nicht im Sinne eines Vorgangs, sondern im Sinne eines Ergebnisses) in allen Fällen nicht möglich ist, auch nicht bei ausdrücklich durch die Richtlinie vorgegebenen Bestandteilen. Es ist nämlich anerkannt, dass keine richtlinienkonforme Auslegung gegen den ausdrücklichen Wortlaut erfolgen kann.²⁰⁷ Jede richtlinienkonforme Auslegung setzt also eine gewisse Offenheit voraus.

2. Die Problematik der Gesamtschau

Eine Richtlinie ist stärker bei der Auslegung nationalen Rechts zu berücksichtigen, wenn sie eine bestimmte Regelung dem nationalen Recht zwingend vorschreibt, als wenn sie eine bestimmte Regelung nur als möglich erwähnt. Für die Rechtsfolgen im Antidiskriminierungsrecht ergibt sich allerdings das Problem, dass aufgrund eines erheblichen Spielraums für die Mitgliedstaaten häufig gar nicht eindeutig bestimmbar ist, ob bestimmte nationale Rechtsfolgen durch die Richtlinie vorgegeben sind oder nicht. Viele Vorgaben des Unionsrechts – insbesondere die Vorgabe der Wirksamkeit der Rechtsfolgen – treffen nämlich die nationalen Rechtsfolgen in ihrer Gesamtschau. Wirksame Rechtsfolgen sind also zwingend durch die Richtlinien vorgegeben, nicht aber eine bestimmte Rechtsfolge. Schafft nun das nationale Recht drei verschiedene Rechtsfolgen (z. B. Schadensersatz, Unterlassungsanspruch und Bußgeldtatbestand), die jeweils nicht einzeln, wohl aber alle zusammen sowie in gewissen Kombinationen die unionsrechtliche Anforderung erfüllen, so stellt sich die Frage, welche Teile nun richtliniendeterminiert sind. Gleiches gilt, wenn zwei Rechtsfolgen vorgesehen sind, die jeweils bereits alleine die Vorgabe erfüllen würden.

Besonders relevant ist das Problem bei der Frage der Nichtanwendbarkeit höherrangigen deutschen Rechts aufgrund europäischer Determiniertheit der Bestimmungen. Hier sollte zunächst für alle Rechtsfolgen unterstellt werden, sie unterlägen den Ein-

²⁰⁷ Der EuGH verlangt dies nicht, vgl. EuGH, *Marleasing*, Rs. C-106/89, 13.11.1990, Rn. 8 und EuGH, *Habermann-Beltermann*, Rs. C-421/92, 05.05.1994, Rn. 10, und der Grundsatz, dass keine Auslegung gegen den eindeutigen Wortlaut möglich ist, ist im deutschen Recht anerkannt, vgl. Heyder, *Gültigkeit und Nutzen der besonderen juristischen Schlussformen in der Rechtsfortbildung*, S. 23. Siehe hierzu auch Haratsch/Koenig/Pechstein, *Europarecht*, S. 90 ff.

schränkungen deutscher Grundrechte, und ihre hypothetische Vereinbarkeit geprüft werden und dann in einem zweiten Schritt sollte untersucht werden, ob die hiernach zulässigen in ihrer Gesamtschau den europäischen Anforderungen gerecht werden. Hier sollte also die Richtliniendeterminiertheit so eng wie möglich verstanden werden.²⁰⁸

3. Wert eines Systems – richtlinienkonforme Auslegung als Anpassung an benachbarte nationale Regelungen

Eine Berücksichtigung der Richtlinien kommt also nur bei einer gewissen Offenheit in Betracht. Nur bei dieser Offenheit macht es auch Sinn, den Wert eines einheitlichen Systems gegenüber einer „gespaltenen“²⁰⁹ Lösung zu betonen. Dies stellt ein starkes Argument für eine einheitliche Auslegung aus dem nationalen Systembestreben dar, im Gegensatz zur Begründung über ein europäisches Einflussstreben. Stellt der Gesetzgeber allerdings durch eine unzweideutige Formulierung klar, wie er einen Sachverhalt regeln möchte, so geht diese ausdrückliche Entscheidung vor.

Man kann die Frage nach der Berücksichtigung von Richtlinienvorgaben auf angrenzende Bereiche auch aus einem anderen Blickwinkel betrachten, nämlich aus der nationalen Perspektive. Statt zu sagen, in den nicht richtliniendeterminierten Bereichen seien europäische Richtlinien zu berücksichtigen, formuliert man, in den autonom auszugestaltenden Bereichen sei die Systematik der nationalen Gesamtrechtsordnung zu berücksichtigen, die eben teilweise durch europäisches Recht vorgegeben ist. Konkret bedeutet dies, die Aussage „Für die Bestimmung der Rechtsfolgen für den Bereich Behinderung im deutschen Recht sollten wir die Vorgaben einer europäischen Richtlinie, die für diesen Bereich nicht gilt, berücksichtigen“ durch folgende zu ersetzen: „Für die Bestimmung der Rechtsfolgen für den Bereich Behinderung im deutschen Recht sollten wir die deutschen Bestimmungen zu Rasse, ethnischer Herkunft und Geschlecht berücksichtigen“. Für das AGG sollte der einheitlichen Auslegung des gesamten Gesetzes erhebliche Bedeutung zugemessen werden, da die Tatsache, dass der Gesetzgeber ein einheitliches Gesetz erlassen und sich für einheitliche Rechtsfolgen entschieden hat, zeigt, dass dem Gesetzgeber ein einheitliches und möglichst abstraktes System sehr wichtig war.²¹⁰

²⁰⁸ Im Ergebnis ebenso Kossak, Rechtsfolgen, S. 152 für den Sonderfall des Kontrahierungszwangs.

²⁰⁹ So Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, Rn. 400.

²¹⁰ Vgl. Kossak, Rechtsfolgen, S. 107.

4. Große Systeme mit kleinen richtliniendeterminierten Anwendungsfeldern

Betont man die Tatsache, dass die Stärke der Berücksichtigung der Richtlinie sich zwischen richtliniendeterminierten Normen und überschießender Umsetzung unterscheidet, dann ist die Frage des Einflusses der Richtlinie vor allem auf diejenigen Vorschriften schwer zu beantworten, die nur teilweise durch Richtlinien geboten sind, vom Gesetzgeber aber im Rahmen eines allgemeinen und umfassenden Systems verwendet werden. Dies ist gerade für die Rechtsfolgenbestimmungen des AGG sehr relevant, da nur für die Merkmale Rasse, ethnische Herkunft und Geschlecht europarechtliche Vorgaben für das allgemeine Zivilrecht bestehen, für die anderen geschützten Merkmale (Religion, Behinderung, Alter, sexuelle Identität) der Gesetzgeber dagegen frei ist in der Bestimmung der Rechtsfolgen. Die Frage kann auch so formuliert werden: Spricht mehr für eine insgesamt richtlinienorientierte und damit einheitliche Auslegung eines Gesetzes zum Schutz von zehn Diskriminierungsmerkmalen, von denen neun durch eine Richtlinie zwingend vorgegeben werden, als wenn nur ein einziges der Merkmale zwingend vorgegeben ist? Müssen Richtlinien im ersten Fall stärker berücksichtigt werden?

Diese Frage ist auch eine Frage der Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaat. Daher überzeugt es, wenn nur ein Zehntel des Feldes europäisch geregelt ist, weniger schnell autonome Prinzipien auf neun Zehnteln des Gebietes aufzugeben, als wenn neun Zehntel europäisch geregelt sind, und nur hinsichtlich eines Zehntels nationale Prinzipien aufgegeben werden.

Unterscheidet sich die Rechtslage nach Richtlinie 2000/43/EG und nach Richtlinie 2004/113/EG, so liegt bereits europarechtlich kein einheitliches System vor. Daher können in diesem Fall die Aussagen einer der beiden Richtlinien weder auf die durch die andere Richtlinie geschützten Merkmale noch auf die autonom unter Schutz gestellten Merkmale übertragen werden. Gelten hingegen für alle europarechtlich determinierten Merkmale die gleichen Grundsätze, so gelten diese bereits für knapp die Hälfte der geschützten Merkmale (drei von sieben Merkmalen). Sofern dann aus rein nationaler Sicht keine gewichtigen Gründe gegen die Grundsätze sprechen, sollten sie auf die autonom geschützten Merkmale übertragen werden, um eine einheitliche Auslegung des AGG zu gewährleisten.

C. Ergebnis

Das Europarecht stellt sowohl über die im Wortlaut der Richtlinien enthaltenen Vorgaben als auch über primärrechtliche Grundsätze zur Verfahrens- und Rechtsfolgen-

gestaltung bei europarechtlich determinierten Rechtspositionen eine Vielzahl von Anforderungen an die nationale Rechtsdurchsetzung. Dabei besteht eine Vielzahl von Überschneidungen, sodass eine systematische Kategorisierung von großer Bedeutung ist. In dieser Arbeit wurde folgende Kategorisierung der Anforderungen herausgearbeitet: 1. abstrakte Anforderungen an die Wirksamkeit, 2. abstrakte Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit, 3. relative Mindestanforderungen (im Vergleich zu nationalen Rechtspositionen), 4. spezielle Regelungen in den Richtlinien.

Von den vier Kategorien betrachtet klar die 1. und die 2. Kategorie das nationale Sanktionensystem als Einheit. Die nationalen Sanktionen müssen in ihrer Gesamtheit gewürdigt werden, ob sie zusammen wirksam und verhältnismäßig erscheinen. Aus diesem Grund sind generelle Aussagen zu einzelnen Rechtsfolgen oft nicht möglich.

Aus den europarechtlichen Anforderungen ergibt sich im Einzelnen, dass bestimmte Elemente privater Rechtsdurchsetzung zwingend vorgeschrieben sind, und dass eine Rechtsdurchsetzung allein im Ermessen einer Behörde, wie aufgezeigt, den europarechtlichen Anforderungen nicht gerecht werden kann. Im Hinblick auf Schadensersatzansprüche unterscheiden sich die Anforderungen an nationales Recht aufgrund der unterschiedlichen Bestimmungen der beiden Richtlinien stark: Richtlinie 2004/113/EG verlangt Schadensersatzansprüche zwingend und nach richtiger Auffassung dürfen diese nicht von einem Verschulden abhängig gemacht werden; Richtlinie 2000/43/EG enthält hingegen keine zwingenden Vorgaben für Schadensersatz, sodass nach hier vertretener Auffassung lediglich die Gesamtheit der Mechanismen der Rechtsdurchsetzung bestimmten Anforderungen genügen muss und, wenn das der Fall ist, der Gesetzgeber auch einen verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch vorsehen darf.

Selbst bei erheblichem Zweifel an der Wirksamkeit rein individueller Rechtsdurchsetzung²¹¹ ergibt sich aus dem EU-Recht aufgrund der speziellen Bestimmungen in den Richtlinien zur Verbandsbeteiligung keine Verpflichtung zur Einführung echter kollektiver Rechtsdurchsetzung.

²¹¹ Siehe hierzu ausführlich 6. Teil dieser Arbeit, insbesondere 6. Teil, A. II. 1. und 6. Teil, B. IV. 1.

3. Teil: Analyse des deutschen Rechts

Die Entstehungsgeschichte des AGG ist an vielen Stellen ausführlich beschrieben.²¹² Schließlich war das Vorhaben kontrovers und spätestens seit Erlass der Richtlinie 2000/43/EG im Juni 2000 war klar, dass der deutsche Gesetzgeber bestimmte Antidiskriminierungsvorschriften schaffen musste. Entwürfe für ein Antidiskriminierungsgesetz finden sich aber bereits aus der Zeit davor.²¹³ Gerade hinsichtlich der Rechtsfolgen finden sich in vorherigen Entwürfen interessante Überlegungen, insbesondere zur kollektiven Rechtsverfolgung.²¹⁴ Auf der anderen Seite besteht aber in vielerlei Hinsicht eine Kontinuität in der Ausgestaltung der Rechtsfolgen zwischen den verschiedenen Entwürfen. So hatte der Bundestag beispielsweise in der Legislaturperiode vor derjenigen, in der das AGG schließlich erlassen wurde, das sog. Antidiskriminierungsgesetz (ADG) beschlossen, welches im Vermittlungsausschuss mit Ablauf der Legislaturperiode der Diskontinuität unterfiel.²¹⁵ Einziger wesentlicher Unterschied der damaligen Rechtsfolgenregelung in § 22 ADG zum heutigen § 21 AGG war eine Regelung zu besonderen Anforderungen, wann ein Kontrahierungszwang besteht (§ 22 Abs. 2 ADG).

Vor Inkrafttreten des AGG bestanden nur in Sonderfällen Diskriminierungsverbote im Zivilrecht. So stellt beispielsweise die zu § 826 BGB entwickelte Rechtsprechung zum Kontrahierungszwang im Ergebnis ein Diskriminierungsverbot dar.²¹⁶

A. Diskriminierungstatbestände im Überblick und Ziele des Gesetzes

I. Die Diskriminierungstatbestände des AGG im Überblick

Nach § 19 AGG ist eine Benachteiligung aufgrund der Rasse, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität im Zusammenhang mit privatrechtlichen Schuldverhältnissen verboten. Benachteiligung umfasst dabei unmittelbare und mittelbare Benachteiligungen sowie Anweisungen zu einer Benachteiligung und Belästigungen (§ 3 AGG). Die Anwei-

²¹² Für einen guten Überblick – gerade auch zu den vorangegangenen Entwürfen – siehe die Darstellung bei Rust/Falke/Rust, Einleitung zum AGG, Rn. 414 ff.

²¹³ BMJ-Diskussionsentwurf vom 10.12.2001, abrufbar unter: <http://lorenz.userweb.mwn.de/material/antidiskr.pdf> (zuletzt aufgerufen am 17.04.2014); Gesetzesentwurf von Bündnis 90/Die Grünen vom 20.01.1998, BT-Drucks. 13/9706; Gesetzesentwurf der SPD vom 09.03.1998, BT-Drucks. 13/10081; Gesetzesentwurf der PDS vom 19.05.1995, BT-Drucks. 13/1466.

²¹⁴ Siehe hierzu ausführlich unten 3. Teil, D. III.

²¹⁵ Es wurde von der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen erneut eingebracht, BT-Drucks. 16/297.

²¹⁶ Vgl. BGH NVwZ 1994, 1240; BGH NJW 1990, 761.

sung zur Benachteiligung geht etwas über einen typischen Diskriminierungstatbestand hinaus.²¹⁷ Die Belästigung ist demgegenüber eine größere Abweichung vom typischen Diskriminierungstatbestand, da sie beispielsweise auch rassistische Beleidigungen oder Beleidigungen Behinderter erfasst,²¹⁸ die nicht mit einer Benachteiligung einhergehen, auch wenn in der Mehrheit der Fälle auch eine Benachteiligung vorliegen dürfte.²¹⁹

Hinsichtlich der erfassten Lebensbereiche unterscheidet das AGG zwei Gruppen von Diskriminierungsmerkmalen. Für die Merkmale Rasse und ethnische Herkunft hat es einen weiten Anwendungsbereich (alle in § 2 Nr. 5 bis 8 AGG genannten Felder, also Sozialschutz, soziale Vergünstigungen, Bildung, sowie alle Güter und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum). Für alle übrigen Merkmale ist die Anwendung auf sogenannte Massengeschäfte (Geschäfte, die „typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen“; § 19 Abs. 1 Nr. 1, 1. HS AGG), „massengeschäftsähnliche Geschäfte“ und Versicherungsverträge beschränkt.²²⁰

Alle Rechtsfolgenbestimmungen setzen eine Verletzung²²¹ (bzw. für einen Unterlassungsanspruch eine drohende Verletzung) des Benachteiligungstatbestandes voraus, also eine Benachteiligung i. S. v. § 19 AGG, die nicht gerechtfertigt werden kann. Rechtfertigungen für eine Benachteiligung finden sich in § 5 AGG (kompensierende Bevorzugung), § 19 Abs. 3 AGG (ausschließlich für die Vermietung von Wohnraum)

²¹⁷ Die Ausdehnung betrifft Fälle, in denen es nicht zu einer tatsächlichen Benachteiligung kommt. Kommt es tatsächlich zu einer Benachteiligung, so wird in der Regel der Anweisende ebenfalls haften, da bei mehreren an einer Verletzung beteiligten Personen grundsätzlich alle haften (siehe unten 3. Teil, C. I. 2.).

²¹⁸ Vgl. die Definition in § 3 Abs. 3 AGG.

²¹⁹ Darüber hinaus wäre auch denkbar, dass die Belästigung auch eine Abweichung vom Bezug auf ein Schuldverhältnis darstellt, da in § 3 Abs. 3 AGG lediglich auf die Beeinträchtigung der Würde der Person abgestellt wird. Diese Interpretation ist jedoch aufgrund der Systematik des Gesetzes abzulehnen, da das Gesetz nach § 2 Abs. 1 AGG nur in bestimmten Bereichen gilt und dies für den allgemeinen zivilrechtlichen Bereich stets den Bezug zu einem Schuldverhältnis voraussetzt (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 5 bis 8 und § 19 Abs. 1 und 2 AGG).

²²⁰ Nach der Regierungsbegründung erfolgte die Beschränkung auf diese „anonymen“ Vertragstypen zur angemessenen Berücksichtigung der Vertragsfreiheit (Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 26). Für die Merkmale Rasse und ethnische Herkunft dagegen verlangt Richtlinie 2000/43/EG auch die Einbeziehung von bestimmten Einzelfällen. Auch eine Rechtfertigung nach § 20 Abs. 1 AGG scheidet für die Merkmale Rasse und ethnische Herkunft aus.

²²¹ Die Begriffe „Verletzung“ des Benachteiligungsverbotes (§ 21 Abs. 2 S. 1 AGG) und „Verstoß“ gegen das Benachteiligungsverbot (§ 21 Abs. 1 S. 1 AGG) sind dabei gleichbedeutend (Münch-Komm/Thüsing, § 21 AGG, Rn. 43) und werden auch in der vorliegenden Arbeit ohne Unterscheidung verwendet.

und in § 20 AGG (sachlicher Grund und Verhältnismäßigkeit²²²). Außerdem darf kein allgemeiner zivilrechtlicher Rechtfertigungsgrund eingreifen.²²³

II. Die dem AGG zugrunde liegenden Ziele

1. Grundlegende Fragen

Die Ziele des AGG sind für die Auslegung der Rechtsfolgen von erheblicher Bedeutung. Dies wird unmittelbar einsichtig am Beispiel des Kontrahierungszwangs: Dient das AGG lediglich dem Schutz der Menschenwürde des Benachteiligten, so kann viel schwerer argumentiert werden, warum über einen Kontrahierungszwang der Bezug der konkreten Leistungen durchgesetzt werden sollte, als wenn Sinn des Gesetzes (auch) ist, sicherzustellen, dass Benachteiligte bestimmte Waren und Dienstleistungen tatsächlich beziehen können. In der Tat findet sich in der Literatur teilweise die Aussage, das Gesetz diene nur einem Ehrschutz des Benachteiligten, nicht aber dazu, einen tatsächlichen Bezug von Waren und Dienstleistungen sicherzustellen.²²⁴ Diese Aussage ist – wie im Folgenden dargestellt – bei einer Analyse der Gesetzgebungsmaterialien in keiner Weise überzeugend.

Nach § 1 AGG ist Ziel des Gesetzes, Benachteiligung zu verhindern oder zu beseitigen. Hierbei handelt es sich zwar mehr um eine Wiedergabe des Tatbestandes (als unmittelbares Regelungsziel), als um einen Hinweis auf die dem Gesetz zugrunde liegenden Ziele. Die Vorschrift zeigt aber klar, dass durch das Gesetz eine Verhaltenssteuerung bezweckt werden soll,²²⁵ nämlich dass Diskriminierungen verhindert und beseitigt werden sollen. Dem Gesetz geht es also nicht lediglich um einen Aus-

²²² Die Anforderung der Verhältnismäßigkeit ergibt sich zwar nicht direkt aus dem Wortlaut, wohl aber aus einer europarechtsorientierten Auslegung, da Art. 4 Abs. 5 Richtlinie 2004/113/EG ausdrücklich eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorsieht (so auch Rust/Falke/Bittner, § 20 AGG, Rn. 6). Außerdem könnte man argumentieren, ein „sachlicher Grund“ i. S. d. § 20 Abs. 1 S. 1 AGG umfasse nicht nur den legitimen Grund an sich, sondern auch den legitimen Grund „seinem Umfang nach“, sodass die Formulierung ein Verhältnismäßigkeitselement enthält. Auch zeigt § 3 Abs. 2 AGG, dass nach Ansicht des Gesetzgebers für Einschränkungen der Diskriminierungsverbote dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Bedeutung zukommt. Eine Rechtfertigung nach § 20 Abs. 1 AGG scheidet für die Merkmale Rasse und ethnische Herkunft aus.

²²³ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 45.

²²⁴ So Armbrüster, Kontrahierungszwang im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, NJW 2000, 1494, 1494; Neuner, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, JZ 2003, 57, 64. Thüsing und von Hoff sehen den Schutz der Ehre als vorrangiges Ziel und den Zugang zu Waren und Dienstleistungen lediglich als sekundäres Ziel an; vgl. Thüsing/von Hoff, Vertragsschluss als Folgenbeseitigung: Kontrahierungszwang im zivilrechtlichen Teil des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, NJW 2007, 21, 22 (mit Verweis auf den Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 20, 33, und 46).

²²⁵ Ebenso MünchKomm/Thüsing, § 1 AGG, Rn. 2.

gleich von Nachteilen durch Diskriminierung, die eben kompensiert werden sollen, ohne die Diskriminierungen selbst zu verhindern.²²⁶

Bei der Ermittlung der Ziele des AGG kommt den Zielen der dem Gesetz zugrunde liegenden Richtlinien erhebliche Bedeutung zu. Die Mitgliedstaaten sind nämlich zur Umsetzung der Richtlinien verpflichtet. Diese Verpflichtung bezieht sich nicht nur auf den Wortlaut, sondern mittelbar auch auf das gesamte hinter dem Wortlaut stehende Interpretationsgerüst. Dies zeigt sich gerade daran, dass der nationale Gesetzgeber selbstverständlich auch an die Auslegung des Wortlauts durch den EuGH gebunden ist. Außerdem spricht sogar Art. 288 AEUV von einer Verbindlichkeit „hinsichtlich der zu erreichenden Ziele“.²²⁷

2. Die Ziele im Einzelnen

Wohl unstrittiges Ziel des AGG ist der Schutz der Ehre bzw. der Menschenwürde des Benachteiligten, wie sich aus der großen Betonung der Menschenwürde und dem Bezug zu Diskriminierung (Missachtung der gleichen Würde und des gleichen Wertes der Menschen) in der Regierungsbegründung ergibt.²²⁸ Da Ansprüche nach § 19 AGG stets einen Zusammenhang zu einem Schuldverhältnis voraussetzen, ist direktes Ziel der Diskriminierungsverbote im allgemeinen Zivilrechtsverkehr (§§ 19 ff. AGG) nur der Schutz der Menschenwürde des konkret im Zusammenhang mit einem Schuldverhältnis benachteiligten Menschen. Ehrkränkungen, die in keinerlei Zusammenhang mit einem Schuldverhältnis stehen (z. B. wenn ein Merkmalsträger keinerlei Interesse am Abschluss eines Vertrags hat), werden dagegen nicht von den Vorschriften erfasst, sodass ihr Schutz nicht bezweckt ist.

Darüber hinaus bezweckt das Gesetz aber auch die Sicherung des Zugangs zu Leistungen und damit verbundene Partizipationsmöglichkeiten am wirtschaftlichen und sozialen Leben sowie gesellschaftliche Integration. Dies zeigt sich durch die Bezugnahme in der Regierungsbegründung auf den schlechten sozialen und wirtschaftlichen Status vieler Diskriminierungsopfer und die wirtschaftlichen Einbußen durch Diskri-

²²⁶ Auch die Richtlinie 2000/43/EG spricht in ihrem Art. 1 von „Bekämpfung der Diskriminierung“ und der Gesetzentwurf der Bundesregierung führt aus: „Die Richtlinien sollen die gesellschaftliche Wirklichkeit in den Mitgliedstaaten verändern, d. h. sie sollen Diskriminierungen nicht nur verbieten, sondern wirksam beseitigen.“ (Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 21).

²²⁷ Dies meint natürlich nicht eine Bindung *nur* an die zugrunde liegenden Ziele. Vielmehr ist die Gegenüberstellung in Art. 288 AEUV von Zielen (verbindlich) vs. Form und Mittel (Freiheit des Mitgliedstaates) etwas unglücklich. Treffender wäre die Formulierung, die Richtlinie ist in allen ihren Vorgaben verbindlich, denn auch konkrete Verfahrensbestimmungen in einer Richtlinie sind selbstverständlich umzusetzen.

²²⁸ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 20.

minierung²²⁹ und auf die Ziele der Richtlinien.²³⁰ Wie erwähnt, wird in der Literatur teilweise vertreten, das Ziel des Gesetzes sei auf reinen Ehrschutz beschränkt.²³¹ Hiergegen spricht jedoch, dass der Gesetzgeber, wie sich aus der Regierungsbegründung ergibt, der wirtschaftlichen Nachteile von Diskriminierung bewusst ist und Abhilfe schaffen will.

Gegen die Beschränkung auf einen reinen Ehrschutz spricht zudem die Konzeption der §§ 19 ff. AGG mit der großen Bedeutung des Bezugs zu Schuldverhältnissen und damit eines ersichtlich anderen Ansatzes als bei § 185 StGB oder auch beim Rechtsinstitut des deliktisch geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts (§ 823 Abs. 1 BGB; Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), bei denen jeglicher Zusammenhang mit einem Schuldverhältnis unerheblich ist. Für einen reinen Ehrschutz macht schließlich ein zwingender Bezug zu einem Schuldverhältnis keinen Sinn, denn warum sollte ein reiner Ehrschutz an den Bezug von Waren oder Dienstleistungen anknüpfen? Die Tatsache, dass die §§ 19 ff. AGG nur vor Diskriminierungen im Zusammenhang mit Schuldverhältnissen schützen und sie nur dem in diesen Fällen konkret Benachteiligten Ansprüche einräumen, während sie den „nur“ durch ein Schild beleidigten Nicht-Vertragsinteressenten rechtsschutzlos lassen, zeigt, dass Ziel dieser Vorschriften nicht lediglich der Ehrschutz sein kann.

Zuzugeben ist den Verfechtern des reinen Ehrschutzes aber, dass die verschiedenen Ziele unterschiedlich große Bedeutung in verschiedenen Lebensbereichen haben. So besteht in vielen Bereichen keine akute Gefahr des Ausschlusses von Leistungen, da für Benachteiligte eine Vielzahl gleichwertiger Alternativen gegeben ist, beispielsweise, wenn ein Vermieter sich weigert einen Mietvertrag abzuschließen oder eine Bar den Einlass verweigert. In bestimmten besonders sensiblen Bereichen (z. B. Bildung, Kreditvergabe) können Zugangsprobleme jedoch zu einer Vielzahl von Folgeproblemen führen,²³² wenn gleichwertige Alternativen aufgrund einer Monopolstellung des Anbieters oder aufgrund einer weiträumigen diskriminierenden Marktabschottung fehlen.

Über die beiden dargestellten Ziele hinaus macht sich das AGG das Ziel der Marktintegration der europäischen Richtlinien durch Verhinderung von Wettbewerbsverzer-

²²⁹ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 23.

²³⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 21.

²³¹ So Armbrüster, Kontrahierungszwang im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, NJW 2000, 1494, 1494; Neuner, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, JZ 2003, 57, 64.

²³² Siehe hierzu ausführlicher oben 1. Teil, D. III.

rungen und Beseitigung von diskriminierungsbedingten Freizügigkeitshindernissen zu eigen.²³³

B. Das AGG im Spannungsverhältnis zu allgemeinen zivilrechtlichen Prinzipien

Das Spannungsverhältnis der speziellen Regelungen des AGG zu allgemeinen zivilrechtlichen Rechtsinstituten und Prinzipien stellt eine wichtige dogmatische Problematik dar. Auf die Antidiskriminierungstatbestände betreffende Fragen (die wohl zentrale und am ausführlichsten diskutierte Frage in diesem Bereich ist die Berechtigung von Antidiskriminierungsrecht überhaupt angesichts des Grundsatzes der Privatautonomie) wird nur am Rande eingegangen, da es in dieser Arbeit in erster Linie um Spannungsverhältnisse gerade im Bereich der Rechtsdurchsetzung geht.

Auf vier Problemstellungen wird in diesem Kapitel eingegangen: (I.) die Anwendbarkeit allgemeiner zivilrechtlicher Anspruchsgrundlagen neben dem AGG mit dem Schwerpunkt auf deren Rechtsfolgen; (II.) die Charakterisierung der Ansprüche des AGG, die für die Anwendbarkeit allgemeiner zivilrechtlicher Vorschriften zur Ausgestaltung und näheren Konkretisierung der Ansprüche entscheidend ist; (III.) die Anwendbarkeit der AGG-Ausgestaltungsvorschriften auch auf allgemeine zivilrechtliche Ansprüche bei Diskriminierungen; und (IV.) die Übertragbarkeit der zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht entwickelten Rechtsprechung auf das AGG.

In dieser Arbeit wird der Begriff „allgemeine Grundsätze“ für die im Rahmen des allgemeinen Schuldrechts bzw. Deliktsrechts geltenden allgemeinen Vorschriften und Grundsätze verwendet (insbesondere die Grundsätze der §§ 249 ff., 276 ff., 823 (i. V. m. 1004) BGB und die hierzu ergangene Rechtsprechung). Die von der Rechtsprechung speziell für das allgemeine Persönlichkeitsrecht aufgestellten Prinzipien nehmen eine Sonderstellung ein, da diese gerade nicht allgemein gelten und erheblich von den sonst geltenden Grundsätzen abweichen.

²³³ Letzteres Ziel wird in der Regierungsbegründung ausdrücklich erwähnt (Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 20 f.). Ersteres Ziel findet sich in der Regierungsbegründung zwar nicht ausdrücklich, aufgrund der ausführlichen Bezugnahme auf den EU-Rechtsrahmen und die zugrunde liegenden Ziele und mangels eines gegenteiligen Anhaltspunktes ist aber davon auszugehen, dass der Gesetzgeber sich auch dieses Ziel zu eigen macht.

I. Rechtsfolgen von Anspruchsgrundlagen außerhalb des AGG – das Verhältnis zum AGG

Die erste Problemstellung betrifft Anspruchsgrundlagen außerhalb des AGG, die Diskriminierungen erfassen, und ihr Verhältnis zum AGG. Da die Arbeit die Rechtsfolgen analysiert, wird nur kurz auf tatbestandliche Überschneidungen der beiden Regime eingegangen, es werden hingegen nicht die genauen tatbestandlichen Voraussetzungen der Anspruchsgrundlagen dargestellt. Vielmehr sollen die jeweiligen Rechtsfolgen, das Verhältnis zu den Rechtsfolgen des AGG und das Spannungsverhältnis zwischen Unterschieden im Umfang aufgezeigt werden.

1. Deliktische Ansprüche

Deliktische Ansprüche bei Diskriminierungen können sich aus § 826 BGB und aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ergeben. Die deliktischen Ansprüche bestehen nach der ausdrücklichen Regelung des § 21 Abs. 3 AGG neben denjenigen aus dem AGG.

Die Vorschriften des AGG werden teilweise auch als Schutzgesetze i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB aufgefasst.²³⁴ Diese Konstruktion hätte für den Benachteiligten den Vorteil, dass nicht die kurze Frist des § 21 Abs. 5 AGG gelten würde. Hiergegen spricht jedoch, dass die Rechtsfolgen in § 21 AGG umfangreich geregelt sind. Außerdem ließe eine Anerkennung als Schutzgesetz die Frist des § 21 Abs. 5 AGG praktisch bedeutungslos werden. Weiterhin spricht gegen die Anerkennung als Schutzgesetz, dass § 823 Abs. 2 BGB gerade an die Tatbestandsverwirklichung selbst angeknüpft und nicht etwa andere oder weitere Tatbestandsvoraussetzungen bestünden – dies steht im Gegensatz zu §§ 823 Abs. 1 und 826 BGB, deren Anwendbarkeit § 21 Abs. 5 AGG nicht praktisch bedeutungslos werden lässt, da die Ansprüche nur unter engen Voraussetzungen gegeben sind. Die Vorschriften des AGG stellen daher keine Schutzgesetze i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB dar.²³⁵ Auch die Günstigkeitsklausel in Art. 6 Abs. 2 Richtlinie 2000/43/EG bzw. Art. 7 Abs. 2 Richtlinie 2004/113/EG steht dem bereits deswegen nicht entgegen, da hier ja gerade keine vorher bestehenden Vorschriften vorliegen, sondern die Tatbestände des AGG erst in Umsetzung der Richtlinien geschaffen wurden.

²³⁴ So Bamberger/Roth/Wendtland, § 21 AGG, Rn. 36.

²³⁵ So auch Armbrüster, Sanktionen wegen Diskriminierung, KritV 2005, 41, 50. Außerdem hätte der Verweis auf einen möglichen Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 185 StGB in der Regierungsbegründung keine eigene Bedeutung, wenn immer ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 19 AGG gegeben wäre, MünchKomm/Thüsing, § 21 AGG, Rn. 77.

Aus den deliktischen Anspruchsgrundlagen ergeben sich über die anerkannte Analogie zu § 1004 BGB²³⁶ mittelbar auch Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassen.

2. Vertragliche und vertragsähnliche Ansprüche

Ansprüche bei Diskriminierungen können sich aus vertraglicher Nebenpflichtverletzung (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB) oder aus vorvertraglicher Pflichtverletzung (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB – „culpa in contrahendo“) ergeben. Im Bereich des Arbeitsrechts bestimmt das AGG ausdrücklich, dass eine gegen das AGG verstoßende Benachteiligung zugleich eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung darstellt (§ 7 Abs. 3 AGG). Ein Umkehrschluss zu dieser Vorschrift und die Beschränkung des Wortlauts des § 21 Abs. 3 AGG auf deliktsrechtliche Ansprüche legt zwar einen Ausschluss vertraglicher und vertragsähnlicher Ansprüche nahe, die besseren Argumente sprechen jedoch dafür, dass die Ansprüche aus dem AGG die allgemeinen Ansprüche nicht verdrängen.

Teilweise wird das Nebeneinander mit der Formulierung „unbeschadet weiterer Ansprüche“ in § 21 Abs. 1 S. 1 AGG begründet.²³⁷ Dies ist jedoch nicht zwingend, da auch lediglich weitere Anspruchsgrundlagen innerhalb des AGG (insbesondere der Schadensersatzanspruch) gemeint sein könnten. Es ist jedoch nicht sinnvoll, eine abschließende Regelung durch das AGG anzunehmen, da dort nämlich keine Möglichkeit vorgesehen ist, bei einem abgeschlossenen Vertrag vom Vertrag Abstand zu nehmen und Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen. Dies erlaubt § 280 BGB i. V. m. § 282 BGB und es ist kein Grund ersichtlich, warum diese Möglichkeit nicht auch bei Benachteiligungen gegeben sein sollte, sofern diese ein Festhalten am Schuldverhältnis unzumutbar machen.²³⁸ Nun § 280 BGB i. V. m. § 282 BGB für anwendbar zu halten, nicht jedoch die Grundnorm des § 280 BGB isoliert, wäre widersprüchlich.

II. Charakter der Ansprüche des AGG

In der Regierungsbegründung heißt es: „Soweit § 22²³⁹ keine besonderen Vorschriften enthält, gelten die einschlägigen allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Rechts,

²³⁶ RGZ 60, 6; MünchKomm/Baldus, § 1004 BGB, Rn. 34 f.; Palandt/Sprau, Einf v § 823 BGB, Rn. 18.

²³⁷ Kossak, Rechtsfolgen, S. 244.

²³⁸ So auch Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 46.

²³⁹ Unklar ist, ob hier nicht (zumindest auch) § 21 AGG gemeint ist. Hierfür spricht zum einen der Sinn, zum anderen, dass sich die Passage in der Begründung zu § 21 AGG findet. Auch Armbrüster geht davon aus, dass § 21 gemeint sei (Armbrüster in Rudolf/Mahlmann (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, S. 309).

insbesondere des Bürgerlichen Gesetzbuchs, denn die §§ 19 ff. sind [...] Bestandteil der einheitlichen Privatrechtsordnung.²⁴⁰ Ähnliche Formulierungen finden sich an vielen Stellen in der Literatur zum AGG.²⁴¹ Die Schwierigkeit liegt jedoch zunächst darin, zu bestimmen, welche Vorschriften einschlägig sind. Dass die Anwendbarkeit unterschiedlicher Regime allgemeiner Prinzipien einen großen praktischen Unterschied machen kann, ist leicht einleuchtend, betrachtet man die Verantwortlichkeit für Fehlverhalten einer Hilfsperson: Während die allgemeinen Prinzipien für bereits bestehende Schuldverhältnisse, einschließlich vorvertraglicher, eine automatische Einstandspflicht für Erfüllungsgehilfen vorsehen (Konzept des § 278 BGB), ist eine Einstandspflicht im Deliktsrecht viel stärker eingeschränkt (Konzept des § 831 BGB).²⁴²

Ob man die Grundsätze der Vertragshaftung und der Haftung aus vertragsähnlichen Schuldverhältnissen oder diejenigen des Deliktsrechts für anwendbar hält, hängt vom dogmatischen Charakter der Ansprüche aus dem AGG ab. Die Diskriminierungsverbote des AGG für den Zivilrechtsverkehr (§§ 19 ff. AGG) setzen stets einen Zusammenhang zu einem Schuldverhältnis voraus. In den Fällen einer Benachteiligung bei Abwicklung oder Beendigung eines Vertrags besteht selbstverständlich ein vertragliches Schuldverhältnis, in vielen Fällen der Vertragsanbahnung besteht ein vorvertragliches Schuldverhältnis i. S. d. § 311 Abs. 2 BGB. Dies setzt allerdings voraus, dass der vorvertragliche Kontakt eine Intensität erreicht hat, die eine der Tatbestandsvoraussetzungen des § 311 Abs. 2 BGB erfüllt. Dies ist aber nicht der Fall bei einer kategorischen Abschlussverweigerung.²⁴³ Die Ansprüche nach dem AGG setzen daher zwar einen Bezug zu einem Schuldverhältnis voraus, sind aber in gewissem Umfang unabhängig vom tatsächlichen Bestehen eines (auch vorvertraglichen) Schuldverhältnisses. Sie weisen deswegen Wesenszüge eines deliktischen Anspruchs auf.²⁴⁴

Auf der anderen Seite besteht, wie gezeigt, in vielen Fällen ein Schuldverhältnis. Außerdem zeigt die Wortwahl des § 21 Abs. 2 S. 2 AGG („Vertretenmüssen“) durch

²⁴⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 45.

²⁴¹ Siehe beispielsweise MünchKomm/Thüsing, § 21 AGG, Rn. 1; Rust/Falke/Bittner, § 21 AGG, Rn. 1.

²⁴² Beide Vorschriften enthalten allgemeine Rechtsprinzipien für das entsprechende Teilrechtsgebiet und sind daher beispielsweise auch auf Mitverschulden anwendbar (vgl. § 254 Abs. 2 S. 2 BGB; BGHZ 104, 285).

²⁴³ Ebenso MünchKomm/Thüsing, § 19 AGG, Rn. 135. Vgl. auch zu Benachteiligungen ohne (vorvertragliches) Schuldverhältnis Kossak, Rechtsfolgen, S. 75 mit weiteren Nachweisen.

²⁴⁴ Durch die Benachteiligung wird (ebenso wie durch die unerlaubte Handlung i. S. d. §§ 823 ff. BGB) ein gesetzliches Schuldverhältnis begründet, so dass auf die Abwicklung dann in jedem Fall die Vorschriften für bereits bestehende Schuldverhältnisse (insbesondere § 278 BGB) angewendet werden können.

die Anlehnung an § 280 Abs. 1 S. 2 BGB, dass der Gesetzgeber von einem vertraglichen bzw. vertragsähnlichen Charakter ausgeht. Leicht zu begründen ist bei tatsächlichem Vorliegen eines vertraglichen oder vorvertraglichen Schuldverhältnisses die Anwendbarkeit von Ausgestaltungsvorschriften für bestehende Schuldverhältnisse auch auf den Anspruch aus dem AGG, da dann die Verbote des § 19 AGG als gesetzlich normierte vertragliche bzw. vorvertragliche Pflichten aufgefasst werden können.²⁴⁵

Dem Benachteiligungsverbot des § 19 AGG kommen also sowohl (quasi-)vertragliche als auch deliktische Elemente zu und es weist einen „hybriden Charakter“ auf.

Teilweise wird vertreten, die Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche seien eher deliktisch geprägt, die Schadensersatzansprüche dagegen eher vertraglich.²⁴⁶ Dies überzeugt jedoch nicht. Sowohl bei einem Verstoß gegen einen Deliktstatbestand sind beide Anspruchsarten vorgesehen (§ 823 BGB bzw. § 1004 analog i. V. m. § 823 BGB), als auch im Vertragsrecht, da sich dort neben dem Schadensersatzanspruch (§ 280 BGB) ein Anspruch auf Einhaltung der vertraglichen Bestimmungen (als Gegenstück zu der Einhaltung gesetzlicher Vorschriften) jedenfalls unmittelbar aus dem Vertrag ergibt.²⁴⁷ Lediglich der Wortlaut spricht für eine vom Gesetzgeber gewollte Nähe zu jeweils einem der Teilrechtsgebiete: Die Ansprüche in § 21 Abs. 1 AGG sind eindeutig in ihrer Formulierung an § 1004 BGB angelehnt, der Schadensersatzanspruch – insbesondere der Wortlaut des § 21 Abs. 2 S. 2 AGG – weist dagegen große Ähnlichkeiten zu § 280 Abs. 1 S. 2 BGB auf. Aus der Konzeption des AGG ergibt sich jedoch deutlich, dass ein einheitliches Verständnis des Rechtsfolgenregimes beabsichtigt ist, und die Ansprüche in § 21 Abs. 1 und Abs. 2 AGG stehen ersichtlich in einem Stufenverhältnis, nach dem die Schadensersatzansprüche auf den Ansprüchen auf Beseitigung und Unterlassung aufbauen, bei den Schadensersatzansprüchen der Anspruchsgegner jedoch einwenden kann, er habe den Verstoß nicht zu vertreten. Wendet man jedoch unterschiedliche Ausgestaltungsnormen (z. B. eine schärfere Zurechnung bei den Schadensersatzansprüchen als bei den Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen) an, so wird das Stufenverhältnis nicht gewahrt, da dann plötzlich ein Schadensersatzanspruch gegeben sein kann, ohne dass ein Beseitigungs- bzw. Unterlassungsanspruch gegeben wäre.

²⁴⁵ So auch ausdrücklich für Arbeitsverträge § 7 Abs. 3 AGG.

²⁴⁶ So Kossak, Rechtsfolgen, S. 107 f.

²⁴⁷ Teilweise findet sich auch eine ausdrückliche gesetzliche Regelung, z. B. in § 541 BGB. Für Hauptleistungspflichten findet sich für typische Verträge in der Regel eine ausdrückliche gesetzliche Regelung (vgl. nur §§ 433, 535, 611 BGB).

Bei tatsächlichem Vorliegen eines Schuldverhältnisses sind Ausgestaltungsvorschriften für bestehende Schuldverhältnisse (insbesondere § 278 BGB) auch auf den Anspruch aus dem AGG anwendbar, da dann die Verbote des § 19 AGG gesetzlich normierte vertragliche bzw. vorvertragliche Pflichten darstellen. Besteht dagegen noch nicht einmal ein vorvertragliches Schuldverhältnis, so besteht keine Grundlage für die Anwendung von Vorschriften für bereits bestehende Schuldverhältnisse. Für die Zurechnung kommt daher § 278 BGB nicht in Betracht und für Schadensersatzansprüche sollte vielmehr auf die Grundsätze des § 831 BGB zurückgegriffen werden.²⁴⁸

Hiergegen kann zwar eingewandt werden, dies führe zu einer widersprüchlichen Ungleichbehandlung der Situationen, die im AGG nicht vorgesehen oder angelegt sei, da die §§ 19 ff. AGG nämlich alle Situationen einer Benachteiligung im Zusammenhang mit einem Schuldverhältnis gleich behandelten. Da das AGG jedoch keine Bestimmung zur Ausgestaltung der Ansprüche enthält, ist eine Anwendung der allgemeinen Prinzipien des BGB geboten. Außerdem verweist auch die Regierungsbeurteilung auf die Anwendbarkeit allgemeiner Grundsätze²⁴⁹ und die Nennung sowohl von § 278 BGB als auch von § 831 BGB als in bestimmten Fällen anwendbare Zurechnungsnormen²⁵⁰ zeigt, dass auch der Gesetzgeber von beiden Möglichkeiten ausgeht.

Die gefundene Lösung ist auch mit den europarechtlichen Anforderungen vereinbar. Da das europäische Recht keine ausdrücklichen Anforderungen an die Ausgestaltung stellt, gelten die allgemeinen Anforderungen, insbesondere der Wirksamkeits- und der Äquivalenzgrundsatz. Es erscheint überzeugend, den Wirksamkeitsgrundsatz sowohl bei deliktischen als auch bei vertraglichen Ausgestaltungsvorschriften für erfüllt anzusehen, da beide sinnvolle und erprobte Ausgestaltungsregime darstellen. Auch der Äquivalenzgrundsatz ist gewahrt, da ja bei einem bestehenden Schuldverhältnis die Verbote des § 19 AGG als gesetzlich normierte Pflichten des Schuldverhältnisses interpretiert werden. Dass bei Fehlen eines Schuldverhältnisses nicht die für ein bestehendes Schuldverhältnis anwendbaren Ausgestaltungsvorschriften anwendbar sind, ist ebenso systemgerecht und daher mit dem Äquivalenzgrundsatz zu vereinbaren.

²⁴⁸ So auch Kossak, Rechtsfolgen, S. 125 f. Siehe zur Zurechnung des Verhaltens von Hilfspersonen näher unten 3. Teil, C. I. 2.

²⁴⁹ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 45.

²⁵⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 33.

III. Zur Anwendbarkeit von AGG-Ausgestaltungsvorschriften auf allgemeine Anspruchsgrundlagen

Die Anwendung der speziellen Vorschriften des AGG, z. B. der Beweiserleichterung des § 22 AGG, auf allgemeine Anspruchsgrundlagen²⁵¹ – soweit diese gerade Diskriminierungen i. S. d. AGG erfassen – erscheint zunächst relativ überraschend. Die Anwendung von speziellen Vorschriften als vorgehende Sonderregeln auch auf allgemeine Vorschriften ist aber der deutschen Rechtsordnung nicht unbekannt, wie beispielsweise die Übertragung eines geringeren Verschuldensmaßstabes im Rahmen eines Schuldverhältnisses auf deliktsrechtliche Anspruchsgrundlagen²⁵² zeigt. Andernfalls würde die gewollte Privilegierung durch die schematische Anwendung allgemeiner Prinzipien nämlich zunichtegemacht. Zu dieser rechtsordnungsimmanenten systematischen Überlegung kommt hinzu, dass sich auch aus den Richtlinien eine Pflicht ergeben könnte, die Ausgestaltungsvorschriften auf alle Anspruchsgrundlagen anzuwenden, soweit sie von den Richtlinien erfasste Diskriminierungen erfassen.

Zunächst soll hier eine mögliche europarechtliche Pflicht untersucht werden. Der Wortlaut der Richtlinien differenziert nicht nach der Anspruchsgrundlage, was dafür spricht, die Vorgaben der Richtlinien auf alle Anspruchsgrundlagen bei den verpönten Diskriminierungen anzuwenden. Aus dem System der Richtlinien ergibt sich, dass der Gesetzgeber eine Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung schaffen muss, die den europarechtlichen Anforderungen genügt. Insbesondere darf er bei dieser Regelung auch Einschränkungen vorsehen, soweit das Europarecht diese zulässt. Weist das Rechtssystem zusätzlich zu einer europarechtskonformen Regelung weitere Regelungen auf, die von der Richtlinie erfasste Sachverhalte betreffen, so sind diese nicht europarechtlich determiniert und der Gesetzgeber ist in ihrer Ausgestaltung in weitem Maße frei. Der Gesetzgeber kann hier nicht zu einer Übernahme günstiger Ausgestaltungsvorschriften verpflichtet sein.

Beleuchtet man die deutsche Regelung, so lässt der Wortlaut zwar ein allgemeines Verständnis der Beweislastregelung zu, die Regierungsbegründung geht hingegen davon aus, dass für allgemeine Ansprüche nicht die günstige Sonderregelung des AGG greift.²⁵³ Auch die Frist des § 21 Abs. 5 AGG ist ausdrücklich auf die Ansprüche aus § 21 Abs. 1 und 2 AGG beschränkt. Ganz generell kommt eine Übertragung

²⁵¹ MünchKomm/Thüsing, § 21 AGG, Rn. 72 ff., § 22 AGG, Rn. 4 ff.

²⁵² OLG Köln NJW-RR 1988, 157.

²⁵³ Die Ausführungen auf S. 47 der Regierungsbegründung (Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780) gehen beispielsweise implizit davon aus, dass für § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 185 StGB (Beleidigung) die Beweiserleichterung nicht gilt.

nachteiliger Ausgestaltungsvorschriften vom AGG auf andere Ansprüche nicht in Betracht, da allgemeine Vorschriften durch das AGG ausdrücklich unberührt bleiben sollen.²⁵⁴ Nimmt man diesen Grundsatz ernst, so muss das gesamte Regime der Anspruchsgrundlage erhalten bleiben. Die allgemeinen Ansprüche dürfen also nicht unter Belassung der Anspruchsgrundlage „ausgehöhlt“ werden. Außerdem gilt sowohl für nachteilige als auch für vorteilhafte Ausgestaltungsvorschriften, dass der Gesetzgeber mit dem AGG ein System geschaffen hat, in dem die Ausgestaltungsvorschriften aufeinander abgestimmt sind. Beispielsweise wird die erhebliche Beweiserleichterung durch eine kurze Frist ausgeglichen. Werden nun einzelne Vorschriften auch auf allgemeine Anspruchsgrundlagen angewandt, so wird das ausgewogene System durchbrochen. Daher können die Ausgestaltungsvorschriften des AGG nicht auf allgemeine Anspruchsgrundlagen übertragen werden.

IV. Übertragbarkeit der Grundsätze zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht auf das AGG?

1. Der Rahmen der Fragestellung

Die Ansprüche aus dem AGG und die Grundsätze der Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht weisen die Gemeinsamkeit auf, dass es in beiden Fällen (auch) um einen zivilrechtlichen Ehrschutz geht. Die Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht schützt auch in gewissem Umfang vor Diskriminierungen und so liegt der Gedanke nahe, für das neue AGG auf Prinzipien, die die Rechtsordnung schon vorher zum Schutz gegen Diskriminierung bereitstellte, aufzubauen. Auch die Rechtsfolgenkategorien Beseitigung, Unterlassung und Schadensersatz für materielle und immaterielle Schäden sind für das AGG und Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (§ 823 Abs. 1 BGB, ggf. i. V. m. § 1004 BGB analog) identisch. Eine immer wiederkehrende Frage ist daher, in welchem Umfang Grundsätze aus der Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht auf die Ansprüche aus dem AGG übertragen werden können.

Es muss jedoch stets berücksichtigt werden, dass mit dem AGG eine ausdrückliche gesetzliche Regelung vorliegt und das AGG in seinen Zielen weit über den bloßen Ehrschutz hinausgeht. Außerdem bestehen teilweise bindende Vorgaben der Richtlinien. Die Ausgangssituation stellt sich also anders dar als bei der Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht, bei der die Gerichte eine Vielzahl von Rege-

²⁵⁴ So § 21 Abs. 3 AGG ausdrücklich für deliktsrechtliche Ansprüche, es ist aber, wie oben erläutert, nicht ersichtlich, warum dies nicht auch für andere Ansprüche gelten sollte.

lungslücken überwinden mussten und stets dem Vorwurf ausgesetzt waren, Ersatzgesetzgeber zu spielen und Auslegungen contra legem vorzunehmen.²⁵⁵

Zugespitzt kann man formulieren, es gibt zwei verschiedene AGG-Konzepte: Nach dem ersten Konzept ist das AGG möglichst nahe an die Grundsätze zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht anzulehnen, nach dem zweiten Konzept besteht eine völlig unterschiedliche Regelungssituation und Prinzipien aus der Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht können daher nicht übernommen werden. Es erscheint zunächst so, dass das erste Konzept der deutschen Rechtsprechungstradition folgt, das zweite Konzept dagegen die Schaffung eines spezifischen Antidiskriminierungsrechts auf Grundlage der europäischen Richtlinien betont. Im Folgenden wird aufgezeigt, dass keinesfalls ein Konflikt zwischen einer systematischen deutschen Interpretation und einer europarechtsorientierten Interpretation besteht. Denn die Übernahme von Grundsätzen aus der Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht ist nicht nur mit dem Europarecht unvereinbar, sondern auch aus rein nationaler Sicht systemwidrig, unpassend und abzulehnen.

Zwar ist die Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht überaus vielschichtig, ihr liegen jedoch die folgenden wesentlichen Grundsätze zugrunde²⁵⁶: 1. ein Anspruch auf Ersatz immateriellen Schadens besteht nur bei besonders schwerwiegenden Verletzungen; 2. der Anspruch ist subsidiär, d. h. die Beeinträchtigung darf nicht auch ohne den Anspruch bereits hinreichend ausgeglichen sein; 3. Bemessungsfaktoren für die Höhe des Ersatzes sind die Genugtuung des Opfers, die Intensität der Verletzung und Präventionsaspekte, wobei die Genugtuung des Opfers im Vordergrund steht.²⁵⁷ Es geht in diesem Abschnitt gerade um diese von der Rechtsprechung entwickelten *speziellen* Grundsätze zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht, nicht um die Übertragung allgemeiner Grundsätze, die generell im Rahmen der §§ 1004, 823 Abs. 1 und 2 BGB aufgestellt wurden.

2. Europarecht: Unzulässigkeit einer Übernahme

Nach der Richtlinie 2000/43/EG ist ein Schadensersatzanspruch – und damit auch ein Anspruch auf Ersatz immaterieller Schäden – nicht erforderlich, solange die anderen allgemeinen Mindestanforderungen durch das nationale Sanktionensystem gewahrt

²⁵⁵ Dies spricht das Bundesverfassungsgericht in BVerfG NJW 2006, 3409 an und es begründet, warum gerade keine unzulässige richterliche Rechtsfortbildung contra legem vorliegt.

²⁵⁶ Vgl. BGHZ 26, 349; BGHZ 35, 363; BGHZ 39, 124; BVerfGE 34, 269; BVerfGE 119, 1.

²⁵⁷ Die drei Merkmale unterscheiden sich in systematischer Sicht. Genugtuung und Prävention sind Ziele des Gesetzes, die Intensität ist dagegen ein Merkmal der Verletzung und ein wichtiger Faktor, welche Bemessung zur Erreichung der Ziele Genugtuung und Prävention erforderlich ist.

werden. Das deutsche System stellt aber nur auf Einhaltungsansprüche und Schadensersatzansprüche ab. Da von Einhaltungsansprüchen eine Steuerungswirkung nur in ganz engen Grenzen ausgeht, da sie lediglich für die Zukunft wirken, wirkt verhaltenssteuernd hauptsächlich die Aussicht, für vergangenes Verhalten Schadensersatz leisten zu müssen. Da im Bereich der Diskriminierung der immaterielle Schaden durch Ehrbeeinträchtigungen im Vergleich zu den materiellen Schadenspositionen (die in vielen Fällen sehr gering ausfallen dürften) eine große Bedeutung hat, ist jedoch für das deutsche System eine den europäischen Mindestanforderungen genügende Lösung ohne einen Anspruch auf Ersatz immateriellen Schadens nicht denkbar.

All dies gilt auch für die Richtlinie 2004/113/EG, die darüber hinaus ausdrücklich Schadensersatz mit wirksamem Schadensausgleich vorsieht (Art. 8 Abs. 2). Dies setzt ersichtlich voraus, dass nicht die wichtige Schadensposition der immateriellen Ehrbeeinträchtigung völlig unberücksichtigt bleibt. Dies bedeutet auch, dass der Anspruch aufgrund seiner europarechtlichen Gebotenheit im konkreten deutschen System nicht beliebig ausgestaltet oder erheblich eingeschränkt werden darf. Wie im folgenden Abschnitt gezeigt wird, bedeutet die Anwendung der Grundsätze zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht eine ganz erhebliche Einschränkung der Pflicht zum Ersatz immateriellen Schadens. Bei Anwendung dieser Grundsätze werden die deutschen Rechtsfolgen den europarechtlichen Mindestanforderungen an die Wirksamkeit nicht gerecht.²⁵⁸

Außerdem widerspricht die Übernahme der Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht dem Äquivalenzgrundsatz. Vergleichsmaßstab können hier nicht die Ansprüche wegen Diskriminierung nach der Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht sein, da keine Vergleichbarkeit vorliegt. Zwar sind die Anspruchsgründe in tatsächlicher Sicht ähnlich, der rechtliche Rahmen ist jedoch aufgrund der Tatsache, dass mit dem AGG der Gesetzgeber ausdrücklich einen Schutz vorsieht und keine bloße Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung vorliegt, wie im folgenden Abschnitt dargestellt, völlig unterschiedlich. Sinnvoller Vergleichsmaßstab muss daher Schadensersatz für andere, *ausdrücklich durch immaterielle Schadensersatzpflichten geschützte* höchstpersönliche Rechtsgüter sein, im Ergebnis also die in § 253 Abs. 2 BGB genannten. Bei allen diesen ist die Ersatzpflicht aber nicht von einem

²⁵⁸ So auch Kossak, Rechtsfolgen, S. 212.

besonders schwerwiegenden Charakter der Verletzung abhängig²⁵⁹ und die Ansprüche sind auch nicht subsidiär.

3. Deutsches Recht: Systemwidrigkeit einer Übernahme

Die Gesetzeslage, vor deren Hintergrund die Grundsätze zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht entwickelt wurden, war durch vier Hürden gekennzeichnet, die die Rechtsprechung überwinden musste. Schließlich ist weder das allgemeine Persönlichkeitsrecht im BGB ausdrücklich erwähnt (1. Hürde), noch ein Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch für „sonstige Rechte“ (2. Hürde), noch ein Anspruch auf immateriellen Schadensersatz für Verletzungen des Persönlichkeitsrechts (3. Hürde) und auch die Bemessung des Schadensersatzes mit der Berücksichtigung präventiver Faktoren (4. Hürde) weicht von den üblichen Grundsätzen ab. Hürden bestanden also sowohl bezüglich zivilrechtlicher Ansprüche insgesamt, noch stärker aber für immaterielle Schadensersatzansprüche, und die Rechtsprechung war dem Vorwurf ausgesetzt, durch eine Rechtsfortbildung contra legem gegen das Rechtsstaatsprinzip zu verstoßen.²⁶⁰

Die Gewährung von Ansprüchen, insbesondere auf immateriellen Schadensersatz mit Präventivfunktion, war daher ein mutiger Schritt. Einschränkungen des Anspruchs sind vor diesem gesetzlichen Hintergrund gut verständlich, schließlich stellt die Anerkennung des Anspruchs bereits eine erheblich über das geschriebene Gesetz hinausgehende Erweiterung des Rechtsschutzes dar. Mit dem AGG besteht nun hingegen ein völlig anderer gesetzlicher Hintergrund, da Ansprüche auf Ersatz des immateriellen Schadens ausdrücklich geregelt sind (§ 21 Abs. 2 S. 3 AGG). Außerdem setzt für das Diskriminierungsmerkmal Geschlecht Richtlinie 2004/113/EG Ansprüche auf Ersatz sowohl des materiellen als auch des immateriellen Schadens voraus.²⁶¹ Man könnte sagen, die rechtserweiternden Elemente der Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht sind gesetzliche Selbstverständlichkeit geworden; was bleibt bei einer Übernahme der Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht sind die Einschränkungen der Rechtspositionen. Diese Einschränkungen stellen nun aber keinen Ausgleich zu erheblichen Erweiterungen durch die Rechtsprechung dar. Dass im Rahmen einer mutigen, aber vorsichtigen richterlichen Rechtsfortbildung entwickelte

²⁵⁹ Es besteht eine Bagatellgrenze für nur kurzfristige und unerhebliche Beeinträchtigungen (vgl. BGH NJW 92, 1043; BGHZ 122, 363). Eine Bagatellgrenze unterscheidet sich jedoch ganz erheblich von dem Erfordernis einer schwerwiegenden Verletzung und gegen sie sind keine europarechtlichen Bedenken ersichtlich.

²⁶⁰ BVerfG NJW 2006, 3409 begründet, dass gerade keine unzulässige richterliche Rechtsfortbildung contra legem vorliegt.

²⁶¹ Siehe oben 2. Teil, B. III. 3.

Grundsätze einfach für die Auslegung klarer gesetzlicher Regelungen herangezogen werden, ist daher systematisch verfehlt.

Auch werden in den Entscheidungen zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht stets die Presse-²⁶², Meinungs-²⁶³ und Kunstfreiheit²⁶⁴ der Anspruchsgegner betont und die einschränkenden Grundsätze tragen diesen Freiheiten Rechnung. Im Fall des AGG steht aufseiten des Benachteiligten jedoch keines dieser besonders geschützten und für die Demokratie grundlegenden Interessen, sondern die „nur“ durch die allgemeine Handlungsfreiheit geschützte Vertragsfreiheit.²⁶⁵

Hinzu kommt, dass bei einer konsequenten Anwendung der Einschränkungen der Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht dem Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens kaum eigenes Gewicht bleibt, da dann ja auch stets ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Persönlichkeitsrechtsverletzung gegeben wäre. Zwar geht beispielsweise die Beweiserleichterung des § 22 AGG über § 823 Abs. 1 BGB hinaus, es ist aber kaum wahrscheinlich, dass der Gesetzgeber durch das AGG und speziell die Vorschrift des § 21 Abs. 2 S. 3 AGG nur die Beweislast bei Ansprüchen auf immateriellen Schadensersatz ändern wollte, hingegen den Anwendungsbereich und den Umfang von immateriellen Schadensersatzpflichten völlig unangetastet lassen wollte.

4. Schlussfolgerung

Es stellt sich die Frage, ob die dargestellten Überlegungen bereits bei der Auslegung des AGG berücksichtigt werden können oder ob sie lediglich Relevanz de lege ferenda besitzen. Zunächst ist festzustellen, dass die Übernahme der Rechtsprechungsgrundsätze zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht sich nicht aus dem Wortlaut ergibt, da dieser völlig unergiebig ist, und auch systematische und teleologische Argumente sprechen, wie gezeigt, stark gegen sie. Einzig die Gesetzesbegründung spricht ausdrücklich für die Übernahme.²⁶⁶ Ihr sollte jedoch insofern keine erhebliche Bedeutung zugemessen werden, da keine im Gesetzgebungsverfahren klar diskutierte, grundlegende gesetzgeberische Wertentscheidung vorliegt, sondern vielmehr ein technisches Ausgestaltungsdetail, über das sich der Gesetzgeber wahrscheinlich keine großen Gedanken gemacht hat. Vielmehr lag die Übertragung bestehender deutscher Grundsätze auf den ersten Blick so nahe, dass viel dafür spricht, dass der Verweis auf die

²⁶² BVerfGE 34, 269.

²⁶³ BVerfG NJW 2010, 1587.

²⁶⁴ BVerfGE 119, 1.

²⁶⁵ So auch Kossak, Rechtsfolgen, S. 210 f.

²⁶⁶ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 46.

Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht nicht nach langer bewusster Abwägung aufgenommen wurde, sondern dass davon ausgegangen wurde, dass die Übertragung passen würde und die Übernahme bekannter Grundsätze die Rechtsanwendung erleichtern würde.

Da, wie gezeigt, also die Rechtsfolgen bereits in keiner Weise vergleichbar sind, ist auch klar, dass die teilweise vertretene Ansicht unzutreffend ist, Deutschland habe kein Gleichbehandlungsgesetz schaffen müssen, sondern allgemeine Generalklauseln (§§ 138, 242 BGB) und die Rechtsprechung zu Abwehr- und Schadensersatzansprüchen bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts seien bereits ausreichend zum Schutz vor Diskriminierungen.²⁶⁷

C. Individuelle zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung und ihre Rechtsfolgen

Der Gesetzgeber des AGG setzt auf zivilrechtliche individuelle Rechtsdurchsetzung und hat sich für Beseitigungs-, Unterlassungs- sowie Schadensersatzansprüche entschieden.²⁶⁸

I. Gemeinsame Fragestellungen

1. Inhaber der Ansprüche

Im AGG ist der „Benachteiligte“ nach dem Wortlaut aller Anspruchsgrundlagen der Anspruchsberechtigte. „Benachteiligter“ wird dabei als Vertragspartner oder Vertragsinteressent verstanden.²⁶⁹ Hier besteht ein systematischer Zusammenhang zu dem Prinzip, dass die §§ 19 ff. AGG auf Benachteiligungen „bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse“ anwendbar sind (§ 19 Abs. 1 AGG). Keine Ansprüche hat daher eine Person, deren Ehre aufgrund eines der Merkmale beeinträchtigt wird, ohne dass sie selbst Vertragsinteressent wäre. So stehen beispielsweise einem Behinderten keine Ansprüche gegen einen Geschäftsinhaber zu, der durch ein Schild den Eintritt von Rollstuhlfahrern verbietet, sofern die behin-

²⁶⁷ Für den ausreichenden Charakter der Generalklauseln und der Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht Picker, Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm?, JZ 2003, 540; von Koppenfels, Das Ende der Vertragsfreiheit?, WM 2002, 1489. Zur Unvereinbarkeit dieser Ansicht mit Europarecht Armbrüster, Antidiskriminierungsgesetz – ein neuer Anlauf, ZRP 2005, 41, 41; MünchKomm/Thüsing, § 21 AGG, Rn. 4.

²⁶⁸ Teilweise wird von einem „Sanktionenkatalog“ gesprochen, Kossak, Rechtsfolgen, S. 107. Diese Arbeit vermeidet den Begriff, da er eine reichhaltige Auswahl attraktiver Rechtsfolgen nahelegt und dies mit den Schlussfolgerungen dieser Arbeit nicht übereinstimmt.

²⁶⁹ MünchKomm/Thüsing, § 19 AGG, Rn. 131.

derte Person nicht in diesem Laden einkaufen bzw. sich über Einkaufsmöglichkeiten informieren möchte.

Vereinzelt findet sich in der Literatur eine Aufweichung dieses Prinzips. Beispielsweise wird argumentiert, dass bei einer Zeitungsanzeige mit einer diskriminierenden *invitatio ad offerendum* zwei Klagemöglichkeiten in Betracht kommen: zum einen die Klage auf Abschluss eines Vertrags, zum anderen – gerade für den Fall, dass der Kläger kein Interesse an einem Vertragsabschluss hat – auf Rücknahme der diskriminierenden Zeitungsanzeige.²⁷⁰ Das Interesse des Klägers, sich gegen die öffentliche Demütigung zu wehren, sei durch die weiten Schutzziele des AGG erfasst.²⁷¹ Eine solche Rechtslage mag zwar möglicherweise wünschenswert sein, aus einer Auslegung des AGG ergibt sich aber kein Anspruch des am Vertragsschluss in keiner Weise Interessierten auf Rücknahme einer Zeitungsanzeige. Wie gezeigt, ist die Verknüpfung mit privatrechtlichen Schuldverhältnissen eines der Grundprinzipien des allgemeinen zivilrechtlichen Teils des AGG und die wesentliche Eingrenzung seines Anwendungsfeldes.

2. Anspruchsgegner und Beteiligung von Hilfspersonen

Obwohl es sich nicht zwingend aus dem Gesetzeswortlaut ergibt, ist aufgrund der klaren Ausführungen in Richtlinie 2004/113/EG²⁷² und der Gesetzesbegründung²⁷³ davon auszugehen, dass sich das Diskriminierungsverbot nur an den Anbieter der Waren oder Dienstleistungen richtet, nicht aber an den nachfragenden Kunden. Anbieter ist dabei in der Grundkonstellation derjenige, der selbst den Vertrag abgeschlossen hat oder abzuschließen beabsichtigt (dieser Leistungserbringer wird auch im Folgenden als Anbieter bezeichnet). Zieht der Anbieter Hilfspersonen hinzu, wird die Frage nach dem Anspruchsgegner komplizierter.

Bei der Beteiligung von Hilfspersonen bei Vertragsanbahnung und Vertragsschluss stellen sich dabei Zurechnungsfragen und „Ausdehnungsfragen“. Während durch Zurechnung von Verhalten die Haftung des Anbieters auf diskriminierendes Verhalten von Hilfspersonen ausgedehnt wird, wird durch eine Ausdehnung der Haftung ein Anspruch gegen die Hilfsperson selbst gegeben. Dabei könnte man zunächst denken, dass diese beiden Möglichkeiten nur alternativ in Betracht kommen. Es ist jedoch kein Grund ersichtlich, warum nicht Ansprüche sowohl gegen die Hilfsperson als auch gegen den dahinter stehenden (intendierten) Vertragspartner möglich sein soll-

²⁷⁰ Kossak, Rechtsfolgen, S. 112 f.

²⁷¹ Kossak, Rechtsfolgen, S. 113.

²⁷² Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2004/113/EG.

²⁷³ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780 S. 3, 41 ff.

ten: So kann für Schadensersatzansprüche unproblematisch eine Gesamtschuld angenommen werden²⁷⁴ und für Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche ist auch eine Haftung von unmittelbarem Störer und mittelbarem Störer zugleich anerkannt.²⁷⁵

Außerdem zeigt auch die Regelung in § 3 Abs. 5 AGG, nach der auch die Anweisung zur Benachteiligung eine Benachteiligung darstellt, dass der Gesetzgeber eine gleichzeitige Haftung mehrerer für möglich hält. Aus dem Wortlaut ergibt sich nämlich in keiner Weise, dass in dieser Situation derjenige, der selbst die Benachteiligung vornimmt (§ 3 Abs. 1 oder 2 AGG) und damit den Tatbestand des § 19 AGG erfüllt, der Haftung entgehen soll. Die Haftung des Anweisenden soll nicht die Haftung des unmittelbar Handelnden ersetzen, sondern neben sie treten. Somit muss statt einer Alternativentscheidung gefragt werden, für welche Konstellationen sich aus Gesetz und Gesetzesauslegung eine Haftung ergibt. Das AGG selbst behandelt dies nur für die Anweisungskonstellation nach § 3 Abs. 5 AGG, bei der der Anweisende (und bei tatsächlicher Ausführung auch der Angewiesene) selbst den Tatbestand erfüllt und daher rechtstechnisch keine Zurechnung erforderlich ist.

Wie oben gezeigt,²⁷⁶ können die AGG-Ansprüche nicht leicht in die dem BGB in vielen Fällen zugrunde liegende Unterscheidung von (quasi-)vertraglichen und deliktischen Ansprüchen eingeordnet werden. Vielmehr sind die Pflichten und Ansprüche zwar zum einen vertraglichen bzw. vertragsähnlichen Ansprüchen vergleichbar, sie gehen jedoch auch hierüber hinaus und tragen daher als außervertragliche Ansprüche in gewissem Umfang auch dem Deliktsrecht eigene Züge.²⁷⁷

Wie ebenfalls gezeigt, können Vorschriften des BGB für bestehende Schuldverhältnisse nur in den Fällen auf die Ansprüche aus dem AGG angewendet werden, in denen bereits ein vertragliches oder vorvertragliches Schuldverhältnis besteht. Für eine Zurechnung bei Schadensersatzansprüchen kann daher in diesen Fällen § 278 BGB (ggf. analog)²⁷⁸ herangezogen werden.²⁷⁹ Besteht noch kein vorvertragliches

²⁷⁴ So auch nach der Konzeption des BGB für die deliktische Haftung, wenn mehrere Personen haften (§ 840 Abs. 1 BGB).

²⁷⁵ BGHZ 49, 340 für § 1004 BGB.

²⁷⁶ Siehe 3. Teil, B. II.

²⁷⁷ Dies ist besonders auch für die Eigenhaftung der Hilfsperson von Bedeutung, da im Vertragsrecht ein Durchgriff auf die Hilfsperson nur unter sehr engen Voraussetzungen möglich ist (vgl. § 311 Abs. 3 BGB).

²⁷⁸ Auch eine Zurechnung der Pflichtverletzung der Hilfsperson kann über eine analoge Anwendung des § 278 BGB erfolgen (zur Vergleichbarkeit der Interessenlage MünchKomm/Thüsing, § 21 AGG, Rn. 52). Daher scheidet eine Anwendung von § 278 BGB auch nicht bei einer verschuldensunabhängigen Ausgestaltung der Schadensersatzansprüche aus. Eine Unanwendbarkeit in diesem Fall wäre auch völlig systemwidrig, da die Verschuldensunabhängigkeit ja die Rechtslage des Benachteiligten verbessern soll.

Schuldverhältnis, so haftet der Anbieter nur, wenn die Hilfsperson Verrichtungsgehilfe i. S. d. § 831 BGB ist.

Hinsichtlich der Frage, ob eine Eigenhaftung der Hilfsperson gegeben ist, muss der Wortlaut des § 21 („Der Benachteiligende“) berücksichtigt werden. Außerdem kann auf den Grundsatz aus dem Deliktsrecht zurückgegriffen werden, dass grundsätzlich alle Verletzer nebeneinander haften und beispielsweise eine Haftung des Arbeitgebers aus § 831 BGB den Arbeitnehmer nicht von seiner Haftung aus § 823 BGB befreit.²⁸⁰ Eine Haftung beider setzt freilich voraus, dass man die Hilfsperson auch als Adressaten der Vorschriften der §§ 19 ff. AGG ansieht und diese nicht als Handlungsvorgaben nur für den Anbieter der Leistungen ansieht.²⁸¹ Hierfür kann mit dem weiten und unpersönlichen Wortlaut der Vorschriften argumentiert werden. § 19 und § 21 Abs. 1 AGG sind passivisch formuliert und legen daher eine Anwendung auf alle an der Benachteiligung Beteiligten nahe,²⁸² § 21 Abs. 2 AGG nennt sogar den „Benachteiligenden“ und nicht etwa den „Anbieter“ als zum Schadensersatz Verpflichteten.

Für Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche wird aufgrund des ähnlichen Wortlautes mit § 1004 BGB (obwohl § 21 Abs. 1 AGG das Wort „Störer“ nicht enthält) und der Gesetzeskonzeption von der Literatur in der Regel auf den von der Rechtsprechung entwickelten Störerbegriff zurückgegriffen.²⁸³ Hier bestehen keine Bedenken, die gegen eine Übertragung dieser allgemeinen Prinzipien auf das Feld des Antidiskriminierungsrechts sprächen. Durch den Störerbegriff wird sowohl unter bestimmten Voraussetzungen eine Zurechnung ermöglicht (Konzept des „mittelbaren Handlungsstörers“²⁸⁴) als auch eine Ausdehnung auf Ansprüche gegen den unmittelbar Handelnden (als unmittelbarer Handlungsstörer).

Nach hier vertretener Ansicht wird hierdurch jedoch der auch-vertragliche Charakter der Ansprüche in den Fällen nicht ausreichend beachtet, in denen ein Schuldverhältnis besteht. Wie oben gezeigt, betrifft der vertragliche Charakter auch nicht nur die den Anspruch auf Schadensersatz, sondern genauso den Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch. Diese sind zwar in der Formulierung klar an § 1004 BGB angelehnt, sie weisen jedoch auch eine große Nähe zum (in großem Umfang ungeschriebenen)

²⁷⁹ So auch Däubler/Bertzbach/Deinert, § 21 AGG, Rn. 19.

²⁸⁰ Vgl. die ausdrückliche Regelung in § 840 Abs. 2 BGB.

²⁸¹ So MünchKomm/Thüsing, § 3 AGG, Rn. 83, der Ansprüche aus dem AGG gegenüber der Hilfsperson für unmöglich hält. Ebenso hat das LG Aachen eine Klage auf Schadensersatz gegen einen Wohnungsverwalter mit der Begründung abgewiesen, dieser sei nicht passivlegitimiert, da ein Anspruch nur gegen den Eigentümer als intendierten Vertragspartner bestehen könne (LG Aachen, NZM 2009, 318).

²⁸² So im Ergebnis auch Kossak, Rechtsfolgen, S. 70 ff.

²⁸³ MünchKomm/Thüsing, § 21 AGG, Rn. 12, 13 mit weiteren Nachweisen.

²⁸⁴ Vgl. BGHZ 144, 200 zu § 1004 BGB.

Anspruch auf Einhaltung vertraglicher Pflichten auf. Im Vertragsrecht ist anerkannt, dass § 278 BGB nicht nur die Zurechnung von Vertretenmüssen ermöglicht, sondern implizit bzw. analog auch die Zurechnung von Pflichtverletzungen (insbesondere im Rahmen des § 280 BGB) regelt. Zwar wird die Zurechnung von Pflichtverletzungen in erster Linie im Zusammenhang mit Schadensersatzansprüchen thematisiert, Pflichtverletzungen und damit auch ihrer Zurechnung kommt jedoch auch bei der Geltendmachung von vertraglichen Primäransprüchen Bedeutung zu.²⁸⁵ Auch wenn die Einhaltung von Rücksichtnahmepflichten i. S. d. § 241 Abs. 2 BGB in besonderen Fällen eingeklagt werden kann,²⁸⁶ so ist nicht ersichtlich, warum dann nicht ebenfalls implizit bzw. analog auf § 278 BGB zurückgegriffen werden können sollte. Gegenstück und Interpretationsgrundlage des Anspruchs aus § 21 Abs. 1 AGG sind also nicht nur Ansprüche aus § 1004 BGB, sondern auch vertragliche Einhaltungsansprüche.

Daher kann auch für den Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch in Fällen, in denen bereits ein vertragliches oder vorvertragliches Schuldverhältnis besteht, bei Erfüllungsgehilfen stets eine Handlungszurechnung analog § 278 BGB erfolgen. Besteht noch kein Schuldverhältnis, so richtet sich die Zurechnung nach den Störergrundsätzen. Diese Lösung trägt nicht nur dem vertraglichen Charakter der Ansprüche Rechnung, sondern führt zu Rechtsklarheit und zu einer Parallelität der Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche auf der einen Seite und der Schadensersatzansprüche auf der anderen Seite, die nicht nur systematisch Sinn macht, sondern auch im Gesetz eindeutig angelegt ist. Die so gefundene weite Zurechnungslösung für Fälle, in denen bereits ein Schuldverhältnis besteht, belastet den Anspruchsgegner auch nicht unbillig, da ja nur ein Anspruch auf Beseitigung und Unterlassen in Frage steht und bei dem viel weiter reichenden Schadensersatzanspruch eine Zurechnung in diesen Fällen über § 278 BGB praktisch unbestritten akzeptiert wird.

Wie oben in diesem Abschnitt dargelegt, bestehen Ansprüche aus dem AGG grundsätzlich auch gegenüber dem unmittelbar Handelnden. Ein Anspruch auf Schadensersatz kann beispielsweise auch gegenüber dem unmittelbar Handelnden geltend gemacht werden. Ein Anspruch auf Abschluss eines Vertrags besteht dagegen nicht (als

²⁸⁵ § 541 BGB enthält beispielsweise einen ausdrücklichen Unterlassungsanspruch für das Mietrecht. Nach Palandt/Weidenkaff, § 541 BGB, Rn. 6, muss sich der Mieter auch für Personen verantworten, denen er die Mietsache überlassen hat.

²⁸⁶ Ob und wann diese selbstständig eingeklagt werden können (und nicht lediglich ein Anspruch auf Schadensersatz besteht) ist sehr strittig, vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, S. 257 f.

Unterfall eines Beseitigungsanspruchs bzw. Unterlassungsanspruchs),²⁸⁷ da auch ohne die Diskriminierung kein Vertrag mit der Hilfsperson abgeschlossen worden wäre.

3. Die Fristgebundenheit der Geltendmachung

Nach § 21 Abs. 5 AGG müssen die Ansprüche innerhalb einer Frist von zwei Monaten geltend gemacht werden. In den Richtlinien heißt es zwar, nationale Fristenregelungen blieben durch die Anforderungen der Richtlinien an effektiven Rechtsschutz unberührt (Art. 7 Abs. 3 Richtlinie 2000/43/EG; Art. 8 Abs. 4 Richtlinie 2004/113/EG). Dies ermöglicht jedoch, wie im europarechtlichen Teil der Arbeit beschrieben, nicht jede beliebige nationale Fristenregelung, sondern bedeutet lediglich, dass keine *spezifische* unionsrechtliche Anforderung an Fristen gestellt wird. Die Regelung von Fristen ist vielmehr als Verfahrensfrage Sache des nationalen Gesetzgebers, der dabei – wie bei grundsätzlich allem Verfahrensrecht zur Durchsetzung europarechtlicher Rechtspositionen bzw. bei allen Ausgestaltungsvorschriften europarechtlicher Rechtspositionen – an die Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität der Durchsetzung des Unionsrechts gebunden ist.²⁸⁸ Wie gezeigt, darf nach Letzterem die Rechtsverfolgung nicht praktisch unmöglich werden, nach Ersterem dürfen Verfahrensvorschriften im Bereich europarechtlich determinierter Rechte nicht ungünstiger sein als im Bereich autonom national verbürgter Rechte.²⁸⁹

Besonders kritisch erscheint die Frist angesichts des Äquivalenzgrundsatzes, da in der Regel Klagen nach deutschem Zivilrecht bis zum Ablauf der Verjährungsfrist geltend gemacht werden können und diese erheblich länger ist.²⁹⁰ In seinem Urteil Bulicke hat sich der EuGH mit der Zulässigkeit der arbeitsrechtlichen Zweimonatsfrist in § 15 Abs. 4 AGG auseinandergesetzt und entschieden, es sei eine Frage des nationalen Rechts, die vom nationalen Gericht geprüft werden müsse, ob die Zweitmonatsfrist ungünstiger sei als die Frist für vergleichbare rein nationale Rechtsbehelfe. Dabei unterscheidet sich die Situation im Arbeitsrecht in Deutschland von der im allgemei-

²⁸⁷ Siehe hierzu unten 3. Teil, C. II. 4.

²⁸⁸ Vgl. EuGH, Bulicke, Rs. C-246/09, 08.07.2010, Rn. 25 gerade für den Fall der Fristenregelungen für die Geltendmachung von Verstößen gegen privatrechtliche Diskriminierungsverbote.

²⁸⁹ Vgl. insbesondere Urteile des EuGH, Unibet, Rs. C-432/05, 13.03.2007, Rn. 43 und van der Weerd et al., Rs. C-222/05 bis C-225/05, 07.07.2007, Rn. 28 und die dort angeführte Rechtsprechung, sowie Kempster, Rs. C-2/06, 12.02.2008, Rn. 57.

²⁹⁰ Dass die Verjährung als Einrede ausgestaltet ist, die Frist des § 21 Abs. 5 AGG hingegen eine gesetzliche Ausschlussfrist darstellt (Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 47), spielt wegen der wesentlichen funktionalen Gleichwertigkeit keine Rolle.

nen Zivilrecht, da kurze Klagefristen im Arbeitsrecht nicht unbekannt sind, insbesondere die Dreiwochenfrist bei der Kündigungsschutzklage.²⁹¹

Schwierig ist die Bestimmung der Vergleichsgruppe ähnlicher, rein national verbürgter Ansprüche.²⁹² Stellt man auf alle zivilrechtlichen Ansprüche insgesamt ab,²⁹³ so ist eine kurze Frist ein klarer Ausnahmefall. Auch Ansprüche bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder Ansprüche wegen Diskriminierung aus § 826 BGB²⁹⁴ fallen unter die Regelverjährung. Zwar ist, wie oben dargestellt, die Gruppe der Diskriminierungsansprüche aus allgemeinem Zivilrecht nicht die einschlägige Vergleichsgruppe, da zwar am gleichen *tatsächlichen* Sachverhalt angeknüpft wird, die tatbestandlichen Voraussetzungen der Vorschriften jedoch viel strikter sind und insbesondere der Kläger auch die volle Beweislast trägt, sodass der *rechtliche* Charakter der Ansprüche sich erheblich unterscheidet, die Ansprüche also nicht wirklich den Ansprüchen aus dem AGG vergleichbar sind.²⁹⁵ Hier kommt man jedoch zum gleichen Ergebnis – nämlich dem extremen Ausnahmecharakter einer kurzen Frist – wenn man alle Deliktsansprüche betrachtet oder sogar deliktsrechtliche und vertragliche Ansprüche zusammen.²⁹⁶

Anders sieht es jedoch aus, wenn man die Vielzahl der durch das AGG geregelten Konstellationen betrachtet, die eine überschießende Umsetzung der Richtlinien darstellen und daher autonom national begründete Rechtspositionen schaffen, da für diese ebenfalls die Frist von zwei Monaten gilt. Für diese Vergleichsgruppe spricht, dass die Ähnlichkeit der Klagen natürlich erheblich größer ist.²⁹⁷ Auf der anderen

²⁹¹ § 4 KSchG. Auf diese weist auch EuGH, Bulicke, Rs. C-246/09, 08.07.2010, Rn. 31 hin.

²⁹² Nach der Rechtsprechung ist eine wertende Entscheidung nach Gegenstand und Merkmalen der Rechtsbehelfe erforderlich (EuGH, Bulicke, Rs. C-246/09, 08.07.2010, Rn. 28 mit Verweis auf die Urteile Levez, Rs. C-326/96, 01.12.1998, Rn. 43 und Pontin, Rs. C-63/08, 29.10.2009, Rn. 45). Zu diesem Problem auch oben 3. Teil, B. IV. 2. für die Frage, ob die Grundsätze der Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht auf das AGG angewendet werden können.

²⁹³ Jedenfalls für das Arbeitsrecht kann (oder sogar muss) allerdings die Vergleichsgruppe kleiner sein als alle arbeitsrechtlichen Ansprüche und kann wohl nicht über arbeitsrechtliche Ansprüche hinausgehen (so jedenfalls der Tenor Ziff. 1 und Rn. 34 im Urteil Bulicke, Rs. C-246/09, 28.08.2010).

²⁹⁴ Röttgen, Der zivilrechtliche Schutz vor Diskriminierung und seine verfahrensrechtliche Gewährleistung, S. 171, argumentiert für alle deliktsrechtlichen Ansprüche oder für die deliktsrechtlichen Ansprüche wegen Diskriminierung als Vergleichsgruppe.

²⁹⁵ Hier ergibt sich eine Wechselwirkung zur Argumentation zur möglichen Anwendbarkeit von der Beweiserleichterung des § 22 AGG auch auf Ansprüche außerhalb des AGG (siehe hierzu 3. Teil, B. III.). Nimmt man diese an, so ebnet man gleichzeitig den Hauptunterschied zwischen beiden Regimen ein, so dass mehr für eine Vergleichbarkeit spricht.

²⁹⁶ So gilt beispielsweise im Kaufrecht in bestimmten Fällen eine verkürzte Frist, siehe z. B. die 2-Jahres-Frist in § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB, die aber auch noch deutlich länger als die im AGG vorgesehene ist.

²⁹⁷ Hiervon geht wohl auch OLG Hamm, Urteil vom 12.01.2011, 20 U 102/10, I-20 U 102/10 (abrufbar in iuris) aus, das die Frist für europarechtskonform hält, aber die Formulierung wählt, es habe vor Erlass des AGG überhaupt keine vergleichbaren nationalen Vorschriften gegeben (Rn. 49 f.).

Seite sollte durch eine gewisse Ausdehnung der Richtlinien kaum die Möglichkeit geschaffen werden können, praktisch alle Verfahrensgrundsätze des übrigen nationalen Rechts unberücksichtigt zu lassen.

Jedenfalls müsste ein sehr guter Grund ersichtlich sein, warum Diskriminierungsklagen eine viel kürzere Frist erfordern oder jedenfalls rechtfertigen als andere Ansprüche, insbesondere die doch recht ähnlichen deliktsrechtlichen Tatbestände bzw. vertraglichen Ansprüche insgesamt. Sowohl die Diskriminierungs- als auch die Deliktstatbestände oder allgemeinen vertraglichen Ansprüchen erfassen jeweils so viele unterschiedliche tatsächliche Fallgestaltungen, dass kein genereller Schluss möglich ist, dass Beweisschwierigkeit, Rechtssicherheit²⁹⁸ und andere Faktoren eine kurze Frist gerade bei Diskriminierungsklagen erforderlich machen.

II. Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche

Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung ergeben sich aus § 21 Abs. 1 S. 1 bzw. S. 2 AGG. Auf der Tatbestandsseite weisen sie die wichtige Gemeinsamkeit auf, dass bei beiden – anders als bei den Ansprüchen auf Schadensersatz – dem Anspruchsgegner nicht die Einwendung offen steht, es liege kein Verschulden vor. Auch die durch beide verfolgten Rechtsschutzziele sind sehr ähnlich und überschneiden sich in bestimmten Bereichen.

1. Vergleichbare Ansprüche

Ein Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch bei Rechtsverletzungen findet sich auch in § 1004 BGB und § 12 BGB sowie für Besitzverletzungen in § 862 BGB.²⁹⁹ Dabei kommt § 1004 BGB in analoger Anwendung i. V. m. § 823 BGB besondere Bedeutung zu, da so ein Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch in allen Fällen konstruiert wird, in denen entweder eine (drohende) Verletzung eines Rechts aus § 823 Abs. 1 BGB vorliegt,³⁰⁰ oder aber eine (drohende) Schutzgesetzverletzung i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB.³⁰¹ Da somit die Rechtsprechung zu § 1004 BGB ein relativ abstraktes System entwickelt hat (z. B. die Störerbegriffe), das weit über Beeinträchtigungen des

²⁹⁸ Hierauf stellt die Regierungsbegründung ab (Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 46). Die floskelhaften Ausführungen stellen eher eine Beschreibung des Prinzips „Rechtssicherheit“ dar, als dass sie konkret begründen, warum gerade im Bereich der Diskriminierungsverbote – nicht aber in anderen Rechtsgebieten – eine so kurze Frist erforderlich ist.

²⁹⁹ Außerdem finden sich Beseitigungsansprüche – die allerdings weniger strukturelle Gemeinsamkeiten zu den Fällen der Beeinträchtigung durch Diskriminierung aufweisen – u. a. in §§ 439 Abs. 1, 635 Abs. 1 und 2165 Abs. 1 BGB.

³⁰⁰ MünchKomm/Baldus, § 1004 BGB, Rn. 34 f.; Palandt/Sprau, Einf v § 823 BGB, Rn. 18.

³⁰¹ BGH NJW 2008, 3565.

Eigentumsrechts hinaus Anwendung findet, stellt sich daher an vielen Stellen die Frage, ob auch eine Anwendung dieser Grundsätze im Rahmen des § 21 AGG möglich ist. Hiervon scheint der Gesetzgeber auszugehen, wie die Bezugnahme auf die Grundsätze des § 1004 BGB in der Gesetzesbegründung zeigt.³⁰²

Auch zu § 1004 i. V. m. § 823 Abs. 2 BGB weist der Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch im AGG Parallelen auf, da nicht die Verletzung eines Rechts direkt Anknüpfungspunkt für die Ansprüche ist, sondern die Verletzung einer individual-schützenden gesetzlichen Vorschrift, nämlich § 19 AGG.

Über diese häufig genannten strukturell ähnlichen Ansprüche hinaus kann jedoch auch eine Parallele zu vertraglichen Ansprüchen gezogen werden.³⁰³ Im Vertragsrecht werden zwar die Begriffe Unterlassungsanspruch und Beseitigungsanspruch weitaus seltener verwandt, aus Verträgen ergeben sich jedoch in großem Umfang (häufig ungeschriebene) Ansprüche auf Einhaltung des Vertrags, auf Beseitigung von Hindernissen zur Durchführung des Vertrags und auf Unterlassen von Störungen des Vertragsverhältnisses. Wie oben gezeigt, überzeugt eine Anwendung nur der Grundsätze zu § 1004 BGB auf den Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch bzw. eine Anwendung nur der vertraglichen Vorschriften auf den Schadensersatzanspruch daher nicht.³⁰⁴ Diese Aufspaltung liegt aufgrund des Wortlauts des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs auf der einen Seite und des Wortlauts der Schadensersatzansprüche auf der anderen Seite nahe, ist jedoch dogmatisch nicht überzeugend.

2. Der Beseitigungsanspruch

Der Anspruch auf Beseitigung ergibt sich aus § 21 Abs. 1 S. 1 AGG. Dabei ist der Begriff „Beseitigung der Beeinträchtigung“ und damit auch der Umfang des Anspruches relativ unklar und besonders die Abgrenzung zum Inhalt des Anspruches auf Schadensersatz schwierig.

a) Anspruchsinhalt: die schwierige Abgrenzung zum Anspruch auf Schadensersatz

Schwierigstes Problem im Rahmen des Beseitigungsanspruches ist die Frage, was genau „Beseitigung der Beeinträchtigung“ umfasst. Als Musterbeispiel soll hier der Taxifahrer dienen, der es aufgrund der Hautfarbe des Kunden ablehnt, einen schwarzen Geschäftsmann zu einem wichtigen Geschäftstermin zu fahren, und der dadurch

³⁰² Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 32.

³⁰³ Hierzu ausführlich oben 3. Teil, B. II.

³⁰⁴ Siehe 3. Teil, B. II.

einen Geschäftsabschluss vereitelt.³⁰⁵ Welche „Beeinträchtigung“ muss der Taxifahrer hier „beseitigen“? Kann nicht der entgangene Geschäftsabschluss und damit der entgangene Gewinn als „Beeinträchtigung“ verstanden werden, die der Taxifahrer beseitigen muss? Oder ist diese weitreichende Ausgleichspflicht nur Inhalt des Schadensersatzanspruchs, bei dem dem Anspruchsgegner der Beweis offen steht, er habe den Verstoß nicht zu vertreten?³⁰⁶

Die Gesetzesformulierung in § 21 AGG entspricht strukturell nicht völlig der des § 1004 BGB, weist aber erhebliche Ähnlichkeiten auf.³⁰⁷ Auch geht der Gesetzgeber von einer Anwendung der zu § 1004 BGB entwickelten Grundsätze auf § 21 AGG aus.³⁰⁸ Für § 1004 BGB stellt sich – wie auch für § 21 AGG – das Problem der Abgrenzung des Umfangs des Beseitigungsanspruchs, und insbesondere die Abgrenzung zum nur bei Verschulden gegebenen Schadensersatzanspruch. Die für § 1004 BGB entwickelten Überlegungen sind daher auf deren Übertragbarkeit auf § 21 AGG zu prüfen.

Für den Umfang des Beseitigungsanspruchs nach § 1004 BGB kommt es nach einer Ansicht darauf an, ob mit fremdem Eigentum die Eigentumssphäre des Gestörten usurpiert wird (Usurpationstheorie bzw. Rechtsanmaßungstheorie).³⁰⁹ Dabei ist umstritten, ob selbst durch Dereliktion die Beeinträchtigung endet, oder ob eine Dereliktion nicht ausreicht, wenn das Eigentum weiterhin faktisch beeinträchtigt wird.³¹⁰ Die Übertragung dieses Ansatzes auf das Antidiskriminierungsrecht erscheint nicht möglich, da die Situation sich dort grundlegend anderes darstellt als beim Eigentum. Nach dieser Ansicht besteht ein Anspruch aus § 1004 BGB nämlich insoweit als der Vorteil des Störers gleichzeitig den Nachteil beim Gestörten darstellt.³¹¹ Bei einem Verstoß gegen ein Diskriminierungsverbot kommt es jedoch nie zu einem Nachteil beim Be-

³⁰⁵ Dieses Beispiel findet sich auch in der Regierungsbegründung, Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 46.

³⁰⁶ Sofern man – entgegen dem Wortlaut, aber gestützt auf eine richtlinienkonforme Auslegung (siehe zu dieser Möglichkeit unten 3. Teil, C. III. 1.) – keinen Entlastungsbeweis zulässt, ist die Abgrenzung zum Schadensersatzanspruch natürlich von viel geringerer Bedeutung.

³⁰⁷ Die Wortwahl „Beseitigung der Beeinträchtigung“ passt in § 1004 BGB besser als in § 21 AGG, da es in § 1004 BGB heißt „Wird das Eigentum [...] beeinträchtigt, so kann der Eigentümer [...] die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen.“ Tatbestandsvoraussetzung des § 21 Abs. 1 S. 1 AGG ist dagegen ein „Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot“, so dass statt „Beseitigung der Beeinträchtigung“ die Formulierung „Einhaltung des Verbotes“ klarer wäre und besser der internen Struktur des § 21 Abs. 1 S. 1 AGG entspräche. Vgl. auch Gaier/Wendtland, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG, S. 96; Schiek/Schiek, § 21 AGG, Rn. 4; ein alternativer Formulierungsvorschlag findet sich bei Kossak, Rechtsfolgen, S. 295.

³⁰⁸ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 32.

³⁰⁹ Vgl. Wilhelmi, Risikoschutz durch Privatrecht, S. 46. Zur Terminologie vgl. Wolf, Sachenrecht, S. 143.

³¹⁰ Vgl. MünchKomm/Baldus, § 1004 BGB, Rn. 93 ff.

³¹¹ MünchKomm/Baldus, § 1004 BGB, Rn. 78.

nachteiligten und einem genau diesem Nachteil entsprechenden Vorteil beim Benachteiligten, der der Inanspruchnahme fremden Eigentums vergleichbar wäre.

Die Formel der Rechtsprechung zu § 1004 BGB lautet, dass ein Beseitigungsanspruch die Abstellung des beeinträchtigenden Zustandes für die Zukunft umfasst, nicht aber die Schaffung des früheren Zustandes oder des hypothetischen Zustandes ohne die Beeinträchtigung durch Beseitigung aller Folgen.³¹² Der Anspruch umfasst lediglich die Beseitigung der Ursachen, nicht der Folgen.³¹³ Anders ausgedrückt umfasst er die Beseitigung des unmittelbar beeinträchtigenden Zustands ohne dessen mittelbare Folgen. Zu den mittelbaren Folgen gehören insbesondere reine Vermögensschäden, wie beispielsweise Verdienstausfall.³¹⁴ Diese weiterreichenden Theorien als die Usurpationstheorie werden (mit gewissen Unterschieden zwischen diesen) als Störungsbeendigungstheorie und Störquellentheorie bezeichnet.³¹⁵ Am weitesten geht die Wiederbenutzbarkeitstheorie, nach der die Benutzbarkeit der Sache wiederhergestellt werden muss.³¹⁶

Während die Einordnung der reinen Vermögensschäden klar ist, bleibt aber die Abgrenzung zwischen unmittelbar beeinträchtigendem Zustand und lediglich mittelbaren Folgen in vielen Fällen ein großes Problem.³¹⁷ Eine schwierige Fallgruppe bilden Beeinträchtigungen, die die Ursache für weitere Eigentumsbeeinträchtigungen bilden, beispielsweise wenn aufgrund eines Dammbrochs Wasser auf ein Grundstück gelangt, wenn durch eine zerbrochene Fensterscheibe Regen in ein Haus eindringt³¹⁸ oder wenn aufgrund eines Rohrbruchs Wasser austritt.³¹⁹ Hier stellt sich stets die Frage, ob die Schließung des entsprechenden Lecks verlangt werden kann. Ebenfalls schwierig zu beurteilen sind Fälle, in denen die bloße Entfernung der auf ein Grundstück gelangten Substanz praktisch nicht möglich ist, z. B. bei Bodenverunreinigungen.³²⁰

Die Abgrenzung der Beseitigungspflicht des unmittelbar beeinträchtigenden Zustands gegenüber der nicht geschuldeten Beseitigung mittelbarer Folgen kann auf das Anti-

³¹² Vgl. BGHZ 28, 110; BGH NJW 2004, 1035; Palandt/Grüneberg, § 21 AGG, Rn. 3. Vgl. auch für Bodenkontaminierung BGH NJW 1996, 845.

³¹³ MünchKomm/Baldus, § 1004 BGB, Rn. 218.

³¹⁴ MünchKomm/Baldus, § 1004 BGB, Rn. 218.

³¹⁵ Vgl. Wolf, Sachenrecht, S. 143.

³¹⁶ BGHZ 135, 235.

³¹⁷ Lennartz, Störungsbeseitigung und Schadensersatz, S. 12 f.; BGH NJW 1996, 845 bezeichnet dies ausdrücklich als ungelöstes Problem. Auch MünchKomm/Thüsing, § 21 AGG, Rn. 14 ff. (mit weiteren Nachweisen) ist der Ansicht, dass die Abgrenzung von Einzelfallentscheidungen geprägt ist und ein ungelöstes Problem darstellt.

³¹⁸ Vgl. MünchKomm/Baldus, § 1004 BGB, Rn. 219, 222.

³¹⁹ Wolf, Sachenrecht, S. 319 f.

³²⁰ BGH NJW 1996, 845.

diskriminierungsrecht übertragen werden, da auch dort zwischen diesen beiden Kategorien unterschieden werden kann.³²¹ Im Beispiel des Taxifahrers stellt sich der entgangene Gewinn als reiner Vermögensschaden dar, der eine nur mittelbare und klar abgrenzbare Folge des Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot darstellt.³²² Ebenso ist ein mittelbarer Folgeschaden die Gesundheitsschädigung, die ein Mieter erleidet, dem unter Verstoß gegen die §§ 19 ff. AGG eine stark schimmelbelastete Wohnung vermietet wird.³²³

Schwierigkeiten kann die Abgrenzung zum Beispiel bei diskriminierenden Werbeanzeigen oder Schildern bereiten. Klar vom Umfang des Anspruches umfasst sind insoweit das Abhängen eines Schildes, das einer geschützten Personengruppe das Betreten eines Gebäudes verbietet, oder die Rücknahme einer für eine längere Zeit geschalteten Zeitungsanzeige, da hierdurch die Ursache des Verstoßes selbst beeinträchtigt wird.

Was ist hingegen mit einer einmalig abgedruckten Zeitungsanzeige? Kann hier der Abdruck einer weiteren Zeitungsanzeige verlangt werden, mit der der Diskriminierende sich von der Diskriminierung distanziert und klarstellt, nicht zu diskriminieren?³²⁴ Oder ist dies nicht vom Umfang des Anspruches erfasst, da die Einwirkung der Person schon mit Schaltung der Zeitungsanzeige beendet ist? Bei genauer Betrachtung ist aber der Unterschied zur für längere Zeit geschalteten Zeitungsanzeige ein gradueller: Auch dort kann ja die Einwirkung der Person mit Schaltung der Anzeige als abgeschlossen abgesehen werden, sodass kein andauernder Verstoß mehr vorliegt. Und auch beim einmal aufgestellten Schild ist die Handlung (Aufstellen des Schildes) bereits abgeschlossen.

Darauf, dass die Handlung bereits beendet ist, kann es also nicht ankommen. Entscheidend ist vielmehr nach den zu § 1004 BGB entwickelten Kriterien, die auf § 21 AGG übertragen werden können, ob es sich um den unmittelbar beeinträchtigenden Zustand handelt oder lediglich um mittelbare Folgen. Beim Schild oder bei der für längere Zeit geschalteten Zeitungsanzeige schaffen diese unmittelbar die Beeinträchtigung, und das Abhängen bzw. die Rücknahme kann daher verlangt werden. Der Fall der einmalig abgedruckten Zeitungsanzeige hat Ähnlichkeit zur schwierig zu beurteilenden Fallgruppe bei § 1004 BGB der Eigentumsbeeinträchtigungen, die weitere Eigentumsbeeinträchtigungen nach sich ziehen. Hier liegt nämlich weiterhin eine

³²¹ So auch Kossak, Rechtsfolgen, 130 f.

³²² So auch Kossak, Rechtsfolgen, S. 130.

³²³ Schiek/Schiek, § 21 AGG, Rn. 6.

³²⁴ Wenn beispielsweise ein Diskothekenbetreiber öffentlich kundgetan hat, in seiner Diskothek seien keine Ausländer erwünscht, kann dann der Abdruck einer weiteren Anzeige verlangt werden, die klarstellt, dass auch Ausländer willkommen sind?

Beeinträchtigung des Gleichbehandlungsanspruchs vor, der als Folge oder als Fortwirken der ursprünglichen Beeinträchtigung des Gleichbehandlungsanspruchs aufgefasst werden kann. Dieses Beispiel wird also übersehen, wenn teilweise vertreten wird, die Abgrenzungsprobleme des § 1004 stellen sich nicht, da es „schlechterdings nicht vorstellbar [ist], wie eine Verletzung des Benachteiligungsverbots Folgeschäden verursachen kann, die wiederum eine Beeinträchtigung des Gleichbehandlungsanspruchs bedeuten.“³²⁵ Richtig ist aber, dass im Rahmen des § 21 AGG weniger Grenzfälle bestehen als bei § 1004 BGB und die Einordnung als unmittelbar beeinträchtigender Zustand oder mittelbare Folgen in vielen Fällen klarer ist.

Im hier erwähnten Grenzfall besteht aber ein wichtiger Unterschied zur weiteren Eigentumsbeeinträchtigung. Bei der weiteren Eigentumsbeeinträchtigung ist vom Folgeschaden ein anderes Objekt betroffen; hier wirkt hingegen die ursprüngliche Diskriminierung praktisch unverändert fort und betrifft insbesondere das gleiche Diskriminierungsmerkmal und denselben Personenkreis. Daher sollte hier der Abdruck einer klarstellenden Zeitungsanzeige noch als vom Umfang erfasst angesehen werden, solange die diskriminierende Wirkung noch andauert.

Im Beispiel des Taxifahrers wird klar, dass ein Beseitigungsanspruch in diesem Fall nicht besonders weit reicht: Er ist nur gegeben, solange ein andauernder Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot vorliegt,³²⁶ also eine andauernde Weigerung, den Fahrgast zu befördern.³²⁷ Sobald der Fahrgast nicht mehr mitfahren möchte (weil der Geschäftstermin vorbei ist oder er jedenfalls nicht mehr rechtzeitig kommen würde) und eine Beförderung somit nicht mehr sinnvoll möglich ist, entfällt der Anspruch.

b) *Korrektur einer Ungleichbehandlung*

Ungleichbehandlungen zwischen zwei Gruppen (A und B) können stets auf dreierlei Weise behoben werden: beide Gruppen werden so behandelt wie Gruppe A bisher, beide Gruppen werden behandelt wie Gruppe B bisher, oder beide Gruppen werden auf eine dritte Art und Weise behandelt. Gleichbehandlungsrecht gibt lediglich vor, dass die beiden Gruppen gleich zu behandeln sind, nicht aber auf welche Weise. Diese Tatsache wirft für die Rechtsfolgen interessante und bisher im privatrechtlichen Rahmen wenig diskutierte Fragen auf. Die Problemstellung ist dagegen wohl bekannt

³²⁵ Kossak, Rechtsfolgen, S. 130.

³²⁶ Bereits RGZ 170, 317, 320 für § 1004.

³²⁷ Nach anderer Ansicht kann bei einem einmaligen Leistungsaustausch grundsätzlich kein benachteiligender Zustand geschaffen werden, gegen den mit dem Beseitigungsanspruch vorgegangen werden könnte; hier sei stets ein Unterlassungsanspruch geltend zu machen (Rust/Falke/Bittner, § 21 AGG, Rn. 4). Siehe auch die Argumentation zur Abgrenzung der beiden Ansprüche unten 3. Teil, C. II. 3. b).

im öffentlich-rechtlichen Kontext. Stellt das Bundesverfassungsgericht beispielsweise einen Verstoß gegen Art. 3 GG fest, so erklärt es in der Regel die Regelung nicht für nichtig, sondern gibt dem Gesetzgeber die Pflicht auf, innerhalb einer bestimmten Frist verfassungsgemäße Zustände herzustellen,³²⁸ da dies auf verschiedene Weise möglich ist.

In vielen Fällen wird sicherlich nur eine Korrekturmöglichkeit praktisch in Betracht kommen: Der Diskothekenbesitzer, der Schwarze nicht einlässt, wird kaum die gesamte Diskothek schließen, um die Diskriminierung zu beseitigen. Ebenso wird derjenige, der aus diskriminierenden Gründen in der Vergangenheit in einem Einzelfall schlechtere Vertragsbedingungen angeboten hat als in allen anderen Fällen, die übrigen abgeschlossenen Verträge nicht zulasten seiner Vertragspartner „nach unten korrigieren“ können und muss daher dem Benachteiligten eine Vertragsanpassung „nach oben“ gewähren, also zu den üblichen Bedingungen. Geht es bei einem Unterlassungsanspruch jedoch um einen gleichen Preis für Männer und Frauen in der Zukunft, sind jedoch klar mehrere Möglichkeiten diskriminierungsfreien Verhaltens möglich, sodass der Tenor eines zusprechenden Urteils hier abstrakt formuliert sein muss und keinesfalls eine Festlegung in eine Richtung enthalten darf.³²⁹

3. Der Unterlassungsanspruch

Der Anspruch auf Unterlassen von Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot ergibt sich aus § 21 Abs. 1 S. 2 AGG.

a) Wiederholungs- und Erstbegehungsgefahr

Der Wortlaut umfasst nur den Fall einer bereits eingetretenen Beeinträchtigung und spricht von einer Wiederholungsgefahr. Entgegen dem Wortlaut muss für den Anspruch darüber hinaus auch eine Erstbegehungsgefahr ausreichen, da sonst in diesem Fall keinerlei Möglichkeit bestünde, eine bevorstehende Verletzung zu verhindern. Dies ist für § 1004 BGB allgemein anerkannt³³⁰ und es ist kein Grund ersichtlich, warum dieser allgemeine Grundsatz für das Antidiskriminierungsrecht keine Gültigkeit haben sollte. Auch die Gesetzesbegründung lässt eine Erstbegehungsgefahr ausreichen³³¹ und ein völliges Fehlen von Möglichkeiten, gegen klar bevorstehende

³²⁸ Siehe beispielsweise BVerfGE 105, 73.

³²⁹ Schwieriger als beim Unterlassungsanspruch, der eine offene Formulierung ermöglicht, wiegt dieses Problem bei der ipso iure eintretenden Unwirksamkeit von benachteiligenden Rechtsgeschäften nach § 21 Abs. 4 AGG (siehe hierzu unten 3. Teil, C. IV.).

³³⁰ Vgl. beispielsweise BGHZ 160, 232; MünchKomm/Baldus, § 1004 BGB, Rn. 289.

³³¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 32.

erstmalige Verstöße vorzugehen, wäre zumindest in den Fällen nicht mit dem europarechtlichen Wirksamkeitsgebot zu vereinbaren, in denen irreparable Schäden entstünden, die nicht nachträglich durch Schadensersatz ausgeglichen werden könnten.³³² Unverständlich ist aber, warum der Gesetzgeber diese missverständliche Formulierung – die wirklich leicht zu korrigieren gewesen wäre³³³ – in das Gesetz aufgenommen hat. Es erscheint wahrscheinlich, dass der Gesetzgeber große Anstrengungen unternommen wollte, um den Anspruch an die Systematik anderer zivilrechtlicher Ansprüche anzulehnen und vor allem durch den fast identischen Wortlaut deutlich machen wollte, dass die Rechtsprechung zu § 1004 BGB zur Konkretisierung herangezogen werden soll. All dies wäre aber auch bei einer Klarstellung des Einzelpunktes, dass die Erstbegehungsgefahr der Wiederholungsgefahr gleichkommt, möglich gewesen, beispielsweise durch die Formulierung „Ist eine erstmalige oder eine weitere Beeinträchtigung zu besorgen ...“. Auch die Pluralformulierung „weitere Beeinträchtigungen“ ist nicht gerade glücklich, da völlig unstrittig auch eine einzige drohende Verletzung genügt.

Erstbegehungsgefahr und Wiederholungsgefahr werden jedoch hinsichtlich der Beweisforderungen unterschiedlich behandelt. Eine Wiederholungsgefahr wird widerlegbar vermutet, wenn bereits ein Eingriff stattgefunden hat,³³⁴ bei der Erstbegehungsgefahr muss dagegen der volle Beweis durch den Benachteiligten geführt werden.³³⁵ Voraussetzung ist ein konkretes Drohen des Verstoßes, nicht nur ein bloßer Verdacht,³³⁶ also wenn aus objektiven Tatsachen eine ernstliche Besorgnis von Störungen besteht.³³⁷ Dies wird beispielsweise vorliegen, wenn eine Person sich des Rechts rühmt, eine diskriminierende Handlung vornehmen zu dürfen.³³⁸

Systematisch ist es wichtig, sich vor Augen zu halten, dass die „Begehungsgefahr“ (in Form einer Wiederholungsgefahr oder einer Erstbegehungsgefahr) keine zusätzliche Voraussetzung des Unterlassungsanspruches darstellt, die über die Verletzung des Benachteiligungsverbot hinausginge. Vielmehr sind die Voraussetzungen geringer: Während die anderen Ansprüche einen vorliegenden Verstoß vorsehen, genügt für den Unterlassungsanspruch ein bloß drohender Verstoß.

³³² Noch weiter Mahlmann, Gleichheitsschutz und Privatautonomie, ZEuS 2002, 407, 424; Scholten, Diskriminierungsschutz im Privatrecht, S. 66.

³³³ Ebenso Kossak, Rechtsfolgen, S. 295.

³³⁴ BGH NJW 2004, 1035 zu § 1004 BGB. Zum Entfallen BGHZ 140, 1. Für das AGG Palandt/Grüneberg, § 21 AGG, Rn. 4.

³³⁵ Zu § 1004 BGB vgl. OLG Hamm NJW-RR 1995, 1399 und Palandt/Bassenge, § 1004 BGB, Rn. 32.

³³⁶ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S 46.

³³⁷ Für § 1004 BGB vgl. MünchKomm/Baldus, § 1004 BGB, Rn. 289; Palandt/Bassenge, § 1004 BGB, Rn. 32.

³³⁸ MünchKomm/Thüsing, § 21 AGG, Rn. 37 f.

b) *Anspruchsinhalt und Abgrenzung zum Beseitigungsanspruch*

Der Inhalt des Beseitigungsanspruchs und des Unterlassungsanspruchs überschneiden sich und in bestimmten Fällen kann die gleiche Rechtsfolge mit beiden Ansprüchen geltend gemacht werden. Auf den ersten Blick erscheint es denkbar, dass eine Abgrenzung nicht wirklich nötig ist, in manchen Fällen ist aber wegen des Tatbestandsmerkmals der Begehungsgefahr entscheidend, ob ein Beseitigungs- oder ein Unterlassungsanspruch geltend gemacht wird. Die Abgrenzung kann schwierig sein, denn schon die Zeitungsanzeige, in der ausdrücklich bestimmte Merkmalsträger von der Leistung ausgeschlossen werden, oder Schilder an der Tür, die eine diskriminierende Zugangspraxis beschreiben, stellen einen gegenwärtigen Verstoß gegen § 19 AGG dar.³³⁹

Außerdem ist problematisch, wann eine sich fortsetzende einheitliche Beeinträchtigung vorliegt (Beseitigungsanspruch einschlägig), wann dagegen lediglich eine neue selbstständige Beeinträchtigung droht (Unterlassungsanspruch einschlägig). Bei Dauerschuldverhältnissen sind viele Konstellationen einer klaren einheitlichen Beeinträchtigung anerkannt.³⁴⁰ Während dagegen teilweise angenommen wird, dass bei Verträgen mit einmaligem Leistungsaustausch grundsätzlich keine fortgesetzten Beeinträchtigungen entstehen,³⁴¹ ist nach überzeugenderer Ansicht auf alle Umstände des Einzelfalls, insbesondere einen einheitlichen Willen zum Vertragsschluss beim Vertragsinteressenten und eine einheitliche Weigerung beim Anbieter abzustellen. Bei einer Taxifahrt liegt eine fortgesetzte Beeinträchtigung daher so lange vor, wie eine Fahrt zum konkreten Termin o. ä. noch Sinn macht; möchte der Fahrgast zu einem anderen Termin fahren, so liegt eine neue Beeinträchtigung vor.³⁴² Schwieriger ist die Lage beim Autokauf.³⁴³ Hier wäre es lebensfremd, bei einem fortbestehenden Kaufinteresse keine einheitliche Beeinträchtigung anzunehmen, beispielsweise wenn der Kunde klarstellt, er erwarte, dass sich der Verkäufer gesetzesgemäß verhalte und innerhalb einer bestimmten Frist mit ihm einen Kaufvertrag abschließe. Nimmt der Kunde dagegen von einem Kauf Abstand und möchte später ein Auto (möglicherweise sogar ein anderes Modell) kaufen, so spricht vieles dafür, eine neue Beeinträchtigung anzunehmen. Allerdings überzeugt es, bei einer generellen Vertragsverweige-

³³⁹ Siehe MünchKomm/Thüsing, § 21 AGG, Rn. 8.

³⁴⁰ Beispielsweise eine höhere Versicherungsprämie für Frauen oder das Vermieten einer qualitativ minderwertigen Wohnung unter Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot (Schiek/Schiek § 21 AGG, Rn. 5). Insgesamt hierzu Rust/Falke/Bittner, § 21 AGG, Rn. 4; MünchKomm/Thüsing, § 21 AGG, Rn. 9.

³⁴¹ Rust/Falke/Bittner, § 21 AGG, Rn. 4; Kossak, Rechtsfolgen, S. 116.

³⁴² Ähnlich auch für Zutritt zu Veranstaltungen Kossak, Rechtsfolgen, S. 117.

³⁴³ Kossak, Rechtsfolgen, S. 116, nimmt hier nie eine fortgesetzte Beeinträchtigung an.

zung – also der Ankündigung, keinerlei Verträge schließen zu wollen – wiederum von einer fortbestehenden Beeinträchtigung auszugehen.³⁴⁴ Der einheitliche Charakter ergibt sich hier nicht aus einem einheitlichen Vertragsschlussinteresse des Nachfragers, sondern vielmehr aus der kategorischen Ablehnung des Anbieters.³⁴⁵ Die Fälle einer generellen Vertragsverweigerung dürften in der Praxis überaus häufig sein, da selbst wenn eine solche nicht ausdrücklich ausgesprochen wird, sie sich doch häufig durch Auslegung ergeben dürfte.

4. Kontrahierungszwang

Zu den umstrittensten dogmatischen Problemen des AGG gehört die Frage nach dem Kontrahierungszwang im AGG.³⁴⁶ Es wird zunächst auf die europäische Rechtslage, den Wortlaut des AGG, die Gesetzesgeschichte, seine Systematik sowie auf teleologische Aspekte eingegangen und hierdurch gezeigt, dass sich aus dem AGG – vorbehaltlich der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit – ein Kontrahierungszwang ergibt. Auf alle verfassungsrechtlichen Fragen zum Kontrahierungszwang und insbesondere auf Kontrahierungszwang und Privatautonomie wird sodann eingegangen. Hierauf folgend werden zusätzliche Voraussetzungen für das Bestehen eines Kontrahierungszwangs und die Problematik des Umfangs des Anspruches dargestellt.

Dogmatisch ergibt sich ein Kontrahierungszwang³⁴⁷ dabei als Ausprägung des Beseitigungs- oder des Unterlassungsanspruches, je nachdem, ob die Vertragsverweigerung eine fortbestehende Beeinträchtigung schafft, oder ob die Beeinträchtigung bereits beendet ist und gegen zukünftige, selbstständige Beeinträchtigungen in Form der Vertragsablehnung vorgegangen werden soll.³⁴⁸ Darüber hinaus kann ein Kontrahie-

³⁴⁴ So auch Kossak, Rechtsfolgen, S. 117 f.

³⁴⁵ Vergleichbar ist auch im US-amerikanischen Recht bei Bestehen von gegen den ADA verstoßenden Barrieren eine einheitliche und andauernde Beeinträchtigung angenommen worden, wenn die behinderte Person diese kennt und durch sie von einem Besuch der Einrichtung abgehalten wird (*Pickern v. Holiday Quality Foods Inc.*, 9th Cir. 2002, 293 F.3d 1133). Auch hier wird also nicht auf jeden neuen konkreten Besuchswunsch abgestellt.

³⁴⁶ Vgl. hierzu den Beitrag von Wiemann, *Obligation to Contract and the German General Act on Equal Treatment (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz)*, *German Law Journal* 2010, 1131, auf den diese Arbeit aufbaut. Außerdem Thüsing/von Hoff, *Vertragsschluss als Folgenbeseitigung: Kontrahierungszwang im zivilrechtlichen Teil des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes*, *NJW* 2007, 21; Armbrüster, *Kontrahierungszwang im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz*, *NJW* 2007, 1494; Armbrüster, *Antidiskriminierungsgesetz – ein neuer Anlauf*, *ZRP* 2005, 43; Neuner, *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, *JZ* 2008, 57. Siehe zum Problem insgesamt auch Sprafke, *Diskriminierungsschutz durch Kontrahierungszwang*.

³⁴⁷ Zum Rechtsinstitut des Kontrahierungszwangs insgesamt siehe Busche, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*.

³⁴⁸ Siehe zu dieser Abgrenzung insgesamt ausführlich oben 3. Teil, C. II. 3. b).

rungszwang auch Ausprägung des Grundsatzes der Naturalrestitution als Rechtsfolge des Schadensersatzanspruchs sein.³⁴⁹

a) Auslegung des AGG

Die Richtlinien erfordern grundsätzlich nicht, dass das nationale Recht einen Kontrahierungszwang vorsieht. Hinsichtlich der Herleitung ganz spezifischer Rechtsfolgen aus den Richtlinien – wie beispielsweise einen Kontrahierungszwang – ist, wie oben gezeigt,³⁵⁰ besondere Vorsicht geboten, da der Richtliniengeber um die unterschiedlichen nationalen Systeme weiß und vor diesem Hintergrund einen eindeutigen Wortlaut verwenden muss, wenn er ganz bestimmte Rechtsfolgen zwingend vorgesehen haben möchte. So wird in der Literatur auch von einem allgemeinen Konsens dahingehend gesprochen, dass sich aus den Richtlinien keine Pflicht zur Einführung eines Kontrahierungszwangs ergibt.³⁵¹ Selbstverständlich müssen aber alle vorgesehenen Rechtsfolgen zusammen den europarechtlichen Vorgaben, insbesondere dem Wirksamkeitsgebot, genügen. Aus diesem Grund kann aber konkret für das AGG eine richtlinienkonforme Auslegung für einen Kontrahierungszwang sprechen: Da der Schadensersatzanspruch hinsichtlich des Merkmals Geschlecht nach hier vertretener Auffassung europarechtswidrig verschuldensabhängig ausgestaltet ist und da keine richtlinienkonforme Auslegung dieses Anspruchs als verschuldensunabhängig möglich ist,³⁵² hilft ein Kontrahierungszwang, insgesamt ein europarechtlich ausreichendes Sanktionsniveau vorzusehen.³⁵³

Der Wortlaut spricht ebenfalls für einen Kontrahierungszwang, da bei einer Diskriminierung, die in der Ablehnung eines Vertragsschlusses liegt, die einzige Möglichkeit zur „Beseitigung der Beeinträchtigung“ im Abschluss eben dieses Vertrags besteht.³⁵⁴ Dies wird noch klarer, wenn man sich den Wortlaut der Norm so denkt, wie die Vorschrift unstrittig interpretiert wird, nämlich als „Einhaltung des Benachteiligungsverbot“.³⁵⁵ Während in der Literatur bisher häufiger auf den Beseitigungsanspruch verwiesen wurde, gilt auch für den Unterlassungsanspruch, dass unklar ist, welche

³⁴⁹ RGZ 148, 326, 334. Vgl. auch die Darstellung in Sprafke, Diskriminierungsschutz durch Kontrahierungszwang, S. 204, wobei die Autorin diese Herleitung aber im Ergebnis ablehnt. Auch der Gesetzesentwurf BT-Drucks. 15/4538 ging davon aus, dass er sich aus dem Grundsatz der Naturalrestitution herleiten lässt (S. 43).

³⁵⁰ 2. Teil, B. II. 2.

³⁵¹ Armbrüster, Kontrahierungszwang im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, NJW 2007, 1494, 1494.

³⁵² Siehe 2. Teil, B. III. 3. und 3. Teil, C. III. 1.

³⁵³ So auch Kossak, Rechtsfolgen, S. 150.

³⁵⁴ Haberl, Antidiskriminierungsrecht und Sanktionensystem: Die Konkretisierung gemeinschaftsrechtlicher Mindestvorgaben, GPR 2009, 202, 205; Schiek/Schiek, § 21 AGG, Rn. 9.

³⁵⁵ Siehe hierzu oben 3. Teil, C. II. 2. a).

andere konkrete Rechtsfolge mit diesem verfolgt werden könnte bei einer zukünftigen wahrscheinlichen Verweigerung eines Vertragsschlusses aus diskriminierenden Gründen.³⁵⁶ Es erscheint auch wahrscheinlich, dass Diskriminierungsverbote meist durch vollständige oder partielle Vertragsverweigerungen verletzt werden; lehnt man dann den Beseitigungsanspruch ab – denn etwas anderes als ein Kontrahierungszwang ist als Inhalt des Beseitigungsanspruches nicht erkennbar – so ist diesem ein ganz wesentlicher Regelungsbereich entzogen.³⁵⁷

Zweifel an einem Kontrahierungszwang können sich am ehesten aus der Gesetzesgeschichte ergeben.³⁵⁸ Der Entwurf BT-Drucks. 15/4538 enthielt eine Bestimmung über den Kontrahierungszwang (damaliger § 22 Abs. 2 ADG-E), die später nicht mehr aufgenommen wurde. Diese Bestimmung enthielt jedoch nur zusätzliche Voraussetzungen, unter denen ein Kontrahierungszwang bestehen sollte,³⁵⁹ als unmittelbare Grundlage sah aber auch dieser Entwurf die Bestimmung zum Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch an.³⁶⁰ Daher zeigt die Nichtaufnahme der Bestimmung im Gesetz nicht, dass kein Kontrahierungszwang mehr beabsichtigt war.³⁶¹ Außerdem diente die Vorschrift nur der Klarstellung,³⁶² die in der Vorschrift genannten zusätzlichen Voraussetzungen lassen sich unproblematisch aus allgemeinen Prinzipien und Vorschriften entnehmen.³⁶³ Hätte dagegen ohne eine gesetzliche Bestimmung zu zusätzlichen Voraussetzungen eine eindeutige Regelungslücke bestanden (die freilich durch die Rechtsprechung hätte geschlossen werden können), so könnte die Streichung der Vorschrift gewisse Zweifel am Willen des Gesetzgebers an der Einführung des Rechtsinstituts begründen. Die Gesetzesgeschichte ist als Auslegungsmittel also unergiebig, was sich daraus ergibt, dass das gesamte Gesetzesvorhaben – vor allem

³⁵⁶ Siehe Wiemann, Obligation to Contract and the German General Act on Equal Treatment (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz), *German Law Journal* 2010, 1131, 1134.

³⁵⁷ Kossak, *Rechtsfolgen*, S. 148 und 33 (dort mit weiteren Nachweisen).

³⁵⁸ Beispielsweise entnimmt Bachmann der Gesetzesgeschichte, dass ein Kontrahierungszwang nicht beabsichtigt sei, Bachmann, *Kontrahierungspflicht im privaten Bankrecht*, *ZBB* 2006, 257, 266. Ebenso Schürnbrand, *Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf das Recht der Bankgeschäfte*, *BKR* 2007, 305, 310 f.

³⁵⁹ Zum Inhalt – der auch trotz der Streichung im Gesetzeswortlaut aufgrund allgemeiner Prinzipien und Überlegungen in großem Umfang auch auf die Rechtslage nach dem AGG anwendbar ist – siehe 3. Teil, C. II. 4. c).

³⁶⁰ Dies ergibt sich ausdrücklich aus dem damaligen Gesetzentwurf, BT-Drucks. 15/4538, S. 43.

³⁶¹ So auch Thüsing/von Hoff, *Vertragsschluss als Folgenbeseitigung: Kontrahierungszwang im zivilrechtlichen Teil des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes*, *NJW* 2007, 21, 22; Schiek/Schiek, § 21 AGG, Rn. 8.

³⁶² Gesetzentwurf, BT-Drucks. 15/4538, S. 43.

³⁶³ Hierzu näher unten 3. Teil, C. II. 4. c).

aber der Kontrahierungszwang – höchst umstritten war und daher diese Frage gerade nicht ausdrücklich entschieden werden sollte, um eine Einigung zu erreichen.³⁶⁴

Die Systematik des AGG spricht für einen Kontrahierungszwang, da für den Bereich des Arbeitsrechts § 15 Abs. 6 AGG ausdrücklich bestimmt, dass sich für Arbeitsverträge aus einer Diskriminierung gerade kein Anspruch auf einen Vertragsschluss ergibt.³⁶⁵ Diese ausdrückliche Bestimmung für einen Regelungsbereich innerhalb eines Gesetzes spricht stark für einen Umkehrschluss dahingehend, dass für die übrigen Regelungsbereiche ein Kontrahierungszwang nicht ausgeschlossen werden sollte.³⁶⁶

Teilweise wird teleologisch argumentiert, ein Schadensersatzanspruch sei sachgerechter, da der Benachteiligte die Leistungen dann anderswo erwerben könne und das Problem eines ungewollten Vertragsverhältnisses mit vorprogrammierten Problemen so vermieden werden könne.³⁶⁷ Dies gilt jedoch nicht für Unikate (z. B. eine zu vermietende Wohnung), wenn der Interessent gerade an diesem Unikat interessiert ist,³⁶⁸ oder für Monopolstellungen. Außerdem gilt es nicht für Situationen, wo sich auch ohne eine Monopolstellung ein kumulierender Effekt durch verbreitete Diskriminierungen ergibt, dem insgesamt eine gleiche Abschottungswirkung wie einem Monopol zukommen kann. Diese Fallgestaltung ist auch keineswegs lebensfremd, was beispielsweise die in bestimmten Bereichen (z. B. Kreditvergabe) sehr verbreiteten Diskriminierungsmuster zeigen. In diesen Fällen kann eine Teilhabe nur durch einen Kontrahierungszwang bewirkt werden.

Die Auslegung des AGG selbst, einschließlich der Berücksichtigung europarechtlicher Zusammenhänge, spricht daher für einen Kontrahierungszwang. Sofern freilich ein Kontrahierungszwang verfassungswidrig wäre, bestünde ein starkes Argument, dem AGG im Wege verfassungskonformer Auslegung keinen Kontrahierungszwang zu entnehmen. Auf verfassungsrechtliche Fragen wird insgesamt im folgenden Abschnitt eingegangen.

³⁶⁴ Ebenso Armbrüster in Rudolf/Mahlmann (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, S. 257, 315 f.

³⁶⁵ Auch vor Erlass des AGG fand sich eine ähnliche ausdrückliche Formulierung in § 611a Abs. 2 BGB a. F.

³⁶⁶ Armbrüster, Bedeutung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes für private Versicherungsverträge, VersR 2006, 1297, 1303; Thüsing/von Hoff, Vertragsschluss als Folgenbeseitigung: Kontrahierungszwang im zivilrechtlichen Teil des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, NJW 2007, 21, 22; Wagner/Potsch, Haftung für Diskriminierungsschäden nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, JZ 2006, 1085, 1089.

³⁶⁷ Armbrüster, Kontrahierungszwang im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, NJW 2007, 1495, 1497 f.

³⁶⁸ So auch Armbrüster, in Rudolf/Mahlmann (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, S. 318.

b) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Kontrahierungszwangs

Wie gezeigt, ist ein Kontrahierungszwang als Rechtsfolge nicht durch EU-Recht generell zwingend vorgeschrieben; er muss sich daher an den Grundrechten des Grundgesetzes messen lassen und ist nicht etwa als zwingende europäische Vorgabe nur an den Unionsgrundrechten zu messen.³⁶⁹

Einigkeit besteht darin, dass das Recht, einen Vertragsschluss abzulehnen, durch die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und in bestimmten Konstellationen durch spezielle Grundrechte geschützt wird.³⁷⁰ Hinsichtlich der normativen Verankerung der Position des Vertragsinteressenten findet sich häufig – und auch in der Regierungsbegründung³⁷¹ – eine Diskussion zu staatlichen Schutzpflichten zugunsten des Vertragsinteressenten. Während Schutzpflichten zwar von der ganz herrschenden Meinung anerkannt werden, ist bisher ein ungelöstes Problem, wann genau diese bestehen und welchen Umfang sie haben. Da Schutzpflichten stets eine Beeinträchtigung grundrechtlich geschützter Rechtspositionen *durch Private* betreffen, stehen sie in einem unauflöslichen Spannungsverhältnis zum Grundsatz der Grundrechtsbindung nur für staatliche Akteure. Für die Frage des Kontrahierungszwangs wird häufig auf die Freiheit zum Vertragsschluss des Vertragsinteressenten (Art. 2 Abs. 1 GG) abgestellt, für deren tatsächliches Bestehen den Staat eine Schutzpflicht treffe.³⁷² Schwierigkeiten ergeben sich für diesen Ansatz aber dann, wenn kein Monopol und keine generelle Marktabschottung vorliegen, sondern der Betroffene die Ware oder Dienstleistung leicht anderweitig beschaffen kann.³⁷³ Denkbar ist auch, auf eine Schutzpflicht aus Art. 3 Abs. 2 und 3 GG abzustellen; für beide Vorschriften hat das Bundesverfassungsgericht bereits bejaht, dass sich aus ihnen eine Schutzpflicht ergeben kann.³⁷⁴ Letztlich kommt es aber nicht auf die Überlegungen zu einer Schutzpflicht an, da jedes verfassungslegitime Ziel einen Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG rechtfertigen kann³⁷⁵ – es kommt nicht auf eine staatliche Schutzpflicht, sondern sozusagen auf ein staatliches „Schutzrecht“ an.

³⁶⁹ EuGH, Internationale Handelsgesellschaft, Rs. 11/1970, 11.12.1970; BVerfGE 73, 339. Ob die Unionsgrundrechte auch anwendbar sind, wenn Richtlinien den Mitgliedstaaten einen Umsetzungsspielraum lassen, wird vom Europäischen Gerichtshof (dafür) und vom Bundesverfassungsgericht (dagegen) unterschiedlich gesehen. Vgl. hierzu EuGH, Parlament v. Rat, Rs. C-540/03, 27.06.2006, Rn. 104; BVerfGE 118, 79, 95 ff.; Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, S. 307.

³⁷⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 39 f.

³⁷¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 40.

³⁷² BVerfGE 81, 242.

³⁷³ Siehe von Koppenfels, Das Ende der Vertragsfreiheit?, WM 2002, 1489, 1492.

³⁷⁴ BVerfGE 89, 276, 285.

³⁷⁵ BVerfGE 80, 137, 159 f.; BVerfGE 90, 145, 171 ff.

Unstrittig ist wohl auch, dass die Verhinderung von Benachteiligungen aufgrund der im AGG geschützten Merkmale ein legitimes staatliches Interesse darstellt,³⁷⁶ was als Mindestvoraussetzung zur Rechtfertigung eines Eingriffs in die Rechtspositionen des Vertragsverweigerers erforderlich ist. Entscheidend ist letztlich die Verhältnismäßigkeitsprüfung. An ihr entscheidet sich, ob man den im AGG enthaltenen Kontrahierungszwang für verfassungsgemäß³⁷⁷ oder verfassungswidrig hält³⁷⁸ bzw. im Wege verfassungsgemäßer Auslegung dem AGG keinen Kontrahierungszwang entnimmt.³⁷⁹ Im Folgenden wird gezeigt, dass der Kontrahierungszwang verfassungsgemäß ist.

(1) Annahme der Verfassungsmäßigkeit des Tatbestandes: die Folgen für den Kontrahierungszwang

Wie oben erläutert,³⁸⁰ erfordert die verfassungsrechtliche Prüfung gerade der Rechtsfolgen, verfassungsrechtliche Fragen der Tatbestandsgestaltung auszublenden, also die Verfassungsmäßigkeit der Diskriminierungsverbote zu unterstellen. Dies hat für den Kontrahierungszwang eine direktere Konsequenz als für andere Rechtsfolgenregelungen. Unterstellt man nämlich, dass die Diskriminierungsverbote selbst verfassungsgemäß sind – also insbesondere gerechtfertigte Eingriffe in die Vertragsfreiheit des Anbieters darstellen – so zeigt dies, dass die Vertragsfreiheit eben nicht so weit reicht, auch die verbotenen Diskriminierungen zuzulassen. Die Vertragsfreiheit als Interesse wurde in der Abwägung nämlich bereits auf der Ebene der Tatbestandsgestaltung berücksichtigt und dort wurde konkret entschieden, dass dieses Interesse hinter anderen Interessen zurücktreten muss.³⁸¹ Auf die Vertragsfreiheit als Wert an sich kann daher nach hier vertretener Auffassung nicht als verfassungsrechtliches Argument gerade gegen einen Kontrahierungszwang abgestellt werden. Dass die Vertragsfreiheit schon auf Ebene des Tatbestandes umfassend berücksichtigt werden muss, zeigt auch ein Umkehrschluss: Kommt hinsichtlich einer Fallgestaltung der Vertragsfreiheit wirklich hohes Gewicht zu, spricht dann nicht alles dafür, bereits auf Tatbestandsebene für diese Fallgestaltung kein Diskriminierungsverbot vorzuse-

³⁷⁶ Für die Europäische Union ergibt sich das Ziel, Diskriminierungen zu verhindern, auch ausdrücklich aus dem Primärrecht, nämlich aus Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EUV und Art. 8 und 10 AEUV.

³⁷⁷ So Thüsing/von Hoff, Vertragsschluss als Folgenbeseitigung: Kontrahierungszwang im zivilrechtlichen Teil des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, NJW 2007, 21, 25.

³⁷⁸ So Picker, Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm?, JZ 2003, 540; von Koppenfels, Das Ende der Vertragsfreiheit?, WM 2002, 1489, 1491.

³⁷⁹ Armbrüster, Kontrahierungszwang im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, NJW 2007, 1494, 1497.

³⁸⁰ 1. Teil, B. V.

³⁸¹ Unverständlich ist vor diesem Hintergrund die Argumentation, ein Kontrahierungszwang ergebe sich aus dem AGG nicht, da § 21 AGG den Grundsatz der Vertragsfreiheit unberührt lasse (Palandt/Grüneberg, § 21 AGG, Rn. 7). Der Grundsatz der Vertragsfreiheit wird nämlich bereits durch die Diskriminierungsverbote an sich nicht unberührt gelassen.

hen?³⁸² Selbst wenn man also nicht, wie hier vertreten, von einer alleinigen Berücksichtigung auf Tatbestandsebene ausgeht, so wären trotzdem nur wenige Situationen denkbar, wo die Vertragsfreiheit und die Privatautonomie nicht so weit reichen, ein Diskriminierungsverbot zu verhindern, wohl aber so weit, einen Anspruch auf Vertragsschluss verfassungswidrig erscheinen zu lassen – in der Regel sollte doch entweder bereits das Verbot verfassungswidrig sein oder eben beides verfassungsgemäß.

Die dargestellte Argumentation beruht auf der Überlegung, dass ein Kontrahierungszwang sozusagen kein Mehr gegenüber einem Verbot, einen Vertragsschluss zu unterlassen, darstellt. Zweifel an der Richtigkeit dieser Feststellung kommen auf, da der Gesetzgeber ja beispielsweise in § 15 Abs. 6 AGG ausdrücklich aufgenommen hat, dass in den dort erfassten Fällen kein Kontrahierungszwang bestehen soll, der Gesetzgeber also nicht von dem Automatismus ausgeht, dass aus einem aus diskriminierenden Gründen abgelehnten Vertragsschluss stets der Anspruch auf den Vertragsschluss folgt. Ähnlichkeit besteht insoweit zum grundlegenden Prinzip im US-amerikanischen Recht, dass nicht stets die in einem Vertrag vereinbarte Leistung eingeklagt werden kann (*specific performance*), sondern dies nur unter besonderen Umständen möglich ist.³⁸³ Dies zeigt, dass die hier vertretene Position auf eine weitere Annahme angewiesen ist, nämlich ein Rechtsverständnis, das einen Einhaltungsanspruch (für vertragliche und gesetzliche Normen) als Normalfall und als Regelfall begreift, der grundsätzlich nicht von weiteren Voraussetzungen abhängig ist. Diese Annahme ist aber sinnvoll, da sie dem deutschen Recht entspricht: Für Verträge ist die Klage auf Leistung stets möglich und für das AGG zeigt gerade die ausdrückliche Ausnahmeregelung in § 15 Abs. 6 AGG, dass der Normalfall eben ein Einhaltungsanspruch wäre.

(2) Die freie Wahl des Vertragspartners in der Abwägung

Der freien Wahl des Vertragspartners als Ausdruck der Privatautonomie wird häufig eine zu große Bedeutung zugemessen.³⁸⁴ Die Privatautonomie als Recht, beliebige Verträge abzuschließen, ist nicht stärker vor staatlichen Eingriffen geschützt als alle

³⁸² Auch in der Regierungsbegründung heißt es, dass die Privatautonomie durch die enge Fassung des § 19 Abs. 1 AGG sowie durch die vorgesehenen Rechtfertigungsmöglichkeiten berücksichtigt ist, Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 26, 41. Gerade die Ausnahmen für besondere Nähe- oder Vertrauensverhältnisse in § 19 Abs. 5 AGG sind Beispiele dafür, dass der Gesetzgeber in einem Bereich die Bedeutung der Abschlussfreiheit als sehr hoch eingeschätzt hat und systemgerecht und klar bereits kein Diskriminierungsverbot vorsieht.

³⁸³ Bernstein, *Contracts*, in Clark/Ansary (Hrsg.), *Introduction to the Law of the United States*, S. 159 ff., 186. Siehe hierzu auch unten 4. Teil, C. III. 2.

³⁸⁴ Beispielsweise Ladeur, *The German Proposal of an „Anti-Discrimination“-Law: Anticonstitutional and Anti-Common Sense. A response to Nicola Vennemann*, *German Law Journal* 2002, Artikel 152.

anderen Verhaltensweisen.³⁸⁵ Über Art. 2 Abs. 1 GG genießen *alle Verhaltensweisen* einen Schutz vor staatlichen Eingriffen, beispielsweise das Recht, beliebige Gebäude zu errichten, ebenso wie das Recht, beliebige Verträge abzuschließen. Stets ist auch unstrittig anerkannt, dass der Staat im Grundsatz dann regulierend eingreifen kann, wenn er ein legitimes Ziel verfolgt und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt.

Auch wird der Ausprägung der Privatautonomie als Recht auf Auswahl des *Vertragspartners* in der Literatur häufig eine zu große Bedeutung beigemessen, indem beispielsweise ausgeführt wird, eine Vertragsanpassung beeinträchtigt die Vertragsfreiheit viel weniger als ein Kontrahierungszwang, da sich hier der Anbieter bereits auf einen Vertrag mit der betreffenden Person eingelassen habe und nur einzelne Vertragsbedingungen betroffen seien.³⁸⁶ Es bleibt nämlich unklar, warum eine Einschränkung bei der Wahl des *Vertragspartners* ein so viel stärkerer Einschnitt sein soll als die Einschränkungen bei der Wahl des *Vertragsinhalts*. Beispielsweise können regulatorische Vorschriften zu vorgeschriebenen Eigenschaften von bestimmten Produkten, Vertriebsverbote für bestimmte Produkte oder auch kartellrechtliche Vorschriften erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen für Anbieter haben. Sie alle können ein Geschäftsmodell unrentabel machen und können dadurch bisherige wirtschaftliche Tätigkeit im Kern gefährden. Für Diskriminierungsverbote hingegen ist dies kaum zu befürchten, zumal sie ja auch alle Anbieter gleichermaßen treffen und damit einen Wettbewerbsnachteil unwahrscheinlich machen.

Der Kontrahierungszwang ist in der Literatur als „krasseste Form des Eingriffs in die *Vertragsabschlussfreiheit*“³⁸⁷ (Hervorhebung durch den Verfasser) bezeichnet worden. Dies überzeugt jedoch nicht, stellt man auf die praktischen Auswirkungen im Diskriminierungsrecht oder wohl auch generell in anderen Fällen eines gesetzlichen Kontrahierungszwangs ab. Schließlich hat der Kontrahierungszwang in der Praxis nur eine relativ geringe Bedeutung und bringt daher in der Regel keine erheblichen wirtschaftlichen Einschränkungen mit sich. Wer die Schwere des Eingriffs hervorhebt, stellt wohl auch mehr auf den abstrakten Charakter und die Struktur des Rechtsinstituts ab. Stellt man aber auf den Charakter von Verbotsnormen ab, dann kann jede

³⁸⁵ In den Richtlinien wird jedenfalls dem Wortlaut nach der Vertragsfreiheit ein weniger gewichtiger Stellenwert eingeräumt als in Deutschland. So heißt es etwa in Erwägungsgrund 3 der Richtlinie 2004/113/EG, „durch das Diskriminierungsverbot dürfen andere Grundrechte und Freiheiten nicht beeinträchtigt werden; hierzu gehören der Schutz des Privat- und Familienlebens und der in diesem Kontext stattfindenden Transaktionen sowie die Religionsfreiheit.“ Die Richtlinie legt also den Schwerpunkt auf einen Kernbereich der Privatautonomie, nicht auf die Privatautonomie insgesamt.

³⁸⁶ MünchKomm/Thüsing, § 21 AGG, Rn. 24.

³⁸⁷ Jestaedt, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, in *Der Sozialstaat in Deutschland und Europa* (Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer; Band 64), S. 98 ff., 343.

zwingende gesetzliche Bestimmung als „krasseste Form des Eingriffs in die Vertragsinhaltsfreiheit“ bezeichnet werden. In all diesen Fällen wird nicht vertreten, dass statt eines Inhaltsverbotes irgendwelche anderen Ansprüche bestehen sollten, sondern selbstverständlich führt der Verstoß sogar zu einer Berücksichtigung ipso iure. Das Rechtsinstitut des Kontrahierungszwangs ist sozusagen das Gegenstück zur Norm des § 134 BGB und kann als die natürlich erscheinende Folge bezeichnet werden. Bei einer Kündigung unter Verstoß gegen ein Diskriminierungsverbot wird schließlich auch allgemein akzeptiert, dass die Kündigung nach § 134 BGB i. V. m. § 19 AGG unwirksam ist, und es wird nicht etwa vorgeschlagen, dass die Kündigung wirksam sein soll und dem Benachteiligten mit einem Schadensersatzanspruch geholfen wird. Hier akzeptiert man die Tatsache, dass eine Beendigung nicht möglich ist, und nimmt hin, was man als „krasseste Form des Eingriffs in die Freiheit, Verträge zu beenden“ bezeichnen kann.

Die Betonung des Elements der Abschlussfreiheit verkennt auch, dass der Übergang zwischen Abschlussfreiheit und Inhaltsfreiheit fließend ist. Klar als vom Beseitigungsanspruch erfasst angesehen wird beispielsweise der Fall, dass bei einzelnen unwirksamen Vertragsbedingungen diese durch solche ersetzt werden, zu denen der Anbieter Verträge mit anderen Kunden abschließt,³⁸⁸ also die Ersetzung von benachteiligenden Vertragsbedingungen durch benachteiligungsfreie (Vertragsanpassung).³⁸⁹ Dies als bloße Einschränkung der Inhaltsfreiheit zu bezeichnen, wird aber der Situation nicht gerecht, da der Anbieter hierdurch in ein bestimmtes Vertragsverhältnis mit einer Person gezwungen wird, das er mit dieser gerade nicht eingehen wollte. Will ein Anbieter mit einer Person P keinen Vertrag des Inhalts I schließen und wird er zu einem derartigen Vertragsverhältnis gezwungen, so wird seine Freiheit die *Kombination* P-I abzulehnen eingeschränkt, was durch die Begriffe Inhaltsfreiheit und Abschlussfreiheit nicht hinreichend zum Ausdruck kommt.

Es bestehen daher keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken gegen den Kontrahierungszwang und der Kontrahierungszwang ist daher mit dem Grundgesetz vereinbar.

³⁸⁸ Palandt/Grüneberg, § 21 AGG, Rn. 3.

³⁸⁹ MünchKomm/Thüsing, § 21 AGG, Rn. 16. In anderen Fällen liegt zwar eine gegenwärtige Beeinträchtigung vor, wegen § 134 BGB ist jedoch ein Beseitigungsanspruch überflüssig, wie bei der diskriminierenden Beendigung eines Dauerschuldverhältnisses (MünchKomm/Thüsing, § 21 AGG, Rn. 16).

(3) Fehlerhafte Gegenüberstellungen – abstrakte und konkrete Konzepte

Teilweise werden bei der Gegenüberstellung der in die Abwägung einzubringenden Interessen abstrakte und konkrete Konzepte vermischt. Insbesondere wird häufig gegen eine konkrete Diskriminierungssituation mit dem abstrakten Konzept von Vertragsfreiheit und Privatautonomie argumentiert.³⁹⁰ Ob man abstrakte Konzepte oder konkrete Konzepte berücksichtigt, ist nicht unerheblich, da man einem abstrakten Wert häufig automatisch eine größere Bedeutung beimisst. Die abstrakte Beschreibung wertet dabei ein Merkmal auf, da der generelle Charakter betont wird, und führt so zu einer Verzerrung.³⁹¹

Dies soll an dem Beispiel gezeigt werden, dass ein Vermieter sich weigert, an einen schwarzen Mietinteressenten zu vermieten. Betont man, dass in diesem Beispiel das Interesse des Mietinteressenten am Abschluss gerade dieses Mietvertrags (so konkret wie möglich) gegen das Rechtsinstitut der Privatautonomie abgewogen werden muss, dem in der Marktwirtschaft und im liberalen Rechtsstaat grundlegende Bedeutung zukommt (so abstrakt wie möglich), so klingt letzterer Wert viel bedeutender. Setzt man dagegen gegen die Privatautonomie die Verhinderung rassistischer Diskriminierungen als Ausprägung der Menschenwürde und der objektiven Wertordnung des Grundgesetzes, so stellt man abstrakte Positionen gegenüber und die Position für Diskriminierungsverbote erscheint stärker als im vorherigen Beispiel. Auch wenn man konkrete Positionen gegenüberstellt – Interesse des schwarzen Mietinteressenten am Abschluss von Mietverträgen ohne Einfluss seiner Hautfarbe gegen das Recht Verträge aufgrund der Rasse des Vertragspartners nicht abschließen zu müssen – so erscheint das Argument für Diskriminierungsverbote stärker. Hier soll offenbleiben, ob eine Gegenüberstellung möglichst konkreter Interessen bezogen auf die jeweilige Situation oder aber eine Gegenüberstellung abstrakter Interessen und Prinzipien geboten ist. Klar erscheint jedoch, dass eine Gegenüberstellung von Interessen auf verschiedenen Ebenen zu einer Verzerrung führt.

c) Weitere Anspruchsvoraussetzungen und Anspruchsumfang

Ein Anspruch auf Abschluss eines Vertrags setzt über die Benachteiligung hinaus weitere Anforderungen voraus. Am meisten diskutiert werden ein Kausalitätserfordernis, Anforderungen an die Bestimmtheit von Leistung und Gegenleistung sowie

³⁹⁰ So Ladeur, The German Proposal of an „Anti-Discrimination“-Law: Anticonstitutional and Anti-Common Sense. A response to Nicola Vennemann, German Law Journal 2002, Artikel 152.

³⁹¹ Vgl. Ruhrmann/Sommer, Vorurteile und Diskriminierung in den Medien, in Beelmann/Jonas (Hrsg.), Diskriminierung und Toleranz: Psychologische Grundlagen und Anwendungsperspektiven, S. 419 ff., 423.

fehlende objektive und subjektive Unmöglichkeit. Die ersten beiden waren ausdrücklich in § 22 Abs. 2 ADG-E enthalten,³⁹² der wie folgt lautete: „Im Fall einer Vertragsverweigerung kann der Benachteiligte den Abschluss eines Vertrags nur verlangen, wenn dieser ohne Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot erfolgt wäre. Die Leistung muss hinreichend bestimmt sein; die Gegenleistung ist im Zweifel nach § 315 Abs. 3 und § 316 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu ermitteln.“ Auch die Unmöglichkeit war bereits in der Regierungsbegründung zum ADG-Entwurf erwähnt.³⁹³ Bei allen drei Voraussetzungen handelt es sich um die Anwendung allgemeiner zivilrechtlicher Prinzipien auf den Anspruch.³⁹⁴

Eine kausale Verknüpfung von Diskriminierung und unterlassenem Vertragsschluss ist bei Massengeschäften in der Regel relativ unproblematisch, wirft aber z. B. bei Einzelobjekten Probleme auf. Das Kausalitätserfordernis wird hier nicht durch jede Diskriminierung erfüllt, sondern nur dann, wenn der Benachteiligte auch der „beste Interessent“ für das Objekt war. Wird ein Mietinteressent beispielsweise aus diskriminierenden Gründen abgelehnt, weist jedoch ein anderer Mietinteressent auch eine höhere Bonität etc. auf, so ist die Benachteiligung nicht kausal für den abgelehnten Vertragsschluss. Zwar liegt eine Benachteiligung vor und beispielsweise kann ein Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens bestehen,³⁹⁵ ein Kontrahierungszwang besteht hingegen nicht. Vertragsinteressen können also lediglich eine „benachteiligungsfreie Auswahlentscheidung“ erwarten.³⁹⁶ Einen Anspruch auf Abschluss eines Vertrags haben sie nur, wenn diese Entscheidung nur so getroffen werden kann, dass der Vertragsschluss mit ihnen erfolgen muss, sie also nach allen nicht benachteiligenden und zulässigen Kriterien ausgewählt werden müssten.³⁹⁷ Es zeigen sich hier deutliche Parallelen zur Rechtslage bei Ermessen für öffentliche Stellen (vgl. § 40 VwVfG) und der daraus sich ergebenden grundsätzlichen Beschränkung auf einen bloßen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung mit einem gebundenen Anspruch nur bei einer Ermessensreduzierung auf null.³⁹⁸ Die Parallelität erklärt sich aus der strukturellen Ähnlichkeit der beiden Rechtsinstitute: Sowohl das Konzept des Ermessensfehlers als auch das Konzept des Benachteiligungsverbotes erklären jeweils bestimmte Unterscheidungsgründe für rechtlich unzulässig, lassen aber dem Handeln-

³⁹² Gesetzentwurf, BT-Drucks. 15/4538.

³⁹³ Gesetzentwurf, BT-Drucks. 15/4538, S. 43.

³⁹⁴ Im damaligen Gesetzentwurf wird ausdrücklich auf die klarstellende Natur von § 22 Abs. 2 ADG-E hingewiesen, Gesetzentwurf, BT-Drucks. 15/4538, S. 43.

³⁹⁵ Gesetzentwurf, BT-Drucks. 15/4538, S. 44.

³⁹⁶ Bauer/Göpfert/Krieger, § 21 AGG, Rn. 6; Schmidt-Räntsch, EG-Diskriminierungsverbote im deutschen Mietrecht, in Börstinghaus/Eisenschmid (Hrsg.), Theorie und Praxis des Miet- und Wohnungseigentumsrechts – Festschrift für Hubert Blank zum 65. Geburtstag, S. 381 ff., 393.

³⁹⁷ MünchKomm/Thüsing, § 21 AGG, Rn. 28.

³⁹⁸ Vgl. beispielsweise BVerwGE 144, 44.

den einen Spielraum hinsichtlich der Berücksichtigung anderer Unterscheidungsmerkmale.³⁹⁹

Hinsichtlich der Bestimmtheit der Leistung dürfen keine zu hohen Anforderungen gestellt werden, um den Diskriminierungsschutz bereits in einem frühen Stadium der Vertragsanbahnung nicht leerlaufen zu lassen. Der Anbieter soll schließlich keinen Vorteil davon haben, dass er aus diskriminierenden Gründen bereits Verhandlungen über die Leistung vermeidet. In vielen Fällen wird auch die Gegenleistung bereits hinreichend bestimmt sein, beispielsweise wenn der Anbieter seine Preise veröffentlicht (und diese nicht diskriminierend ausgestaltet sind), wie in der Regel bei Rechtsgeschäften des täglichen Lebens, und der Preis nicht im Einzelfall ausgehandelt wird. Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn der Preis erst durch Verhandlungen ermittelt werden soll, es zu diesen aber nicht kommt, da der Anbieter sich von Beginn an weigert, mit einer bestimmten Person zu kontrahieren. Hinsichtlich der Gegenleistung bildet eine fehlende Bestimmung keine Probleme, wie die Regelung in §§ 316, 315 BGB zeigt, es ergibt sich aber das Problem, wie die Gegenleistung bestimmt werden sollte. Die „im Zweifel“-Vorschrift des § 316 BGB stellt eine Vermutung zugunsten des Anbieters zur Bestimmung der Gegenleistung auf, die nach § 315 Abs. 3 BGB billigem Ermessen entsprechen muss. Durch den Maßstab des billigen Ermessens wird dem Anbieter ein gewisser Spielraum eingeräumt.⁴⁰⁰ Die alte Regierungsbegründung begrüßte ausdrücklich das Bestimmungsrecht für den Anbieter, da „kein Anlass [besteht], über den gesetzlichen Kontrahierungszwang hinaus dem Benachteiligten auch die Vertragsgestaltungsfreiheit zu nehmen.“⁴⁰¹ Trotz der Nichtaufnahme des Verweises im AGG ist § 316 BGB als allgemeine zivilrechtliche Vorschrift grundsätzlich einschlägig. § 316 BGB ist allerdings unanwendbar, wenn sich aus der Auslegung des Vertrags oder besonderen Rechtsvorschriften⁴⁰² etwas anderes ergibt, nämlich beispielsweise eine Ermittlung nach objektiven Maßstäben.⁴⁰³

Aus dem Gesamtkonzept des AGG ergibt sich, dass eine Bestimmung nach objektiven Maßstäben erfolgen muss. Bei einem normalen Vertragsschluss wird die Gegenleistung in der Regel ausgehandelt. § 316 BGB soll nun eine Regelung treffen für den

³⁹⁹ Theoretisch bleiben alle beliebigen Unterscheidungsmerkmale zulässig, die weder durch das AGG noch durch andere gesetzliche Vorschriften für unzulässig erklärt werden. Je weniger nachvollziehbar jedoch ein Kriterium ist, umso eher wird man es als bloß vorgeschoben qualifizieren können, vgl. Kossak, Rechtsfolgen, S. 163 f.

⁴⁰⁰ Schulze/Schulze, § 315 BGB, Rn. 1; Palandt/Grüneberg, § 315 BGB, Rn. 10. In der Praxis dürfte in vielen Fällen allerdings ein Spielraum ausscheiden, nämlich wenn Massengeschäfte immer zu gleichen Konditionen abgeschlossen werden; vgl. Gesetzentwurf, BT-Drucks. 15/4538, S. 44.

⁴⁰¹ Gesetzentwurf, BT-Drucks. 15/4538, S. 44.

⁴⁰² So gehen die Vorschriften der §§ 612 Abs. 2, 632 Abs. 2 und 653 Abs. 2 BGB als Sonderregeln vor.

⁴⁰³ Schulze/Schulze, § 316 BGB, Rn. 1; Palandt/Grüneberg, § 316 BGB, Rn. 2.

Fall, dass Parteien einvernehmlich von einer Regelung der Gegenleistung abgesehen haben,⁴⁰⁴ nicht aber, wenn keine Gegenleistung bestimmt ist, weil es aufgrund eines einseitigen Verstoßes des Anbieters gegen gesetzliche Vorschriften nicht zu einer vertraglichen Bestimmung kommt. Wenn der Anbieter gegen ein Diskriminierungsverbot verstößt, warum sollte er dann den Vorteil haben, dass ihm ein gewisser Spielraum eingeräumt wird, anstatt zu unterstellen, Ergebnis des Verhandels sei eine objektiven Maßstäben entsprechende Gegenleistung? Durch den Verstoß würde der Anbieter gleichsam einen Ausgestaltungsspielraum erhalten, den er sonst nicht hätte. Zwar hat der Anbieter in der Tat die Möglichkeit (gerade wenn es um ein Unikat geht), seine Preisvorstellungen in die Verhandlungen einzubringen und er hat einen erheblichen Spielraum, welche Preisvorstellungen er gegenüber dem Vertragsinteressenten geltend macht. Der Vertragsinteressent hat jedoch ebenso einen Spielraum, welchen Kaufpreis er anbietet. Der tatsächlich vereinbarte Preis ergibt sich dann aus den Verhandlungen zwischen beiden Parteien. Die oben zitierte Aussage der Gesetzesbegründung zum alten ADG-Entwurf geht daher von falschen Tatsachen aus: Dem Benachteiligten wird nicht eine (einseitige) Vertragsgestaltungsfreiheit genommen, wenn dieser nicht nach § 316 BGB die Gegenleistung nach billigem Ermessen alleine bestimmen kann, da er dies auch bei einem regulären Vertragsschluss nicht könnte, da die Gegenleistung durch Verhandlung bestimmt würde. Die Bestimmung nach objektiven Maßstäben gilt allerdings nur, wie dargestellt, wenn die Gegenleistung nicht bestimmt ist, beispielsweise durch veröffentlichte Preise des Anbieters.

III. Schadensersatzansprüche

Der Anspruch auf Schadensersatz ergibt sich aus § 21 Abs. 2 S. 1 AGG. § 21 Abs. 2 S. 2 AGG enthält eine Regelung zum Vertretenmüssen des Anspruchsgegners. Hinsichtlich immaterieller Schäden enthält § 21 Abs. 2 S. 3 AGG eine Sonderregelung, auf deren strittigen dogmatischen Charakter im Zusammenhang mit immateriellem Schadensersatz eingegangen wird.

1. Zusätzliche Tatbestandsvoraussetzungen und Vertretenmüssen

Der Schadensersatzanspruch setzt – über den nicht gerechtfertigten Verstoß gegen ein Benachteiligungsverbot hinaus – einen Schaden des Anspruchstellers sowie Kausalität zwischen Schaden und Verstoß voraus.

⁴⁰⁴ So auch Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, S. 108.

Nach § 21 Abs. 1 S. 2 AGG entfällt eine Schadensersatzpflicht, wenn der Anspruchsgegner die Pflichtverletzung (also den Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot) nicht zu vertreten hat. Hier liegt nach dem klaren, an § 280 Abs. 1 S. 2 BGB angelehnten Wortlaut eine Einwendung vor. Die Beweislast trägt also der Anspruchsgegner. Dabei hat der Benachteiligende nach dem zumindest analog⁴⁰⁵ anwendbaren § 276 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Wie bereits oben⁴⁰⁶ dargestellt, ist § 278 BGB zumindest analog anwendbar in den Fällen, in denen bereits ein Schuldverhältnis besteht, sodass in diesen Fällen ein Vertretenmüssen von Erfüllungsgehilfen im Sinne dieser Vorschrift zugerechnet wird. Wie unten näher dargestellt,⁴⁰⁷ ist § 21 Abs. 1 S. 1 AGG nach hier vertretener Auffassung auch Anspruchsgrundlage für immaterielle Schäden, sodass auch hinsichtlich immaterieller Schäden der Anspruchsgegner einwenden kann, er habe den Verstoß nicht zu vertreten.

Wie oben dargestellt, ist im Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/113/EG ein Schadensersatzanspruch zwingend vorgesehen, der nicht von einem Verschuldenserfordernis abhängig gemacht werden darf.⁴⁰⁸ Im Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/43/EG ist hingegen ein Schadensersatzanspruch überhaupt nicht zwingend vorgesehen; europarechtlich müssen lediglich die Rechtsfolgen in ihrer Gesamtheit den allgemeinen Prinzipien gerecht werden.

Zunächst ist zu beachten, dass in § 21 Abs. 2 S. 2 AGG ein fehlendes Vertretenmüssen als Entlastungsmöglichkeit für den Anspruchsgegner vorgesehen ist, nicht aber ein Verschuldenserfordernis als positives Tatbestandsmerkmal. Dass der Gesetzgeber von „Vertretenmüssen“ und nicht von „Verschulden“ spricht, ist dabei ein rein terminologischer Unterschied. Aber auch die Tatsache, dass das Merkmal als Einwendung ausgestaltet ist, ändert im Hinblick auf die Frage der Europarechtskonformität nichts. Insoweit hat der EuGH nämlich ausdrücklich entschieden, dass es keine Rolle spielt, wie leicht der Nachweis des Verschuldens zu erbringen ist.⁴⁰⁹

⁴⁰⁵ Der Ausdruck „Vertretenmüssen“ spricht für eine Anwendbarkeit des § 276 BGB und die Regierungsbegründung spricht für den arbeitsrechtlichen Teil (§ 15 AGG) ausdrücklich von dessen Anwendbarkeit (Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 38). Die direkte Anwendbarkeit ist jedoch in manchen Fällen fraglich, da § 276 BGB das Vertretenmüssen des Schuldners regelt und auch Fälle ohne jegliches Schuldverhältnis – also auch ohne vorvertragliches Schuldverhältnis – vom AGG erfasst werden.

⁴⁰⁶ 3. Teil, B. II.

⁴⁰⁷ 3. Teil, C. III. 3.

⁴⁰⁸ Siehe oben 2. Teil, B. III. 3.

⁴⁰⁹ EuGH, Draehmpaehl, Rs. C-180/95, 22.04.1997, Rn. 20.

Daher verstößt für das Merkmal Geschlecht § 21 Abs. 2 S. 2 AGG gegen Art. 8 Abs. 2 Richtlinie 2004/113/EG.⁴¹⁰ Eine richtlinienkonforme Auslegung kommt nicht in Betracht, da diese gegen den ausdrücklichen Wortlaut nicht zulässig ist. Folge der Europarechtswidrigkeit ist auch nicht die unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlini- enbestimmung unter Privaten, sondern nur ein Anspruch auf Schadensersatz aus unionsrechtlich gebotener Staatshaftung gegen die Bundesrepublik Deutschland.⁴¹¹ Für die Merkmale Rasse und ethnische Herkunft sind dagegen die Rechtsfolgen in ihrer Gesamtheit zu würdigen. Für alle nicht-determinierten Merkmale ist der Gesetz- geber völlig frei in der Bestimmung der Rechtsfolgen.

2. Umfang des Schadensersatzanspruchs

Für den Umfang des Schadensersatzanspruches gelten mangels speziellerer Regelun- gen die §§ 249 ff. BGB. Dabei gilt der Grundsatz des Vorranges der Naturalrestitution (§ 249 BGB) vor der Geldentschädigung (§ 251 BGB). Unter Naturalrestitution fällt dabei insbesondere die Anpassung eines Vertrags bei benachteiligenden Vertragsbe- stimmungen oder auch der Abschluss eines Vertrags bei einer benachteiligten Ver- weigerung des Vertragsschlusses. Diese beiden Rechtsfolgen ergeben sich jedoch auch bereits aus dem Beseitigungsanspruch.

Schadensersatz in Geld spielt daher eine größere Rolle. Er wird nach der Differenz- hypothese berechnet (Differenz der hypothetischen Vermögenslage ohne Benachteiligung und tatsächlicher Vermögenslage). In einem typischen Fall ist dies die Differenz zu einem höheren Preis, der bei einem anderen Anbieter zu zahlen ist. Er umfasst auch entgangenen Gewinn (§ 252 BGB), beispielsweise wenn ein Geschäft scheitert, weil ein Taxifahrer sich weigert, einen Kunden zu einem wichtigen Termin zu fah- ren.⁴¹²

Außerdem wird vertreten, dass (als alternative Möglichkeit) Ersatz vergeblicher Auf- wendungen im Vertrauen auf einen ins Auge gefassten Vertragsschluss verlangt werden kann, wenn es aus diskriminierenden Gründen nicht zum Vertragsschluss kommt.⁴¹³ Hiergegen spricht zwar, dass der Verstoß gegen das Benachteiligungsver- bot gerade keinen Fall eines Vertrauensbruchs darstellt und daher der Ersatz vergebli- cher Aufwendungen als typische Position eines Vertrauensschadens zunächst sys- temwidrig erscheint. Auf der anderen Seite durchbricht aber auch § 284 BGB die

⁴¹⁰ So auch MünchKomm/Thüsing, § 21 AGG, Rn. 48; offen lässt dies hingegen Schiek/Schiek, § 21 AGG, Rn. 22.

⁴¹¹ EuGH, Marshall, Rs.152/84, 26.02.1986; vgl. auch Craig/de Búrca, EU Law, S. 194 ff.

⁴¹² Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 46.

⁴¹³ MünchKomm/Thüsing, § 21 AGG, Rn. 56.

Systematik und lässt dem Schuldner ein Wahlrecht zum Ersatz vergeblicher Aufwendungen statt des – systematisch konsequenten – Anspruchs auf Ersatz des Erfüllungsinteresses. § 284 BGB kommt Bedeutung gerade für aus ideellen Gründen geschlossene Verträge zu, da dort nach herrschender Meinung kein Erfüllungsschaden eintritt, da dem Anspruchsinhaber keine (materiellen) Vorteile entgehen.⁴¹⁴

Diese Überlegung lässt sich auch auf die Diskriminierungsverbote übertragen, nämlich auf den Fall eines aus diskriminierenden Gründen abgelehnten Abschlusses eines aus ideellen Gründen angestrebten Vertrags, für den der Vertragsinteressent Aufwendungen machen musste.⁴¹⁵ Bezweckt der Gesetzgeber einen Schutz aus ideellen Gründen geschlossener Verträge vor allgemeinen Pflichtverletzungen, so überzeugt es nicht, keinen Schutz für einen Verstoß gegen die ausdrücklich verankerten Diskriminierungsverbote vorzusehen. Außerdem wird durch den Anspruch der Ähnlichkeit des Anspruchs zum Vertragsrecht (dort gilt § 284 BGB) und zum vorvertraglichen Recht (der Anspruch aus culpa in contrahendo ist im Regelfall auf das negative Interesse gerichtet, welches vergebliche Aufwendungen umfasst) Rechnung getragen.

Eine Höchstgrenze für den Anspruch ist im AGG nicht vorgesehen, im Gegensatz zur arbeitsrechtlichen Bestimmung des § 15 Abs. 2 S. 2 AGG. Teilweise wird eine Bestimmung einer Höchstpflicht für erforderlich gehalten, da die Richtlinien verhältnismäßige Rechtsfolgen verlangen.⁴¹⁶ Dem wird entgegengehalten, im Zivilrecht bestünde – im Gegensatz zum Arbeitsrecht – keine Gefahr hoher Zahlungen,⁴¹⁷ was allerdings aufgrund der enormen Vielfalt denkbarer Verträge im Zivilrecht viel zu pauschal erscheint und nicht überzeugt. Gleichwohl gebietet der europarechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz keine Festsetzung einer Höchstgrenze. Für das Merkmal Geschlecht folgt das bereits daraus, dass Art. 8 Abs. 2 S. 2 Richtlinie 2004/113/EG eine Höchstgrenze ausdrücklich ausschließt⁴¹⁸ und somit eine den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verdrängende Sonderregelung vorliegt.

Aber auch darüber hinaus gilt, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Eingriffsschranke den Eingriff in die Rechtsposition des Diskriminierenden in Verhältnis zum

⁴¹⁴ BGHZ 99, 182. Bei nicht aus ideellen Gründen geschlossenen Verträgen spricht die sogenannte „Rentabilitätsvermutung“ hingegen dafür, dass Aufwendungen durch die zu erwartende Gegenleistung jedenfalls aufgewogen worden wären (BGH NJW 2009, 1870).

⁴¹⁵ Ein häufig genanntes Beispiel (siehe BGHZ 99, 182) ist die Anmietung einer Stadthalle für eine ideelle Veranstaltung. In diesem Beispiel kann man sich sehr gut vorstellen, dass die Vermietung unter Verstoß gegen das AGG verweigert wird.

⁴¹⁶ Nickel, Handlungsaufträge zur Bekämpfung von ethnischen Diskriminierungen in der neuen Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/43/EG, NJW 2001, 2668, 2671.

⁴¹⁷ MünchKomm/Thüsing, § 21 AGG, Rn. 58.

⁴¹⁸ Hierzu und zum unglücklichen deutschen Wortlaut vgl. oben 2. Teil, B. III. 2.

durch die Diskriminierungsverbote zu erreichenden Ziel setzt. Bei hohen tatsächlichen Schäden kommt jedoch der Verhinderung der sie verursachenden Diskriminierungen ersichtlich große Bedeutung zu, sodass der Ausgleich dieser tatsächlich entstehenden Schäden nicht als unverhältnismäßig bezeichnet werden kann. Überhaupt ist schwerlich zu erkennen, warum der vollständige Ausgleich rechtswidrig verursachter Schäden unverhältnismäßig sein sollte, zumal auch sonst im deutschen Recht nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 280 ff. BGB und §§ 823 ff. BGB rechtswidrige Schäden im Regelfall vollständig und ohne Einschränkung durch eine Höchstgrenze ersetzt werden. Auch wäre es kaum mit dem Sinn der europäischen Richtlinien zum Diskriminierungsschutz zu vereinbaren, wenn sich aus ihnen ergeben würde, dass das rechtswidrig geschädigte Opfer einer Diskriminierung zwingend einen Teil seines Schadens selbst tragen muss.

3. Entschädigung für immaterielle Schäden

a) Ersatz für immaterielle Schäden im deutschen Recht und Grundlage der Entschädigung nach dem AGG

Eine Ersatzpflicht für immaterielle Schäden ergibt sich aus § 21 Abs. 2 S. 1 und 3 AGG. Die Pflicht zum Schadensersatz in Geld für immaterielle Schäden stellt im deutschen Recht eine Ausnahme dar, da § 253 Abs. 1 BGB den Grundsatz aufstellt, dass für immaterielle Schäden kein Ersatz in Geld zu leisten ist. Hierzu bestehen jedoch einige Ausnahmen, beispielsweise für die Verletzung des Körpers in der Form von Schmerzensgeld (§ 253 Abs. 2 BGB) sowie nach der Rechtsprechung für Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.⁴¹⁹ Die Gesetzesbegründung zum AGG sieht in der Genugtuung des Benachteiligten den wichtigsten Zweck der Entschädigung bei Diskriminierungen.⁴²⁰ Diese Fokussierung überzeugt jedoch nicht. Die Entschädigung sollte vielmehr allen Zwecken des Gesetzes (und mittelbar der Richtlinien) dienen, also insbesondere auch der Verhaltenssteuerung. Gerade angesichts des klaren Wortlauts der Zielbestimmung in § 1 AGG, „Benachteiligungen [...] zu verhindern oder zu beseitigen“, kann es nicht überzeugen, den gerade im Antidiskriminierungsrecht wichtigen Ersatz des immateriellen Schadens auf die bloße Ausgleichs-

⁴¹⁹ Der BGH hat den Anspruch vor Erlass von § 253 Abs. 2 BGB aus § 823 BGB i. V. m. Art. 1 und 2 GG abgeleitet; der Gesetzgeber hat daher eine Aufnahme in § 253 Abs. 2 BGB für unnötig gehalten (vgl. BT-Drucks. 14/7752, S. 25).

⁴²⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 46.

funktion zu reduzieren, sondern es sollte vielmehr auch seine Präventivfunktion ausreichend berücksichtigt werden.⁴²¹

Dem Wortlaut nach macht § 21 Abs. 2 S. 1 und 3 AGG lediglich einen beliebigen immateriellen Schaden zur Voraussetzung für die Zuerkennung einer Entschädigung. Es stellt sich jedoch die Frage, ob wirklich jeder beliebige immaterielle Schaden eine Ersatzpflicht auslöst, oder ob nicht vielmehr für eine Pflicht zur Entschädigung an die Art des Schadens besondere Anforderungen gestellt werden müssen. Hinsichtlich der Art wird wohl allgemein eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts für erforderlich gehalten,⁴²² also eine Beeinträchtigung der Ehre des Benachteiligten. Ausgeschlossen ist somit – entgegen dem weiten Wortlaut – die Geltendmachung anderer immaterieller Schäden (wie z. B. Zeitverlust), und zwar sowohl deren isolierte Geltendmachung ohne dass eine Persönlichkeitsrechtsverletzung vorläge als auch die Geltendmachung neben einer solchen. Dies überzeugt, da das Gesetz ersichtlich Persönlichkeitsverletzungen privilegieren will, wie auch § 253 Abs. 2 BGB Verletzungen des Körpers privilegiert, und einen Ausgleich für diese gewähren will, nicht aber auch – entgegen allen Grundprinzipien des deutschen Rechts – sämtliche immateriellen Schadenspositionen berücksichtigen möchte. Schließlich ist auch für § 253 Abs. 2 BGB allgemein anerkannt, dass diese Vorschrift eine Rechtsgrundlage für Schmerzensgeld darstellt, nicht aber für einen Ersatz immaterieller Schadensposten insgesamt,⁴²³ sodass auch die Systematik des Schadensersatzrechts für diese Einschränkung spricht.

b) *Verschuldensunabhängige Haftung für immaterielle Schäden?*

Umstritten ist, ob die Ersatzpflicht für immaterielle Schäden – im Gegensatz zur Ersatzpflicht für materielle Schäden – verschuldensunabhängig besteht, also ob der Entlastungsbeweis nach § 21 Abs. 2 S. 2 AGG nicht gegenüber der als eigene Anspruchsgrundlage verstandenen Vorschrift des § 21 Abs. 2 S. 3 AGG offen steht. Bei der arbeitsrechtlichen Schadensersatzregelung in § 15 AGG geht die Gesetzesbegründung klar davon aus, dass Nichtvermögensschäden verschuldensunabhängig ersetzt werden.⁴²⁴ Für § 21 AGG geht die Gesetzesbegründung dagegen davon aus, dass für beide Schadensarten ein Verschuldenserfordernis gilt.⁴²⁵ Hierfür spricht auch klar die Systematik des Gesetzes. Satz 1 nennt nämlich die Voraussetzung „Verletzung des

⁴²¹ Dies ist selbst für das allgemeine Persönlichkeitsrecht anerkannt, vgl. oben 3. Teil, B. IV. 1.

⁴²² Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 46, 21, 60.

⁴²³ Vgl. beispielsweise BGHZ 128, 117 zur Funktion des Schmerzensgeldes nach § 847 BGB a. F. Der Wortlaut des § 253 Abs. 2 BGB würde eine Interpretation, dass alle Vermögensschäden ersetzt werden sollen, nicht völlig ausschließen.

⁴²⁴ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 38.

⁴²⁵ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 46. So auch Rühl/Schmid/Viethen, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, S. 157 f.

Benachteiligungsverbots“ und die Rechtsfolge Schadensersatz, ohne die Rechtsfolge näher zu konkretisieren. Satz 3 ist zwingend auf Satz 1 angewiesen, da er nur die Rechtsfolge aus Satz 1 näher regelt, nämlich für den Sonderfall des immateriellen Schadens, und insoweit § 253 Abs. 1 BGB für nicht anwendbar erklärt.⁴²⁶

Auch das allgemein in der deutschen Gesamtrechtsordnung geltende Stufenverhältnis von immateriellem Schaden und materiellem Schaden – nämlich die klare Privilegierung materieller Schadenspositionen, die sich insbesondere in der grundsätzlichen Ersatzpflicht für materielle Schäden im Gegensatz zum grundsätzlichen Ausschluss eines Ersatzes für immaterielle Positionen zeigt – spricht dafür, dass der Entlastungsbeweis auch für den Ersatz immaterieller Schäden gilt. Denn wenn bereits materieller Schaden nur bei Verschulden ersetzt wird, sollte aufgrund des Stufenverhältnisses für den immateriellen Schaden aus systematischen Gründen nichts anderes gelten. Weiterhin kann argumentiert werden, dass das Verschuldensprinzip das zentrale Prinzip im deutschen Recht für die Haftung auf Schadensersatz darstellt und die Regelung zu materiellen Schäden im AGG zeigt, dass dieses Prinzip auch im Bereich der Diskriminierungsverbote gelten soll. Hätte der Gesetzgeber für immaterielle Schäden hiervon abweichen wollen, so hätte er dies durch eine unzweideutige Formulierung klarstellen müssen.

c) Die Persönlichkeitsrechtsverletzung und die Anforderungen an ihre Intensität

Wie gezeigt, ist Voraussetzung eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts, also nicht jeder beliebige immaterielle Schaden. Eine Persönlichkeitsrechtsverletzung i. S. d. AGG wird häufig *ihrer Art nach* – im Gegensatz zu *ihrer Intensität nach* – für identisch gehalten mit einer Persönlichkeitsrechtsverletzung im Sinne der Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht.⁴²⁷ Dies ist aber nur teilweise richtig. Zwar ist auch nach dem AGG die Persönlichkeitsrechtsverletzung ihrer Art nach eine Verletzung der Ehre, aufgrund des Erlasses des AGG muss jedoch bei mehr Handlungen angenommen werden, sie stellen eine Ehrverletzung dar. Wegen der klaren Wertentscheidung des Gesetzgebers im AGG gegen bestimmte Ungleichbehandlungen kann für Verhaltensweisen, bei denen früher argumentiert werden konnte, sie stellen keine Persönlichkeitsrechtsverletzung dar, da sie von der Privatautonomie umfasst sind, die Privatautonomie nicht mehr zur Rechtfertigung herangezogen werden. Denn im AGG hat der Gesetzgeber nun schließlich selbst der Privatautonomie Grenzen gezogen und

⁴²⁶ MünchKomm/Thüsing, § 21 AGG, Rn. 40 f.

⁴²⁷ Auch der Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 46, scheint hiervon auszugehen.

in den hierdurch gezogenen Grenzen darf die Privatautonomie daher nicht als Argument verwendet werden.⁴²⁸ Da wohl jede Verletzung eines Benachteiligungsverbot es auch die Würde der benachteiligten Person trifft, wird zu Recht davon ausgegangen, dass jeder Benachteiligung *ihrer Art nach* eine Persönlichkeitsrechtsverletzung immanent ist.⁴²⁹

Die Anforderungen an die Intensität der Verletzung sind sehr umstritten: Teilweise wird eine schwerwiegende Verletzung für erforderlich gehalten, um eine Pflicht zur Entschädigung auszulösen.⁴³⁰ Dieses Erfordernis ist der Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht entnommen. Andere weisen dagegen darauf hin, dass bei richtlinienkonformer Auslegung des § 21 Abs. 2 AGG nicht die engen Voraussetzungen der Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht übernommen werden dürften.⁴³¹ Wie oben gezeigt, ist eine Anwendung der Grundsätze des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in der Tat systemwidrig und europarechtswidrig, sodass keine schwerwiegende Verletzung vorausgesetzt ist. Sinnvoll erscheint, eine Bagatellgrenze anzunehmen, wie dies auch für andere Rechtsgüter des § 253 Abs. 2 BGB aus Gründen der Praktikabilität angenommen wird.⁴³²

d) Subsidiarität des Anspruchs

Nach der Gesetzesbegründung besteht der Anspruch nur, wenn die Persönlichkeitsrechtsverletzung nicht auf andere Weise ausreichend ausgeglichen werden kann.⁴³³ Auch insoweit handelt es sich um einen von der Rechtsprechung entwickelten Grundsatz zu Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.⁴³⁴

Wie oben gezeigt,⁴³⁵ ist die Übernahme der in der Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht entwickelten Grundsätze generell abzulehnen, für diesen Punkt

⁴²⁸ Siehe oben zu den ähnlichen – aber nicht mit dem hier erörterten Problem identischen – Punkten, dass die Privatautonomie nicht auf Rechtsfolgenebene als Argument gegen einen Kontrahierungszwang herangezogen werden kann (3. Teil, C. II. 4. b) (1)), und dass durch die klare gesetzgeberische Regelung zugunsten immateriellen Schadensersatzes nicht auf die Einschränkungen der Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht zurückgegriffen werden sollte (3. Teil, B. IV. 3.).

⁴²⁹ Neuner, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, JZ 2003, 57, 62; Kossak, Rechtsfolgen, S. 212.

⁴³⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 46; MünchKomm/Thüsing, § 21 AGG, Rn. 60. Beispielsweise hat das LG Tübingen (Urteil vom 29.07.2011, 7 O 111/11) die Klage eines Mannes abgewiesen, dem mit der Formulierung es seien „schon genug Schwarze drin“ der Zutritt zu einer Diskothek verweigert worden war, da die Kränkung nicht erheblich genug sei. Das OLG Stuttgart hat hingegen in der Berufung eine Entschädigung von 900 Euro zugesprochen (OLG Stuttgart, NJW 2012, 1085).

⁴³¹ So auch Armbrüster, in Rudolf/Mahlmann (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, S. 314 f.

⁴³² BGH NJW 1992, 1043; BGHZ 122, 363.

⁴³³ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 46.

⁴³⁴ Siehe hierzu oben 3. Teil, B. IV. 1.

⁴³⁵ Siehe 3. Teil, B. IV.

liegen aber zusätzlich noch weitere starke Gegenargumente vor: Es bleibt nämlich völlig unklar, was genau eine andere Ausgleichsmöglichkeit für genau diese Verletzung darstellen soll. Einzig überzeugend ist hier Gegendarstellung oder Widerruf,⁴³⁶ da durch diese im Einzelfall auch gerade die eingetretene Ehrverletzung ausgeglichen werden kann. Teilweise wird jedoch darauf abgestellt, ob andere Sanktionen *für andere Schadensposten* insgesamt ein ausreichend großes Abschreckungspotenzial aufweisen und es wird vertreten, „wenn der Verstoß bereits durch den Ersatz des Vermögensschadens hinreichend sanktioniert ist, kann es an einer „übrig bleibenden“ Ehrverletzung fehlen.“⁴³⁷ Bei dieser Interpretation werden jedoch sowohl unterschiedlich Schadensposten vermischt als auch der zentrale Ausgleichsgedanke völlig vernachlässigt, da ein Ausgleich der konkreten immateriellen Schadensposten dann häufig nicht stattfindet.

Teilweise wird der Subsidiaritätsgrundsatz nicht lediglich auf die Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht gestützt, sondern auch aus dem Grundsatz des Vorrangs der Naturalrestitution sowie aus dem Ausnahmecharakter der Entschädigung in Geld für immaterielle Schäden abgeleitet.⁴³⁸ Der Vorrang der Naturalrestitution betrifft aber ebenfalls nur identische Schadenspositionen und der Ausnahmecharakter kann nicht als einschränkendes Argument herangezogen werden aufgrund der ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung in § 21 Abs. 2 S. 3 AGG. Denn wenn der Gesetzgeber Schadensersatz für immaterielle Schäden ausdrücklich vorsieht, so darf diese *lex specialis* nicht unter Verweis auf allgemeine Prinzipien in erheblicher Weise eingeschränkt werden.

e) Bemessung der Entschädigung

Der Wortlaut des § 21 Abs. 2 S. 3 AGG sieht eine „angemessene Entschädigung in Geld“ vor. Auch hier schlägt sowohl die Gesetzesbegründung als auch ein Teil der Literatur vor, für die Bemessung von den Rechtsprechungsgrundsätzen zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht auszugehen.⁴³⁹ Nach diesen Grundsätzen wird regelmäßig auf die Genugtuung des Opfers, die Intensität der Verletzung und Präventionsaspekte abgestellt, wobei die Genugtuung des Opfers im Vordergrund steht.

⁴³⁶ Kossak, Rechtsfolgen, S. 213, Fn. 1073.

⁴³⁷ Kossak, Rechtsfolgen, S. 213.

⁴³⁸ Kossak, Rechtsfolgen, S. 213.

⁴³⁹ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 46; MünchKomm/Thüsing, § 21 AGG, Rn. 62.

Die Betonung der Präventionsaspekte ist verwunderlich, da die herrschende Meinung Verhaltenssteuerung und Prävention in der Regel keine große Bedeutung beimisst.⁴⁴⁰ Es erscheint inkonsequent, Präventionsgesichtspunkte nur dann zu berücksichtigen, wenn auch immaterieller Schaden entstanden ist. Warum bleibt eine Präventivfunktion bei der Bemessung dagegen unberücksichtigt, wenn „nur“ sehr hoher materieller Schaden entsteht und aus bestimmten Gründen eine abschreckende Wirkung von einfachem Schadensersatz völlig unwahrscheinlich ist?

Ob aus Präventionsgründen der Schadensersatz höher bemessen werden sollte, hängt in keiner Weise vom materiellen oder immateriellen Charakter des Schadens ab. Vielmehr erscheint es wahrscheinlich, dass bei der – in manchen Fällen einfachen – Berechnung herkömmlichen Schadensersatzes bei materiellen Schäden eine Berücksichtigung von präventiven Gesichtspunkten stärker als Abweichung vom Ausgleichsgrundsatz wahrgenommen würde. Bei der – in praktisch allen Fällen schwierigen – Bemessung immateriellen Schadensersatzes wäre dagegen bei einer Berücksichtigung von Präventivfaktoren eine Abweichung vom Ausgleichsgrundsatz wohl nur bei einer expliziten Begründung der Bemessung nachvollziehbar,⁴⁴¹ sodass hier der Widerspruch der beiden Prinzipien nicht so deutlich vor Augen tritt.

Hinsichtlich der Höhe des Schadensersatzes stellt sich die Frage, welche Bedeutung der Formulierung „angemessene Entschädigung“ zukommt und ob der Schadensersatz hinter vollem Schadensersatz zurückbleibt. Die Gesetzesbegründung ist hierbei nicht eindeutig: Dort heißt es direkt hintereinander zum einen, „[d]ie in § 21 vorgesehenen Ansprüche leisten – im Einklang mit allgemeinen Prinzipien des Schadensersatzrechts – volle Kompensation der entstandenen Vermögens- und Nichtvermögensschäden“, zum anderen aber „Absatz 2 garantiert die Kompensation der Vermögensschäden und einen angemessenen Ausgleich für Nichtvermögensschäden“,⁴⁴² was für einen Unterschied spricht. Es erscheint naheliegend, dass der Gesetzgeber von „Entschädigung“ statt „Schadensersatz“ spricht und außerdem das Wort „angemessen“ beifügt, um auf die schwierigere Bemessung hinzuweisen und die Berücksichtigung aller Umstände

⁴⁴⁰ Vgl. Kötz/Wagner, Deliktsrecht, S. 29; Palandt/Grüneberg, Vorb v § 249 BGB, Rn. 2.

⁴⁴¹ Wenn beispielsweise in einer Urteilsbegründung ausgeführt wird, der immaterielle Schaden werde mit EUR 2000 Euro bewertet, immaterieller Schadensersatz werde aber aufgrund von Präventionsgesichtspunkten in Höhe von EUR 6000 zugesprochen. Wird dagegen – nach Berücksichtigung einer Vielzahl von Gesichtspunkten – lediglich ausgeführt, im konkreten Fall sei eine Schadensersatzhöhe von EUR 6000 angemessen, so liegt nicht auf der Hand, dass der Schaden niedriger bewertet wird.

⁴⁴² Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 46.

des Einzelfalls einzubeziehen.⁴⁴³ Ein Unterschied zu vollem Schadensersatz sollte daher nicht angenommen werden.

IV. Nichtigkeit von Rechtsgeschäften

Einseitige Rechtsgeschäfte, die gegen ein Benachteiligungsverbot des AGG verstoßen, sind gemäß § 134 BGB nichtig. Als Standardbeispiel wird die Nichtigkeit einer Kündigung genannt, die unter Verstoß gegen ein Benachteiligungsverbot ausgesprochen wurde.⁴⁴⁴ In vielen Fällen wird auch § 138 BGB verletzt sein. Hierdurch ergeben sich jedoch keine abweichenden Rechtsfolgen.

§ 21 Abs. 4 AGG enthält eine Sonderregelung zu § 134 BGB für benachteiligende Vereinbarungen und bestimmt, dass sich der Benachteiligende auf diese nicht berufen kann. Damit ist klar, dass keine Gesamtnichtigkeit des Vertrags eintritt, sondern nur eine partielle Nichtigkeit der benachteiligenden Vereinbarungen.⁴⁴⁵ Dies hätte sich aber auch bei § 134 BGB nicht anders dargestellt, da dort für sog. einseitige Verbotsgesetze, die nur das Verhalten einer Vertragspartei missbilligen, gerade nicht die vollständige Nichtigkeit eintritt, da sie den benachteiligten Teil schutzlos ließe.⁴⁴⁶ Auch § 19 AGG ist ersichtlich ein solch einseitiges Verbotsgesetz.

Stellt eine Handlung nicht ihrer Art nach eine Benachteiligung dar, sondern nur aufgrund des Umfangs oder der Höhe (z. B. bei zu hoher vereinbarter Gegenleistung), so stellt sich die Frage, was statt des Vereinbarten gilt. Hierbei sollte keine geltungserhaltende Reduktion auf das diskriminierungsrechtlich gerade noch Zulässige erfolgen,⁴⁴⁷ um nicht geradezu Anreize zum Verstoß zu setzen, da der Verstoßende hierdurch nie schlechtergestellt wird, als wenn er eine zulässige Höhe gewählt hätte. Stattdessen greift eine dispositive gesetzliche Regelung oder das üblicherweise Verlangte.⁴⁴⁸

Abgrenzungsprobleme ergeben sich zwischen der Nichtigkeit ipso iure – wie sie in § 134 BGB und in § 21 Abs. 4 AGG vorgesehen ist – und dem Beseitigungsanspruch des § 21 Abs. 1 S. 1 AGG, der ein Tätigwerden des Benachteiligten erforderlich macht. Für benachteiligende Vertragsbedingungen ist die Regelung zur partiellen

⁴⁴³ Auch für § 253 Abs. 2 BGB ist anerkannt, dass alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind, vgl. BGHZ 18, 149 (zu § 847 BGB a. F.). Dort heißt es im Wortlaut „billige Entschädigung“. Vgl. auch Kötz/Wagner, Deliktsrecht, S. 286 ff. (zur Formulierung in § 253 Abs. 2 BGB), die ebenfalls nicht annehmen, die Formulierung solle den Anspruch der Höhe nach einschränken.

⁴⁴⁴ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 47.

⁴⁴⁵ Rust/Falke/Bittner, § 21 AGG, Rn. 33; MünchKomm/Thüsing, § 21 AGG, Rn. 88.

⁴⁴⁶ MünchKomm/Thüsing, § 21 AGG, Rn. 86.

⁴⁴⁷ So auch MünchKomm/Thüsing, § 21 AGG, Rn. 82.

⁴⁴⁸ MünchKomm/Thüsing, § 21 AGG, Rn. 88.

Nichtigkeit ipso iure die vorgehende Bestimmung, sodass es keiner Geltendmachung eines Beseitigungsanspruchs bedarf. Beispielsweise wäre die mit Mietern einer bestimmten ethnischen Herkunft im Mietvertrag vereinbarte Pflicht, das Treppenhaus regelmäßig zu reinigen, ipso iure unwirksam, wenn der Vermieter mit allen anderen Mietern keine solche Klausel vereinbart. Für die Vorenthaltung günstiger Vertragsbedingungen ist die Lage jedoch nicht so eindeutig und sowohl eine Nichtigkeit ipso iure – konkludent enthaltener Ausschluss der Regelung ist ipso iure nichtig – als auch ein bloßer Anspruch auf Vertragsanpassung als Fall eines Beseitigungsanspruchs wäre denkbar. Gewährt ein Vermieter beispielsweise normalerweise ein Nutzungsrecht für bestimmte Gemeinschaftseinrichtungen, nimmt aber eine solche Bestimmung nicht in den Mietvertrag mit Mietern einer bestimmten ethnischen Herkunft auf, so könnte man sagen, die Beschränkung des Nutzungsrechts auf die Mietwohnung alleine und der so erfolgte konkludente Ausschluss des Mitnutzungsrechts an den Gemeinschaftseinrichtungen ist nichtig. Andererseits wäre auch ein Anspruch auf Vertragsanpassung dahingehend, dass ein Nutzungsrecht für die Einrichtungen besteht, möglich.

In der Literatur wird vertreten, für das Arbeitsrecht trete in diesen Fällen Nichtigkeit ipso iure ein, da dort kein Beseitigungsanspruch vorgesehen sei; im Zivilrecht sei diese Fallgestaltung dagegen vom Beseitigungsanspruch erfasst, und daher eine Nichtigkeit ipso iure „nicht notwendig“.⁴⁴⁹ Diese Lösung erscheint aber unbefriedigend: Es überzeugt dogmatisch nicht, die Entscheidung über die Nichtigkeit davon abhängig zu machen, ob ein Beseitigungsanspruch besteht, da die Nichtigkeit ipso iure einen Beseitigungsanspruch entbehrlich macht, nicht aber umgekehrt. Die Lösung suggeriert eine Identität der Folgen, wenn sie bei Bestehen eines Beseitigungsanspruchs eine Nichtigkeit für unnötig hält. Nichtigkeit ist jedoch eine viel stärkere Folge, da sie kein Tätigwerden voraussetzt. In bestimmten Fällen sprechen jedoch starke Argumente für einen bloßen Beseitigungsanspruch, nämlich dann, wenn eine Ungleichbehandlung dadurch beseitigt werden kann, dass beide Gruppen (Gruppe A und Gruppe B) so behandelt werden wie Gruppe A, wie Gruppe B oder auf eine dritte Weise, und sich nicht aus den Umständen des Einzelfalls ergibt, dass nur eine dieser Varianten praktisch möglich ist.⁴⁵⁰ Dann hat nämlich der Benachteiligte die Entscheidungsfreiheit, wie er diese Fälle behandeln möchte, die ihm nicht genommen werden darf.

⁴⁴⁹ MünchKomm/Thüsing, § 21 AGG, Rn. 24.

⁴⁵⁰ Zu dieser Problematik im Rahmen des Beseitigungsanspruchs siehe oben 3. Teil, C. II. 2. b).

D. Kollektive Rechtsdurchsetzung im deutschen Recht

I. Das Fehlen genereller kollektiver Rechtsdurchsetzung und die Ausnahmen

Kollektive Rechtsdurchsetzung ist sowohl in Form einer Gruppenklage möglich als auch in Form einer Verbandsklage. Bei einer Gruppenklage klagt ein persönlich Betroffener selbst einen eigenen Anspruch ein und setzt zugleich Ansprüche anderer Betroffener mit durch. Ein Musterbeispiel ist die Gruppenklage (class action) im US-amerikanischen Recht, die unten⁴⁵¹ ausführlich beschrieben wird. Im deutschen Recht ist keine Form einer Gruppenklage vorgesehen.⁴⁵² Die Verbandsklage ist hingegen eine kollektive Rechtsdurchsetzung durch Verbände, die im deutschen Recht zwar nicht generell vorgesehen ist, für die sich aber eine Vielzahl von Sonderregelungen findet (z. B. in § 8 Abs. 3 UWG und in § 3 Abs. 1 S. 1 UKlaG). Abzugrenzen sind diese beiden Formen der kollektiven Rechtsverfolgung gegen die Regelungen zu Prozessstandschaft für Behindertenverbände (vgl. § 63 SGB IX und § 12 BGG),⁴⁵³ die ein Einverständnis der behinderten Person voraussetzen und daher keinen Fall einer echten kollektiven Rechtsverfolgung darstellen.

Bei einer Verbandsklage werden Verbänden eigene Klagerechte im Allgemeininteresse oder im kollektiven Interesse eingeräumt. Hinsichtlich der Art von klageberechtigten Verbänden fällt auf, dass zwei wichtige Gruppen zum einen Verbände sind, die die Marktgegenseite repräsentieren, zum anderen Verbände, die Wettbewerber (also die gleiche Marktseite) repräsentieren. Die älteste Verbandsklageregelung findet sich im UWG, wonach sowohl Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen als auch Verbraucherverbände gegen wettbewerbswidrige Praktiken auf Beseitigung und Unterlassung klagen können (§ 8 Abs. 1 i. V. m. § 8 Abs. 3 Nr. 2 und 3 UWG). Nach dem Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) besteht ein Verbandsklagerecht für registrierte Verbraucherverbände, Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen und für Industrie- und Handelskammern. Sie können gegen unzulässige allgemeine Geschäftsbedingungen auf Unterlassung und auf Widerruf klagen (§ 3 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 1 UKlaG). Weitere Regelungen finden sich in § 33 Abs. 2 GWB, § 61 BNatSchG und § 13 BGG.

⁴⁵¹ Siehe 4. Teil, D. I.

⁴⁵² Hopt/Baetge, Rechtsvergleichung und Reform des deutschen Rechts – Verbandsklage und Gruppenklage, in Basedow et al. (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess, S. 11 ff., 47.

⁴⁵³ Hierauf wird ausdrücklich in § 23 Abs. 4 AGG verwiesen.

Für die vorliegende Arbeit liegt der Schwerpunkt auf den Rechtsfolgen der Verbandsklagen. Große Unterschiede ergeben sich zwischen den verschiedenen Regelungen hinsichtlich einer Rechtskraftwirkung gerichtlicher Entscheidungen.⁴⁵⁴ Eine Rechtskrafterstreckung tritt für die Verbandsklage nach dem UWG und dem GWB überhaupt nicht ein.⁴⁵⁵ Differenzierter ist die Lage dagegen nach dem UKlaG: Eine Bindungswirkung besteht nur gegenüber dem gleichen Verwender, nicht hingegen gegenüber anderen Verwendern mit völlig identisch formulierten allgemeinen Geschäftsbedingungen. Außerdem besteht eine Bindungswirkung nur dann, wenn die Bedingungen für unzulässig gehalten werden; werden die Bedingungen dagegen für zulässig gehalten, so bestehen rechtsnachteilige Wirkungen nur für den konkret am Verfahren Beteiligten, d. h. ein anderer Kläger ist nicht daran gehindert, selbst nochmals gegen die Bedingung vorzugehen (§ 11 S. 1 UKlaG). In allen Fällen ergeben sich für die Verbände nur Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche, aber keine Ansprüche auf Schadensersatz.⁴⁵⁶

II. Unterstützung durch Antidiskriminierungsverbände im AGG

Das AGG enthält eine ausdrückliche Regelung zur Unterstützung benachteiligter Personen durch Antidiskriminierungsverbände (§ 23 AGG). Nach dieser Vorschrift können Verbände, an die das Gesetz bestimmte strukturelle Anforderungen stellt, als Beistand⁴⁵⁷ in Verfahren ohne Anwaltszwang auftreten. Dies setzt stets die Zustimmung der benachteiligten Person voraus, sodass eben keine echte Verbandsklage vorliegt. Die Regelung ist daher insgesamt nur sehr eng und weit von echter kollektiver Rechtsdurchsetzung entfernt.⁴⁵⁸

III. Überlegungen zu einer Verbandsklage im Antidiskriminierungsrecht

Zwar findet sich im AGG keine Verbandsklageregelung für Diskriminierungsverbote, eine solche wurde jedoch an verschiedenen Stellen erwogen.

⁴⁵⁴ Auch im internationalen Vergleich ergeben sich erhebliche Unterschiede, vgl. Hopt/Baetge, Rechtsvergleichung und Reform des deutschen Rechts – Verbandsklage und Gruppenklage, in Basedow et al. (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess, S. 11 ff., 22.

⁴⁵⁵ Vgl. Röttgen, Der zivilrechtliche Schutz vor Diskriminierung und seine verfahrensrechtliche Gewährleistung, S. 270.

⁴⁵⁶ In anderen Ländern kommen diese durchaus vor, vgl. Hopt/Baetge, Rechtsvergleichung und Reform des deutschen Rechts – Verbandsklage und Gruppenklage, in Basedow et al. (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess, S. 11 ff., 44.

⁴⁵⁷ Im Regierungsentwurf wird noch von „Bevollmächtigte und Beistände“ gesprochen, aber auch im Regierungsentwurf war diese Befugnis nur für Verfahren ohne Anwaltszwang vorgesehen.

⁴⁵⁸ Die Bewertung als „weiteres Instrument zur effektiven Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes“ (Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 48) überzeugt daher nicht.

Im BMJ-Diskussionsentwurf vom 10.12.2001 zur Umsetzung der Richtlinie 2000/43/EG⁴⁵⁹ wurde die Ergänzung des UKlaG um eine Verbandsklage für Antidiskriminierungsverbände vorgeschlagen (Art. 2 Ziff. 13). Auch der Gesetzentwurf der Grünen vom 20.01.1998 (BT-Drucks. 13/9706)⁴⁶⁰ sah eine Verbandsklageregelung vor, die an die Regelungen des UWG und des früheren AGBG angelehnt waren (Art. 2 § 5 Abs. 2). Der Gesetzentwurf der SPD vom 09.03.1998 (BT-Drucks. 13/10081) sah eine analoge Anwendung der Regelung des § 13 Abs. 2 UWG vor (Art. 1 § 7 Abs. 1 S. 1). Der Gesetzentwurf der PDS vom 19.05.1995 (BT-Drucks. 13/1466) sah auch eine Klagemöglichkeit auf Schadensersatz vor, machte diese allerdings von der Zustimmung des Benachteiligten abhängig, sodass insoweit keine echte Verbandsklage vorlag.

Auch auf europäischer Ebene wurde eine Verbandsklageregelung thematisiert. So hat das Europäische Parlament ein kollektives Klagerecht für Verbände, das demjenigen zum Verbraucherschutz entspricht (Art. 11 Abs. 2 Richtlinie 97/7/EG), vorgeschlagen.⁴⁶¹ In der Literatur wurde bereits vor Erlass des AGG eine Verbandsklageregelung für Diskriminierungsverbote für sinnvoll erachtet zur Kompensation für Unzulänglichkeiten der individuellen Rechtsdurchsetzung.⁴⁶² Auch nach Erlass des AGG wird ihr Fehlen teilweise bemängelt.⁴⁶³ Die Europäische Kommission hat sich durch ihre Empfehlung vom 11.06.2013 zur kollektiven Rechtsdurchsetzung für unionsrechtlich verbürgte Rechte – und damit auch für das Antidiskriminierungsrecht, soweit die entsprechenden Rechte EU-rechtlich verbürgt sind – klar für die kollektive Rechtsdurchsetzung ausgesprochen.⁴⁶⁴

Hervorzuheben ist, dass keine systematischen Gründe gegen die Einführung einer Verbandsklage sprechen und die Gründe für bestehende Verbandsklagen in Deutschland und der EU in weitem Umfang auf das Antidiskriminierungsrecht übertragbar sind. So sind in den Fällen einer Verbandsklage Interessen einer ganzen Gruppe betroffen. Beispielsweise wurde die Regelung im UWG auch deswegen eingeführt, weil

⁴⁵⁹ Der Entwurf ist teilweise abgedruckt in Wiedemann/Thüsing, Fragen zum Entwurf eines zivilrechtlichen Anti-Diskriminierungsgesetzes, DB 2002, 462, 463.

⁴⁶⁰ Siehe zu diesem und den folgenden Gesetzesentwürfen Röttgen, Der zivilrechtliche Schutz vor Diskriminierung und seine verfahrensrechtliche Gewährleistung, S. 261.

⁴⁶¹ Europäisches Parlament, Ausschuss für die Freiheiten und Rechte der Bürger, Justiz und innere Angelegenheiten, Bericht zum Vorschlag der Kommission KOM(1999) 566, 16.05.2000, S. 13 f.; siehe auch im gleichen Bericht S. 41, 48 und 100 f.

⁴⁶² Bielefeldt/Follmar-Otto, Diskriminierungsschutz in der politischen Diskussion, S. 15.

⁴⁶³ Beispielsweise im Bereich des Arbeitsrechts durch eine Gewerkschaft bei der Befragung zur praktischen Wirksamkeit der Richtlinie 2000/43/EG im Arbeitsrecht in Deutschland, siehe Whittall/Müller/Lotz, The impact of the Racial Equality Directive: a survey of trade unions and employers in the Member States of the European Union, Germany, S. 9.

⁴⁶⁴ Siehe hierzu näher oben 2. Teil, B. III. 4.

alle Wettbewerber betroffen sind und daher ein Trittbrettfahrerproblem (free riding problem) besteht, da eine Rechtsverfolgung allen Wettbewerbern zugutekommt.⁴⁶⁵ Große Bedeutung hat bei den Verbandsklageregungen auch das Problem des rationalen Absehens von einem Prozess. Für die fragmentierten Interessen im Verbraucherschutzrecht formuliert Röttgen treffend „Wer führt schon einen aufwendigen Prozess, wenn es nur um den geringen Betrag eines typischen Verbrauchergeschäfts geht?“⁴⁶⁶ Diesem rationalen Desinteresse steht ein hohes öffentliches Interesse an der Rechtsdurchsetzung gegenüber.

Häufig wird auf die Sachkunde und die Organisation von Verbänden abgestellt, deren Tätigwerden auf einem Gebiet eine besonders präventive Wirkung zukommt.⁴⁶⁷ Auf der anderen Seite besteht häufig Rechtsunkenntnis (z. B. bei Verbrauchern), die eine individuelle Rechtsverfolgung schwierig erscheinen lässt. Weiterhin soll eine mangelnde Rechtskraftwirkung von Individualklagen durch eine Verbandsklage ausgeglichen werden. Dies spielt gerade für allgemeine Geschäftsbedingungen eine wichtige Rolle, da diese per definitionem stets in einer großen Zahl von Fällen verwendet werden.

Die Frage, welche Eigenschaft oder welche Eigenschaften Interessen aufweisen sollen, damit die Durchsetzung durch eine Verbandsklage wünschenswert ist, wird nicht völlig einheitlich beantwortet und verschiedene Schlagworte sind gebräuchlich: Teilweise wird von „öffentlichen Interessen“⁴⁶⁸ gesprochen, von „diffusen Interessen“⁴⁶⁹ oder von „breit gestreuten Interessen“.⁴⁷⁰ Betrachtet man die tatsächliche Situation im Bereich Diskriminierung, insbesondere die Tatsache, dass häufig der Schaden des Einzelnen durch eine Diskriminierung und damit auch dessen Bereitschaft zur Rechtsverfolgung relativ gering ist, Diskriminierungen aber langfristig für besonders diskriminierungsrelevante Gruppen und die Gesamtgesellschaft erhebliche Folgen haben,⁴⁷¹ so spricht dies in der Tat für die Sinnhaftigkeit einer Verbandsklage. Auf die Sinnhaftigkeit von Verbandsklagen wird näher unten im 6. Teil, A. II. und B. IV. eingegangen.

⁴⁶⁵ Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 417.

⁴⁶⁶ Röttgen, Der zivilrechtliche Schutz vor Diskriminierung und seine verfahrensrechtliche Gewährleistung, S. 239.

⁴⁶⁷ Röttgen, Der zivilrechtliche Schutz vor Diskriminierung und seine verfahrensrechtliche Gewährleistung, S. 239.

⁴⁶⁸ So zur Verbandsklage im Naturschutzrecht Bizer/Ormond/Riedel, Die Verbandsklage im Naturschutzrecht, S. 23.

⁴⁶⁹ Halfmeier, Popularklagen im Privatrecht, S. 213.

⁴⁷⁰ Maultzsch, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 290.

⁴⁷¹ Siehe hierzu 1. Teil, D.

IV. Verbandsklagerechte im Bereich Antidiskriminierung nach anderen Vorschriften

Obwohl also das AGG selbst keine Verbandsklage vorsieht, so kommt doch für bestimmte Verstöße gegen Benachteiligungsverbote des AGG eine Verbandsklage nach den anderen im deutschen Recht vorgesehenen Bestimmungen in Betracht.

Bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot in allgemeinen Geschäftsbedingungen kann eine Verbandsklage nach § 1 UKlaG erhoben werden. Nach der Rechtsprechung kann nämlich gegen allgemeine Geschäftsbedingungen nicht nur Klage wegen Verletzung der speziellen Bestimmungen der §§ 307-309 BGB erhoben werden, sondern auch bei einer Verletzung anderer gesetzlicher Verbote.⁴⁷² Voraussetzung ist also, dass in AGB gegenüber Verbrauchern gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen wird und dass der Verband eine qualifizierte Einrichtung i. S. d. § 4 UKlaG ist. Aus der Tatsache, dass das AGG keine Verbandsklagemöglichkeit und nur die sehr restriktive Regelung des § 23 AGG enthält, kann auch nicht geschlossen werden, dass Verstöße gegen das AGG gerade nicht mit der Verbandsklage nach § 1 UKlaG geltend gemacht werden sollen. Denn in der Regierungsbegründung wird diese Möglichkeit ausdrücklich erwähnt⁴⁷³ und auch in der Literatur wurde bereits vor Erlass des AGG die Anwendbarkeit der „AGB-Verbandsklage“ auf Diskriminierungen bejaht.⁴⁷⁴

Wie dargestellt, kann mit dieser Verbandsklage auf Unterlassung oder Widerruf geklagt werden. Die Klage erfasst zwar eine Vielzahl von Diskriminierungskonstellationen, nicht aber z. B. eine diskriminierende Auswahl des Vertragspartners.⁴⁷⁵ Sie erscheint hingegen möglicherweise für viele mittelbare oder von den Opfern typischerweise nicht wahrgenommene Benachteiligungen nützlich. Allerdings ergibt sich die Schwierigkeit, dass in vielen Fällen keine offensichtlichen (z. B. schriftlichen) diskriminierenden allgemeinen Geschäftsbedingungen vorliegen dürften. Häufig muss daher in der Klage auch der Charakter der Benachteiligung als allgemeine Geschäftsbedingung i. S. d. § 305 Abs. 1 BGB gezeigt werden, also insbesondere die wiederholte Verwendung.

Eine weitere Möglichkeit ergibt sich durch die Verbandsklage nach § 13 BGG zur Durchsetzung des Benachteiligungsverbots für Behinderte und von Barrierefreiheit.

⁴⁷² BGH NJW 1983, 1320.

⁴⁷³ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 48.

⁴⁷⁴ Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 438 ff.

⁴⁷⁵ Röttgen, Der zivilrechtliche Schutz vor Diskriminierung und seine verfahrensrechtliche Gewährleistung, S. 274 f.

Für diese Verbandsklage muss ein Fall von allgemeiner Bedeutung vorliegen, wenn eine behinderte Person selbst hätte klagen können. Hinsichtlich der Rechtsfolgen handelt es sich allerdings um eine bloße Feststellungsklage.

Eine dritte Verbandsklagemöglichkeit ergibt sich aus § 8 UWG. Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot des § 19 AGG können unlautere Wettbewerbsregelungen i. S. d. § 4 Nr. 11 i. V. m. 8 UWG darstellen.⁴⁷⁶ § 8 UWG gibt in diesen Fällen sowohl Wettbewerbern, Wettbewerbsverbänden und Industrie- und Handelskammern als auch unter gewissen Voraussetzungen Verbraucherschutzverbänden Ansprüche auf Beseitigung und auf Unterlassung.

E. Staatliche Rechtsdurchsetzung und öffentlich-rechtliche Folgen im Antidiskriminierungsrecht

Im AGG selbst finden sich keine Ermächtigungsgrundlagen für staatliches Einschreiten gegen Verstöße und die im Gesetz vorgesehen Rechtsfolgen sind alle zivilrechtlicher Natur. Als Ansatzpunkt für öffentliches Eingreifen kommt das AGG jedoch dennoch in Betracht, wenn ein Verstoß gegen die in ihm enthaltenen Verbotsvorschriften den Tatbestand einer staatlichen Ermächtigungsgrundlage an anderer Stelle erfüllt, die AGG-Verbotsnormen also gleichsam in ein anderes Gesetz „einbezogen“ sind. Als derartige allgemeine Ermächtigungsgrundlagen, die auf das AGG Bezug nehmen, kommen beispielsweise die polizeilichen bzw. ordnungsbehördlichen Generalklauseln im Gefahrenabwehrrecht der Länder in Betracht. Diese Vorschriften werden sehr weit interpretiert. So umfasst nach allgemeiner Ansicht beispielsweise das polizeiliche Schutzgut der „öffentlichen Sicherheit“, dessen Gefährdung Anknüpfungspunkt für polizeiliche und ordnungsbehördliche Maßnahmen ist, die gesamte Rechtsordnung⁴⁷⁷ und somit auch Vorschriften des AGG.

Für die polizeilichen und ordnungsbehördlichen Generalklauseln gilt jedoch in der Regel eine Subsidiaritätsvorschrift für den Schutz privater Rechte.⁴⁷⁸ Außerdem kommt einer derartigen behördlichen Kompetenz zum Einschreiten für Diskriminierungsverbote in jedem Fall keine große praktische Bedeutung zu. Den Behörden steht nämlich ein Ermessen zu und ihre begrenzte Ressourcenausstattung macht eine Schwerpunktsetzung erforderlich. Der Rückgriff auf die allgemeinen ordnungsrechtlichen Ermächtigungsgrundlagen kann deshalb zwar in bestimmten Fällen ein juristisch gangbarer Weg sein, er führt aber nicht zu echter staatlicher Rechtsdurchsetzung.

⁴⁷⁶ So auch der Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 49.

⁴⁷⁷ Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, S. 43.

⁴⁷⁸ Beispielsweise § 1 Abs. 3 POG Rheinland-Pfalz; § 2 Abs. 2 PAG Bayern.

Im deutschen Recht gibt es außerdem einzelne Tatbestände des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts, die auch Diskriminierungen erfassen können, Diskriminierungen werden aber nicht per se als solche durch strafrechtliche oder ordnungsrechtliche Normen erfasst. Meist genanntes Beispiel ist der Tatbestand der Beleidigung (§ 185 StGB), der bei bestimmten Diskriminierungen erfüllt sein kann.

Beratung, Aufklärung oder Information durch staatliche Stellen ist zwar nicht Rechtsdurchsetzung im eigentlichen Sinn, sie kann jedoch für die Durchsetzung eine große Rolle spielen und soll deshalb nicht unerwähnt bleiben. Durch das AGG wurde die Antidiskriminierungsstelle des Bundes geschaffen, zu deren Aufgaben die Beratung und die gütliche Streitbeilegung zählen (§ 27 Abs. 2 AGG). Die Europäische Union hat allerdings bereits ihre unzureichende Finanz- und Personalausstattung kritisiert.⁴⁷⁹

F. Ergebnis

Die Ansprüche aus dem AGG weisen sowohl deliktische Züge als auch Züge eines vertraglichen oder vertragsähnlichen Anspruchs auf. Ihnen kommt insgesamt ein hybrider Charakter zu. Bei tatsächlichem Vorliegen eines vertraglichen oder vorvertraglichen Schuldverhältnisses sind, wie dargelegt, Ausgestaltungsvorschriften für bestehende Schuldverhältnisse auch auf den Anspruch aus dem AGG anwendbar, da dann die Verbote des § 19 AGG als gesetzlich normierte vertragliche bzw. vorvertragliche Pflichten aufgefasst werden können. Besteht dagegen noch kein vorvertragliches Schuldverhältnis, so besteht keine Grundlage für die Anwendung von Vorschriften für bereits bestehende Schuldverhältnisse. Daher ist § 278 BGB nur dann anwendbar, wenn wenigstens ein vorvertragliches Schuldverhältnis besteht. In anderen Fällen muss für Schadensersatzansprüche auf die Grundsätze des § 831 BGB zurückgegriffen werden.

Die im AGG enthaltenen Ausgestaltungsvorschriften sind weder aufgrund einer europarechtlichen Pflicht noch aufgrund einer autonom deutschen Anordnung auf nach anderen Vorschriften gegebene Ansprüche bei Diskriminierungen anwendbar.

Wie herausgearbeitet, sind Bezugnahmen auf die durch die Rechtsprechung entwickelten besonderen Grundsätze zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht für die Anwendung des AGG verfehlt. Die Übertragung von in diesem Zusammenhang entwickelten Prinzipien ist europarechtlich unzulässig und auch im deutschen Recht nicht systemkonform.

⁴⁷⁹ Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, Annual Report 2010, S. 28.

Für den Beseitigungsanspruch kann auf die zu § 1004 BGB entwickelte Unterscheidung zwischen Beseitigung des unmittelbar beeinträchtigenden Zustands und Beseitigung der mittelbaren Folgen zurückgegriffen werden. Nur die Beseitigung des unmittelbar beeinträchtigenden Zustands ist vom Beseitigungsanspruch des § 21 Abs. 1 S. 1 AGG erfasst. Wie gezeigt, fällt für § 21 AGG die Abgrenzung zwischen unmittelbarer Diskriminierung und mittelbaren Folgeschäden in der Regel leichter als für § 1004 BGB, sodass weniger Grenzfälle als bei § 1004 BGB auftreten. Eindeutig nicht vom Beseitigungsanspruch erfasst ist der Ausgleich von Vermögensschäden, die als mittelbare Folge der Benachteiligung auftreten. Für die Abgrenzung zwischen Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch ist entscheidend, ob eine fortgesetzte einheitliche oder eine neue selbstständige Beeinträchtigung vorliegt. Für die Abgrenzung sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, insbesondere, ob ein fortbestehendes Vertragsschlussinteresse des Interessenten oder eine kategorische Ablehnung des Anbieters vorliegt.

Das europarechtliche Gebot der Wirksamkeit sowie Wortlaut, Systematik und Zweck des AGG sprechen dafür, dass der Beseitigungsanspruch bzw. der Unterlassungsanspruch auch einen Kontrahierungszwang umfasst. Entgegen der alten Regierungsbeurteilung und in der Literatur vertretener Auffassung ist die Gegenleistung, sofern sie nicht (z. B. durch diskriminierungsfreie, veröffentlichte Preise des Anbieters) bereits bestimmt ist, nicht gemäß §§ 315, 316 BGB vom Anbieter zu bestimmen, sondern nach objektiven Maßstäben zu ermitteln.

Für den Schadensersatzanspruch im AGG darf für die europarechtlich geschützten Merkmale nicht dem Anspruchsgegner der Einwand offen stehen, er habe den Verstoß nicht zu vertreten. Dies folgt für das Merkmal Geschlecht aus der ausdrücklichen Forderung der Richtlinie 2004/113/EG nach Schadensersatz, der zwar durch das nationale Recht ausgestaltet werden kann, aber nicht von einem Verschulden abhängig gemacht werden darf (unabhängig davon, ob dies in der Form einer weiteren Voraussetzung oder einer Einwendung geschieht). Für die Merkmale Rasse und ethnische Herkunft erfüllen die Rechtsfolgen zusammen bei Abhängigkeit von Verschulden nicht die europarechtlichen Anforderungen an die Wirksamkeit. Die Anforderung der Verhältnismäßigkeit verlangt nicht die Einführung einer Höchstgrenze für Schadensersatzansprüche.

Der Anspruch auf Ersatz immateriellen Schadens ist im deutschen Recht verschuldensabhängig ausgestaltet, was für die europarechtlich determinierten Merkmale unzulässig ist. Präventivgesichtspunkte bei der Bemessung zu berücksichtigen, ist zwar aus dem Gesichtspunkt der Verhaltenssteuerung zu begrüßen, dies lediglich auf

den Schadensersatz für immaterielle Schäden zu beschränken ist aber systematisch widersprüchlich.

Das AGG setzt beinahe ausschließlich auf individuelle zivilrechtliche Rechtsverfolgung. Es enthält keine allgemeine Verbandsklageregelung, für bestimmte Verstöße ist jedoch eine Verbandsklage nach anderen gesetzlichen Bestimmungen möglich.

4. Teil: Analyse des US-Bundesrechts

A. Diskriminierungsverbote im Überblick

Antidiskriminierungsvorschriften sowohl für Private als auch für den Staat sind aus US-amerikanischer Sicht Teil des Rechtsgebietes „Civil Rights“. Dieser Begriff ist sehr weit⁴⁸⁰ und enthält verschiedene Kategorien von Rechten, die aus deutscher Sicht sehr verschieden sind, nämlich zum einen verfassungsrechtliche Rechte gegenüber dem Staat (vergleichbar den deutschen Grundrechten), aber auch durch einfaches Gesetz geschaffene Rechte auf Nichtdiskriminierung sowohl gegen den Staat als auch gegen Private.⁴⁸¹ Rechtswissenschaftliche Literatur sowie universitäre Lehrveranstaltungen behandeln häufig sowohl Vorschriften gegen Diskriminierung durch den Staat als auch durch Private gemeinsam unter dem Titel „Civil Rights Law“.⁴⁸²

Das amerikanische Bundesrecht kennt – statt eines allgemeinen Gesetzes – eine Vielzahl gesetzlicher Regelungen zu Diskriminierungen durch Private. Die Gesetze unterscheiden sich auf der Tatbestandsseite sowohl durch die geschützten Diskriminierungsmerkmale als auch durch die erfassten Lebensbereiche: Während einige Gesetze nur für das Arbeitsrecht oder andere eng umgrenzte Lebensbereiche gelten,⁴⁸³ finden andere auf grundsätzlich alle Verträge Anwendung.⁴⁸⁴ Im Folgenden werden die wichtigsten bundesgesetzlichen Regelungen⁴⁸⁵ (ohne die nur das Arbeitsrecht betreffenden) in chronologischer Reihenfolge kurz vorgestellt und in den historischen Zusammenhang eingeordnet. Dieser spielt für die amerikanischen Vorschriften eine bedeutende Rolle, da nicht alle Diskriminierungsmerkmale (wie im AGG) zur gleichen Zeit unter Schutz gestellt wurden, sondern vielmehr in vielen Fällen ein enger Zusammenhang zu sozialen und politischen Bewegungen und Strömungen bestand.

Für die vorliegende Untersuchung noch wichtiger als die Unterschiede auf Tatbestandsebene sind die großen Unterschiede zwischen der Rechtsdurchsetzung in den

⁴⁸⁰ Siehe z. B. die extrem weiten Umschreibungen in C.J.S. Civil Rights § 1, die allerdings teilweise praktisch keinen Gehalt mehr aufweisen oder keine Abgrenzung ermöglichen, wie z. B. „[C]ivil rights are those rights that the law will enforce.“

⁴⁸¹ Vgl. Am Jur 2d Civil Rights § 1.

⁴⁸² Vgl. beispielsweise Lewis/Norman, Civil Rights Law and Practice; Eisenberg, Civil Rights Legislation: Cases and Materials.

⁴⁸³ So gelten beispielsweise im Civil Rights Act of 1964 die Vorschriften in Titel II nur für allgemein zugängliche Einrichtungen, in Titel VI für Programme mit finanzieller Unterstützung des Bundes und in Titel VII für Arbeitsverträge.

⁴⁸⁴ So 42 U.S.C. § 1981.

⁴⁸⁵ Die folgende Aufzählung ist nicht abschließend und es finden sich weitere Vorschriften zur Nichtdiskriminierung unter Privaten, z. B. der Equal Credit Opportunities Act (15 U.S.C. §§ 1691 ff.). Diese sehr speziellen Regelungen können hier aber nicht im Einzelnen dargestellt werden.

einzelnen Gesetzen. Im Gegensatz zum AGG gelten nicht für alle Diskriminierungen die gleichen Mechanismen der Rechtsdurchsetzung, sondern es zeigen sich völlig unterschiedliche Ansätze. Im Rahmen dieses einleitenden Überblicks werden daher auch die in den jeweiligen Gesetzen vorgesehen Mechanismen der Rechtsverfolgung einschließlich der Rechtsfolgen kurz vorgestellt.

I. Civil Rights Act of 1866

Die bereits 1866 erlassenen Vorschriften, die heute in leicht modifizierter Form in 42 U.S.C. § 1981 und § 1982 kodifiziert sind (im Folgenden als „§ 1981“ und „§ 1982“ bezeichnet), betreffen Diskriminierungen aufgrund der Rasse. § 1982 verbietet Diskriminierungen aufgrund der Rasse im Bereich des Innehabens und des Rechtsverkehrs mit Eigentum. Die Vorschrift wird seit der Supreme Court-Entscheidung *Jones v. Alfred H. Mayer Co.* so ausgelegt, dass sie sowohl staatliches als auch privates Handeln erfasst.⁴⁸⁶ § 1981 enthält ein sehr allgemein gehaltenes Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse, das insbesondere beliebige Vertragsschlüsse erfasst („the same right ... to make and enforce contracts...“). Während die Vorschrift zunächst so ausgelegt wurde, dass sie nur auf staatliches Handeln anwendbar ist, ist die Argumentation in *Jones v. Alfred H. Mayer Co.* übertragbar.⁴⁸⁷ Durch den Civil Rights Act of 1991 wurde § 1981 um einen Absatz (c) ergänzt, der jetzt auch eindeutig klarstellt, dass die Vorschrift auf staatliches und nicht-staatliches Handeln anwendbar ist.

Für die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die beiden Vorschriften findet sich – im Unterschied zu den anderen Gesetzen – keinerlei Hinweis im Wortlaut.⁴⁸⁸ Die Rechtsfolgen wurden daher vollständig von der Rechtsprechung entwickelt. Anerkannt sind injunctive relief⁴⁸⁹ (ein einem Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch ähnliches Rechtsinstitut),⁴⁹⁰ Feststellung des Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot (declaratory relief),⁴⁹¹ sowie kompensatorischer Schadensersatz (compensatory da-

⁴⁸⁶ *Jones v. Alfred H. Mayer Co.*, US Supreme Court 1968, 392 U.S. 409. Zuvor war keine Bundeskompetenz hinsichtlich Diskriminierungen Privater angenommen worden, da die Kompetenzgrundlage des 13. Zusatzartikels der US-Verfassung so verstanden wurde, dass nur Sklaverei und „all badges and incidents of slavery“ abgeschafft seien, nicht aber Rassendiskriminierung insgesamt für unzulässig erklärt werde, und der 14. Zusatzartikel insgesamt nur auf staatliches Handeln anwendbar ist (*Civil Rights Cases*, US Supreme Court 1883, 109 U.S. 3).

⁴⁸⁷ *Tillman v. Wheaton-Haven Recreation Association, Inc.*, US Supreme Court 1973, 410 U.S. 431, 440; *Runyon v. McCrary*, US Supreme Court 1976, 427 U.S. 160; *Patterson v. McLean Credit Union*, US Supreme Court 1989, 491 U.S. 164.

⁴⁸⁸ Die ausführliche Rechtsfolgenregelung des 42 U.S.C. § 1981a ist nur im Bereich des Arbeitsrechts anwendbar, die des 42 U.S.C. § 1983 gilt nur für Diskriminierungen durch öffentliche Stellen.

⁴⁸⁹ *Jones v. Alfred H. Mayer Co.*, US Supreme Court 1968, 392 U.S. 409.

⁴⁹⁰ Siehe näher zu injunctive relief unten 4. Teil, C. III. sowie zur Ähnlichkeit zum deutschen Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch 5. Teil, B. V.

⁴⁹¹ Vgl. Smolla, *Federal Civil Rights Acts*, § 13:17 mit weiteren Nachweisen.

mages).⁴⁹² Umstritten ist, ob dem Kläger auch Strafschadensersatz zugesprochen werden kann.⁴⁹³

Der Civil Rights Act of 1866 wurde in der Zeit nach dem amerikanischen Bürgerkrieg erlassen. Aus dieser Zeit stammen auch der 13. und 14. Zusatzartikel der amerikanischen Verfassung. Der 13. Zusatzartikel richtet sich gegen Diskriminierungen aufgrund der Rasse. Besondere Bedeutung für das Verfassungsrecht insgesamt kommt dem 14. Zusatzartikel zu, durch den auch die Einzelstaaten an Grundrechte gebunden werden. Lange wurde die Bestimmung jedoch so interpretiert, dass sie nur für den Bereich politischer Beteiligung gelte, nicht für alle gesellschaftlichen Fragen und mit dieser Interpretation wurde auch die Diskriminierung in vielen Bereichen des öffentlichen Lebens unter dem Schlagwort „separate, but equal“ für zulässig erachtet.⁴⁹⁴

II. Civil Rights Act of 1964

Der Civil Rights Act of 1964 (im Folgenden als „CRA“ bezeichnet) enthält ganz unterschiedliche Vorschriftenkomplexe. Dabei sind Vorschriften zu Diskriminierungsverboten im allgemeinen Zivilrecht in Titel II („Public Accommodations“, im Folgenden als „CRA (Titel II)“ bezeichnet)⁴⁹⁵ und in Titel VI („Federally Assisted Programs“, im Folgenden als „CRA (Titel VI)“ bezeichnet)⁴⁹⁶ enthalten. Wohl am bekanntesten ist Titel VII, der Antidiskriminierungsvorschriften für das Arbeitsrecht enthält und daher für die vorliegende Untersuchung nicht direkt relevant ist.

CRA (Titel II) betrifft Diskriminierungen aufgrund der Rasse, der Hautfarbe, der Religion oder der nationalen Herkunft im Bereich allgemein zugänglicher Einrichtungen⁴⁹⁷ (public accommodations). Der Begriff „public accommodation“ ist ausführlich definiert⁴⁹⁸ und umfasst – mit zahlreichen Ausnahmen und unter gewissen weiteren Voraussetzungen – u. a. Hotels, Restaurants, Kinos und Veranstaltungsräume. Die in CRA (Titel II) vorgesehenen Rechtsfolgen sind Ansprüche des Benachteiligten auf

⁴⁹² Vgl. Smolla, Federal Civil Rights Acts, § 13:18 mit weiteren Nachweisen.

⁴⁹³ Vgl. Smolla, Federal Civil Rights Acts, § 13:18 für § 1981 und § 13:25 für § 1982. Dafür beispielsweise *Williams v. Trans-World Airlines*, W.D.Mo. 1980, 507 F.Supp. 293.

⁴⁹⁴ *Plessy v. Ferguson*, US Supreme Court 1896, 163 U.S. 537.

⁴⁹⁵ Titel II („Public Accommodations“) findet sich heute in 42 U.S.C. § 2000a – § 2000a-6

⁴⁹⁶ Titel VI („Federally Assisted Programs“) findet sich in 42 U.S.C. § 2000d – § 2000d-7.

⁴⁹⁷ Eine Übersetzung als „öffentliche Einrichtungen“ wäre missverständlich, da dies nahelegen würde, sie müssten von öffentlicher Seite betrieben werden. In dieser Arbeit wird daher der Begriff „allgemein zugängliche Einrichtungen“ verwendet.

⁴⁹⁸ 42 U.S.C. § 2000a (b).

preventive relief⁴⁹⁹ (eine Art Unterlassungsanspruch gegen drohende Verletzungen) sowie entsprechende Ansprüche des Attorney General.⁵⁰⁰

CRA (Titel VI) schützt vor Diskriminierungen aufgrund der Rasse, der Hautfarbe oder der nationalen Herkunft in allen Programmen mit finanzieller Unterstützung des Bundes, wobei wichtige Anwendungsfelder bisher Bildungseinrichtungen, Krankenpflegeeinrichtungen und politische Parteien waren. Verstöße gegen Diskriminierungsverbote können zum Wegfall der Unterstützung nach einem verwaltungsbehördlichen Verfahren führen.⁵⁰¹

Der CRA wurde 10 Jahre nach der bahnbrechenden Supreme Court-Entscheidung *Brown v. Board of Education* erlassen, in der der „separate but equal“-Grundsatz im Bereich staatlicher Schulen für verfassungswidrig erklärt wurde.⁵⁰² Diese Entscheidung betraf jedoch nur den staatlichen Bereich; im nicht-staatlichen Bereich waren getrennte Einrichtungen für Menschen unterschiedlicher Hautfarbe immer noch weit verbreitet.

III. Fair Housing Act

Der Fair Housing Act⁵⁰³ (im Folgenden als „FHA“ bezeichnet) aus dem Jahr 1968 (mit erheblichen Änderungen im Jahr 1988, auch im Bereich der Rechtsfolgen) erfasst Diskriminierungen aufgrund der Rasse, der Hautfarbe, der Religion, des Geschlechts, der nationalen Herkunft, einer Behinderung sowie Diskriminierungen von Familien mit Kindern⁵⁰⁴ beim Verkauf und der Vermietung von Wohnraum. Das Gesetz wurde in einer Zeit erlassen, die geprägt war von nach Rassen getrennten Wohnvierteln, von Rassenunruhen und der Ermordung von Martin Luther King, Jr.⁵⁰⁵ Es sollte insbesondere die Trennung von Wohnvierteln verschiedener Rassen beseitigen.⁵⁰⁶

Dem Benachteiligten stehen Ansprüche auf Schadensersatz, einschließlich Strafschadensersatz, sowie auf Unterlassung und Beseitigung zu.⁵⁰⁷ Daneben sind Klagen

⁴⁹⁹ 42 U.S.C. § 2000a-3.

⁵⁰⁰ 42 U.S.C. § 2000a-5.

⁵⁰¹ 42 U.S.C. § 2000d-1.

⁵⁰² *Brown v. Board of Education*, US Supreme Court 1954, 347 U.S. 483.

⁵⁰³ Heute kodifiziert in 42 U.S.C. §§ 3604 ff.

⁵⁰⁴ Zu diesem nicht zu den „Standardmerkmalen“ gehörenden Unterscheidungsgrund „familial status“ siehe die Definition in 42 U.S.C. § 3602 (k).

⁵⁰⁵ Siehe näher zu den historischen Umständen und den Gründen für das Gesetz Dubofsky, *Fair Housing: A Legislative History and a Perspective*, *Washburn Law Journal* 8 (1969), 149.

⁵⁰⁶ 114 Cong. Rec. 3422 (1968). Wegen eines verkürzten Gesetzgebungsverfahrens ohne Ausschussberichte sind die Gesetzgebungsmaterialien relativ dürftig.

⁵⁰⁷ 42 U.S.C. § 3613 (a) und (c).

durch den Attorney General⁵⁰⁸ möglich sowie ein Verwaltungsverfahren des Department of Housing and Urban Development (HUD) vorgesehen, das bei Vorliegen einer Beschwerde oder von Amts wegen eingeleitet werden kann.⁵⁰⁹

IV. Titel IX der Education Amendments

Titel IX der Education Amendments (im Folgenden als „EA (Titel IX)“ bezeichnet) aus dem Jahre 1972 erfasst Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts im Bereich Bildung in Programmen, die aus Bundesmitteln finanzielle Unterstützung erhalten.⁵¹⁰ Verstöße gegen Diskriminierungsverbote können zum Wegfall der Unterstützung nach einem verwaltungsbehördlichen Verfahren führen.⁵¹¹

V. Americans with Disabilities Act

Der Americans with Disabilities Act⁵¹² (im Folgenden als „ADA“ bezeichnet) aus dem Jahr 1990 schützt vor Diskriminierungen wegen einer Behinderung in verschiedenen Lebensbereichen. Für die vorliegende Untersuchung ist dabei Titel III („public accommodations“; allgemein zugängliche Einrichtungen⁵¹³) relevant. Unter diesen Titel fällt im Kern jedes Unternehmen, das seine Geschäftstätigkeit der Öffentlichkeit anbietet.⁵¹⁴ Diskriminierung umfasst dabei auch den Fall, dass bauliche Hindernisse nicht beseitigt werden, obwohl dies leicht möglich ist,⁵¹⁵ oder dass behinderten Personen nicht durch alternative Methoden die Teilhabe ermöglicht wird, soweit dies leicht möglich ist.⁵¹⁶

Der ADA (Titel III) sieht private Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche vor.⁵¹⁷ Außerdem haben öffentliche Stellen ein Klagerecht; das Gericht hat bei diesen Klagen hinsichtlich der auszusprechenden Rechtsfolgen ein weites Ermessen und es kann u. a. den Beklagten zur Beseitigung der Diskriminierung oder zu Schadensersatzzah-

⁵⁰⁸ 42 U.S.C. § 3614.

⁵⁰⁹ 42 U.S.C. § 3610.

⁵¹⁰ 20 U.S.C. § 1681.

⁵¹¹ 20 U.S.C. § 1682.

⁵¹² 42 U.S.C. §§ 12102 ff.

⁵¹³ Zur Begriffswahl vergleiche oben 4. Teil, A. II.

⁵¹⁴ Parry, Handbook on Disability Discrimination Law, S. 119. Siehe auch die weite Auslegung durch den Supreme Court in PGA Tour, Inc. v. Martin, US Supreme Court 2001, 532 U.S. 661.

⁵¹⁵ Dieser Grundsatz wird als wichtiges Charakteristikum des Schutzes behinderter Menschen und als Charakteristikum des ADA gegenüber anderen Antidiskriminierungsgesetzen angesehen, Parry, Handbook on Disability Discrimination Law, S. 9.

⁵¹⁶ 42 U.S.C. § 12182 (b)(2)(A)(iv) und (v). Diese eingeschränkte Pflicht zu baulichen Veränderungen betrifft Gebäude, die vor Inkrafttreten des ADA errichtet wurden. Für neue Gebäude gelten deutlich schärfere Bestimmungen und sie müssen mit den Architectural Accessibility Guidelines übereinstimmen (42 U.S.C. § 12183(a), 28 C.F.R. § 36.401).

⁵¹⁷ 42 U.S.C. § 12188 (a).

lungen an den Benachteiligten verurteilen, aber auch empfindliche Bußgelder (civil penalties) verhängen.⁵¹⁸

Bereits vor Erlass des ADA war der Rehabilitation Act of 1973 verabschiedet worden, der hauptsächlich das Arbeitsrecht betrifft, jedoch in 29 U.S.C. § 794 eine Vorschrift enthält, die Diskriminierung wegen einer Behinderung durch Empfänger von Bundesmitteln verbietet, und die noch in Kraft ist. Durch die Änderung des FHA im Jahr 1988 wurde Behinderung auch als verbotenes Merkmal in den FHA aufgenommen, sodass sich hierüber ein zusätzlicher Schutz für den Bereich Wohnen ergibt.

B. Grundsätzliche Fragestellungen

I. Die Bundesgesetze im Gesamtsystem des amerikanischen Antidiskriminierungsrechts

1. Die amerikanische Verfassung und das Antidiskriminierungsrecht

Ein verfassungsrechtlicher allgemeiner Gleichheitssatz findet sich für Handlungen der Einzelstaaten im 14. Zusatzartikel (equal protection clause). Auch der Bund ist über die due process clause des 5. Zusatzartikels an die gleichen Vorgaben gebunden, da diese so ausgelegt wird, dass sie im Ergebnis einen allgemeinen Gleichheitssatz enthält.⁵¹⁹ Beide Vorschriften erfassen aber nur staatliches Handeln (state action requirement).⁵²⁰ Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen erfasstem staatlichem Handeln und nicht erfasstem privaten Handeln ergeben sich insbesondere bei der durch staatliche Gerichte erfolgenden Rechtsdurchsetzung privater Verträge.⁵²¹

Der 13. Zusatzartikel stellt hingegen eine Verfassungsbestimmung dar, die nach ihrem Wortlaut keine Beschränkung auf staatliches Handeln enthält und daher auch auf

⁵¹⁸ 42 U.S.C. § 12188(b)(2).

⁵¹⁹ *Bolling v. Sharpe*, US Supreme Court 1954, 347 U.S. 497.

⁵²⁰ Vgl. *Civil Rights Cases*, US Supreme Court 1883, 109 U.S. 17. Der traditionelle Ausdruck “state action doctrine” ist insoweit missverständlich, als nicht nur “state action” im Sinne von Handlungen der Einzelstaaten erfasst ist, sondern “governmental action” im weiteren Sinn, also auch Handlungen des Bundes und Handlungen auf kommunaler Ebene; Tribe, *American Constitutional Law*, S. 1688.

⁵²¹ *Shelley v. Kraemer*, US Supreme Court 1948, 334 U.S. 1; *Barrows v. Jackson*, US Supreme Court 1953, 346 U.S. 249. Es geht hier um das Problem, dass natürlich auch eine gewisse staatliche Beteiligung vorliegt, wenn der Staat Verträge unter Privaten durchsetzt.

privates Handeln anwendbar ist. Sie betrifft allerdings nur Diskriminierungen aufgrund der Rasse.⁵²²

Während Diskriminierungen unter Privaten durch die Verfassung selbst nur als Ausnahme verboten werden, enthält die Verfassung Kompetenzgrundlagen, auf die der Bund den Erlass von Antidiskriminierungsvorschriften unter Privaten stützen kann. In der Rechtsprechung ist in großem Umfang unklar, welche Rechte sich unmittelbar aus der Verfassung selbst ergeben, und wann diese nur aufgrund von Kompetenzgrundlagen durch den Gesetzgeber geschaffen werden können.⁵²³ Als verfassungsrechtliche Kompetenzgrundlagen herangezogen werden insbesondere die Bestimmungen im 13., 14. und 15. Zusatzartikel, nach denen der Kongress die Kompetenz hat, die zur Durchsetzung des jeweiligen Zusatzartikels notwendigen Gesetze zu erlassen.⁵²⁴ Ebenso wird häufig die commerce clause (Art. 1 Abs. 8 UAbs. 3 US-Verfassung) herangezogen, die eine Bundesgesetzgebungskompetenz für „interstate commerce“ schafft, wobei dieser Begriff sehr weit ausgelegt wird und praktisch alle Arten von Regelungen erlaubt, die nicht nur rein lokale Auswirkungen haben.⁵²⁵ In manchen Fällen werden Vorschriften auf die spending power (Art. 1 Abs. 8 UAbs. 1 US-Verfassung) gestützt (“The Congress shall have power to lay and collect taxes, duties, imports and excises, to pay the debts and provide for the common defence and general welfare of the United States.”).

Die Anwendbarkeit dieser Kompetenzgrundlagen stellt eines der grundlegenden Problemfelder – sowohl im Antidiskriminierungsrecht als auch im Verfassungsrecht allgemein – in der Entscheidungspraxis des Supreme Court und auch in der amerikanischen Literatur dar. Eine der zentralen Fragen ist dabei, welche Bedeutung der Bundesgesetzgebungskompetenz in Abs. 5 des 14. Zusatzartikels zukommt: Erlaubt sie lediglich Vorschriften gegen staatliche Diskriminierungen, weil auch Abs. 1 des 14. Zusatzartikels selbst nur gegen staatliche Ungleichbehandlungen schützt, oder

⁵²² Der 13. Zusatzartikel lautet: “Neither slavery nor involuntary servitude [...] shall exist within the United States [...]” Nach heutiger Auslegung des Supreme Court schützt die Vorschrift vor Rassendiskriminierung generell, da sie auch “badges and incidents of slavery” erfasst und dieser Begriff weit zu verstehen ist.

⁵²³ Vgl. die Übersicht in CJS Civil Rights §§ 321 ff. Dieses Problem spielt vor allem bei Diskriminierungen durch öffentliche Stellen eine große Rolle, für Diskriminierungen durch Private hingegen in weit geringerem Umfang, da lediglich der 13. Zusatzartikel für direkt aus der Verfassung abgeleitete Diskriminierungsverbote unter Privaten in Betracht kommt und für diesen Bereich mit § 1981 und § 1982 eine umfassende gesetzliche Regelung vorliegt.

⁵²⁴ Abs. 5 des 14. Zusatzartikels lautet: „The Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article.“ Abs. 2 des 13. Zusatzartikels und Abs. 2 des 15. Zusatzartikels haben einen fast identischen Wortlaut.

⁵²⁵ Vgl. Wickard v. Filburn, US Supreme Court 1942, 317 U.S. 111; dagegen keine ausreichenden Auswirkungen in United States v. Lopez, US Supreme Court 1995, 514 U.S. 549. Vgl. auch die prägnante Beschreibung der commerce clause in von Mehren/Murray, Law in the United States, S. 108 ff.

erlaubt sie dem Bund, auch darüber hinausgehend Handlungen Privater einzubeziehen.⁵²⁶ Für Abs. 2 des 13. Zusatzartikels ist dagegen anerkannt, dass hierauf auch Diskriminierungsverbote unter Privaten gestützt werden können, da der 13. Zusatzartikel keine Beschränkung auf staatliches Handeln enthält. Im Bereich der commerce clause stellt sich in der Regel die Frage, ob die Auswirkungen von Diskriminierungen auch in nicht zu vernachlässigender Weise den Wirtschaftsverkehr zwischen verschiedenen Bundesstaaten betreffen.⁵²⁷ Die commerce clause ist auch der Grund dafür, warum viele der Diskriminierungstatbestände eine Voraussetzung enthalten, durch die ein zwischenstaatlicher Bezug hergestellt werden soll (sog. jurisdictional element).⁵²⁸

Es besteht also eine Vielzahl komplexer und immer wiederkehrender verfassungsrechtlicher Kompetenzprobleme für den Erlass bundesstaatlicher Antidiskriminierungsvorschriften für Private. Diese Kompetenzprobleme betreffen die Antidiskriminierungsvorschriften insgesamt, nicht spezifisch Fragen der Rechtsdurchsetzung.

2. Einzelstaatliches Antidiskriminierungsrecht

Neben den hier behandelten Bundesgesetzen gibt es zahlreiche einzelstaatliche Antidiskriminierungsgesetze.⁵²⁹ Insbesondere hat jeder Bundesstaat ein Gesetz zum Schutz vor Diskriminierung durch Behinderung.⁵³⁰ Ebenso bestehen viele einzelstaatliche Regelungen zum Schutz vor geschlechtsspezifischer Diskriminierung im Bereich allgemein zugänglicher Einrichtungen⁵³¹ – ein Bereich, der im Bundesrecht nicht geschützt ist. Neben Bundesgesetzen und einzelstaatlichen Gesetzen bestehen teilweise auch kommunale Verordnungen zum Schutz gegen Diskriminierung.⁵³²

Grundsätzlich stehen bundes- und einzelstaatliche Gesetze selbstständig nebeneinander. Die Kompetenzgrundlagen, auf die die Bundesgesetze gestützt sind, gewähren

⁵²⁶ Vgl. die ausführliche Auseinandersetzung mit dieser Frage in *United States v. Morrison*, US Supreme Court 2000, 529 U.S. 598, wo der Supreme Court gegen eine Kompetenz für Handlungen Privater entscheidet.

⁵²⁷ Bejaht wurde dies für die Bestimmungen zu Diskriminierungen in allgemein zugänglichen Einrichtungen des CRA (Titel II) in *Heart of Atlanta Motel Inc. v. United States*, US Supreme Court 1964, 379 U.S. 241; *Katzenbach v. McClung*, US Supreme Court 1964, 379 U.S. 294; *Daniel v. Paul*, US Supreme Court 1969, 395 U.S. 298.

⁵²⁸ Beispielsweise sind bestimmte allgemein zugängliche Einrichtungen nur vom CRA (Titel II) erfasst, wenn folgende Voraussetzung erfüllt ist: „it serves or offers to serve interstate travelers or a substantial portion of the food which it serves, or gasoline or other product which it sells, has moved in commerce“, 42 U.S.C. § 2000a(c)(2).

⁵²⁹ Zu den dort vorgesehenen Rechtsfolgenkategorien siehe CJS Civil Rights §§ 722 ff.

⁵³⁰ Parry, *Handbook on Disability Discrimination Law*, S. 119.

⁵³¹ Thomas, *Sex Discrimination in a Nutshell*, S. 308.

⁵³² Vgl. 93 A.L.R. 2d 1028; *Am Jur 2d Civil Rights* § 12; *CJS Civil Rights* § 21.

dem Bund in der Regel eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz. Dies bedeutet, dass einzelstaatliche Vorschriften selbstverständlich dann nicht neben dem Bundesrecht wirksam bestehen bleiben könnten, wenn sie diesem widersprechen.⁵³³ Darüber hinaus könnte der Bundesgesetzgeber auch eine abschließende Regelung treffen, die es den Einzelstaaten verwehrt, weitere Rechtsfolgen zu schaffen, weitere Lebensbereiche zu schützen oder weitere Diskriminierungsmerkmale zu erfassen. Bestimmen die Gesetze, wie z. B. der FHA ausdrücklich, dass einzelstaatliche und lokale Antidiskriminierungsbestimmungen unberührt bleiben,⁵³⁴ so liegt natürlich keine abschließende Regelung vor.

II. Ziele der Gesetze

Die Antidiskriminierungsgesetze des US-Bundesrechts dienen unstreitig dem Schutz der Würde und der Abschaffung von Demütigungen. So sollte beispielsweise der CRA die Erniedrigungen durch Diskriminierungen aufgrund der Rasse beenden.⁵³⁵

Darüber hinaus dienen die Gesetze der Sicherung des Zugangs zu Leistungen, der Eröffnung von Chancen und der Teilhabe. Gerichte haben betont, dass der FHA bezwecke, zu verhindern, dass Angehörige bestimmter Gruppen weniger Handlungsmöglichkeiten haben.⁵³⁶ Wichtig ist, sich die Situation vor allem in den Südstaaten der USA vor Augen zu halten, wo Schwarze große Probleme beim Reisen hatten, weil sie nur mit extremem Aufwand eine Übernachtungsmöglichkeit und Essen beschaffen konnten.⁵³⁷ Gerichte haben betont, dass die Verschaffung dieser Leistungen Zweck des CRA (Titel II) sei.⁵³⁸ Besonders deutlich sind die praktischen Schwierigkeiten der Teilhabe auch für Behinderte. Gerade die Tatsache, dass der ADA auch Vorschriften zum barrierefreien Zugang enthält, zeigt, dass es nicht nur um Angriffe auf die Ehre einer Person geht, sondern darum, eine tatsächliche Teilhabe an Leistungen zu ermöglichen. Der ADA bestimmt ausdrücklich, dass Ziel sein muss, Behinderten Chancengleichheit einzuräumen und die volle Teilhabe (am gesellschaftlichen Leben) zu ermöglichen.⁵³⁹ Auch im Gesetzgebungsverfahren der EA (Titel IX) wurde auf den Zusammenhang zwischen Diskriminierung im Bereich der Bildung und schlechteren

⁵³³ Art. 6, Abs. 2 US-Verfassung (sog. supremacy clause).

⁵³⁴ 42 U.S.C. § 3615.

⁵³⁵ *Miller v. Amusement Enterprises, Inc.*, 5th Cir. 1968, 394 F.2d 342, 353.

⁵³⁶ Smolla, *Federal Civil Rights Acts*, § 3:11 und die Nachweise dort.

⁵³⁷ Smolla, *Federal Civil Rights Acts*, § 7:1, 2.

⁵³⁸ *Miller v. Amusement Enterprises, Inc.*, 5th Cir. 1968, 394 F.2d 342, 353.

⁵³⁹ 42 U.S.C. § 12101(a)(1), (7) und (8).

Berufsaussichten hingewiesen,⁵⁴⁰ woraus der Schluss gezogen werden kann, dass gerade die Vermeidung dieser schlechteren Lebenschancen ein Ziel des Gesetzes ist.

Über die Chancengleichheit hinaus spielt in den amerikanischen Gesetzen das Ziel der Integration eine herausragende Rolle. So ist Zweck des FHA, getrennte Wohnviertel zu vermeiden. Auch verlangt der ADA eine so weitreichende Eingliederung wie möglich⁵⁴¹ und die fehlende Integration wird als Diskriminierung behandelt.⁵⁴² Integration geht über Chanceneröffnung und Teilhabe hinaus, denn diese könnten (rein theoretisch) auch durch getrennte und wirklich gleichwertige Möglichkeiten geschaffen werden. Hier drängt sich ein Bezug zum lange für verfassungsgemäß gehaltenen Prinzip „separate but equal“ auf. Danach war die Trennung von Schwarzen und Weißen zulässig, wenn beide Gruppen über gleichwertige Einrichtungen verfügten.⁵⁴³ Dieses Prinzip wurde in den 1950er Jahren für verfassungswidrig erklärt, insbesondere durch *Brown v. Board of Education*. Der Supreme Court hat auch entschieden, dass für eine Geschlechtertrennung im Bereich Bildung wichtige Gründe erforderlich sind.⁵⁴⁴

Im ADA wird auch betont, welche öffentlichen Kosten schlechte Chancen für Behinderte und die daraus häufig folgende wirtschaftliche Abhängigkeit mit sich bringen.⁵⁴⁵ Dieses Beispiel zeigt deutlich, dass Nachteile nicht nur die Diskriminierten, sondern auch die Gesamtgesellschaft treffen, und auch dieser für die Gesamtgesellschaft entstehende Schaden verhindert werden soll.

Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Argumentation zur Anwendbarkeit der commerce clause⁵⁴⁶ als Kompetenzgrundlage für den Erlass von Antidiskriminierungsgesetzen wird stets darauf hingewiesen, dass die Vorschriften Transaktionen – in diesem Fall über die Grenze der Bundesstaaten hinweg – ermöglichen, die ohne das Gesetz aufgrund von Diskriminierungen nicht vorgenommen würden. Hier stellt sich die Frage, ob der Ermöglichung von Transaktionen auch ein eigener verfassungsrechtlicher Wert zukommt, oder ob es sich bei diesem Kriterium lediglich um eine Kompetenzvorschrift mit Zuordnungscharakter handelt. Nach der Interpretation des Supreme Court umfasst die commerce clause eine sogenannte „dormant commerce clause“,⁵⁴⁷

⁵⁴⁰ 118 Cong. Rec. 5806-07 nach U.S. Department of Justice, Title IX Manual, S. 17.

⁵⁴¹ 42 U.S.C. § 12182(b)(4)(B).

⁵⁴² 42 U.S.C. § 12101(a)(5).

⁵⁴³ *Plessy v. Ferguson*, US Supreme Court 1896, 163 U.S. 537.

⁵⁴⁴ *United States v. Virginia*, US Supreme Court 1996, 518 U.S. 515. Im Fall hatte Virginia angeboten, neben einer bekannten Militärakademie nur für Männer ein Institut nur für Frauen zu betreiben.

⁵⁴⁵ 42 U.S.C. § 12101(a)(8).

⁵⁴⁶ Siehe hierzu 4. Teil, B. I. 1.

⁵⁴⁷ Siehe beispielsweise *Gibbons v. Ogden*, US Supreme Court 1824, 22 U.S. 1.

nach der auch bei Fehlen jeglicher Bundesvorschriften für eine Materie die Einzelstaaten keine Vorschriften erlassen können, die Transaktionen zwischen den Einzelstaaten beeinträchtigen.⁵⁴⁸ Dies zeigt klar auf, dass der Ermöglichung von Transaktionen im gesamten Bundesgebiet nach der Verfassung ganz erheblicher Wert zukommt.

III. Die Tatbestände der einzelnen Gesetze

Die amerikanischen Gesetze sind extrem detailreich, enthalten eine Vielzahl von Definitionen und regeln Bereiche im Gesetz selbst, die in Deutschland der Rechtsprechung überlassen werden. So ist beispielsweise im ADA sehr genau beschrieben, was alles als Diskriminierung anzusehen ist, insbesondere welche praktischen Hindernisse zu beseitigen sind, da sie nach der Gesetzeskonzeption (in der Regel mittelbare) Diskriminierungen darstellen. Durch ihre große Regelungsdichte unterscheiden sich die Gesetze erheblich vom abstrakt und knapp gefassten AGG. Systematisch betrachtet liegt auch den amerikanischen Gesetzen jedoch eine ähnliche Struktur wie den Diskriminierungstatbeständen des AGG zugrunde.

IV. Dogmatische Qualifizierung der Ansprüche

Wie im deutschen Recht ist auch im US-Recht die dogmatische Qualifizierung der Ansprüche aus den Antidiskriminierungsgesetzen die entscheidende Frage für die Anwendbarkeit allgemeiner Grundsätze. Der Supreme Court hat entschieden, dass der auf den FHA gestützte Schadensersatzanspruch des Benachteiligten in seinem Kern ein deliktsrechtlicher Anspruch sei; wenn der Gesetzgeber einen derartigen Anspruch schaffe, dann sei davon auszugehen, dass beabsichtigt sei, allgemeine deliktsrechtliche Grundsätze (insbesondere zur Haftung für Dritte) auf diese Ansprüche anzuwenden.⁵⁴⁹ Dies gilt ebenso für die anderen gesetzlichen Diskriminierungsverbote,⁵⁵⁰ insbesondere für die relativ generellen Diskriminierungsverbote in §§ 1981, 1982.⁵⁵¹ Auch für die Anwendung von Verjährungsvorschriften haben Gerichte mangels aus-

⁵⁴⁸ Die Lehre von der dormant commerce clause weist insoweit große Ähnlichkeit zu den Grundfreiheiten des AEUV auf.

⁵⁴⁹ Meyer v. Holley, US Supreme Court 2003, 537 U.S. 280; Curtis v. Loether, US Supreme Court 1974, 415 U.S. 189.

⁵⁵⁰ Dillon v. AFBIC Development Corp., 5th Cir. 1979, 597 F.2d 556.

⁵⁵¹ Page v. U.S. Industries, Inc., 5th Cir. 1977, 556 F.2d 346; Ware v. Colonial Provision Co., Inc., D.Mass. 1978, 458 F.Supp. 1193.

drücklicher Regelung⁵⁵² für diskriminierungsrechtliche Schadensersatzansprüche auf die Vorschriften für deliktrechtliche Ansprüche zurückgegriffen.⁵⁵³

V. Bei Diskriminierungen anwendbare allgemeine Ansprüche

Im US-amerikanischen Recht können sich bei Diskriminierungen Ansprüche aus allgemeinen Grundsätzen ergeben, so beispielsweise aus dem Deliktstatbestand der vorsätzlichen Zufügung psychischer Leiden (intentional infliction of mental distress). Diskriminierung als solche stellt jedoch nach dem common law in der Regel keine rechtswidrige Handlung dar und bleibt unter dem common law grundsätzlich folgenlos, solange keine speziellen gesetzlichen Regelungen bestehen.⁵⁵⁴ Selbst die Ablehnung eines Vertragsschlusses wegen der Hautfarbe des Interessenten war im common law zulässig.⁵⁵⁵ Eine (denkbare) jüngere Rechtsfortbildung im common law fand nicht statt für den Bereich des Diskriminierungsschutzes, da er durch Spezialgesetze geregelt und hierdurch dem common law entzogen wurde.

Es stellt sich das Problem, in welchem Verhältnis allgemeine Ansprüche zu den spezialgesetzlichen Ansprüchen stehen, insbesondere dann, wenn bestimmte Rechtsfolgen spezialgesetzlich ausdrücklich nicht vorgesehen sind. So wurde beispielsweise aus einem spezialgesetzlichen Ausschluss eines Schadensersatzanspruchs für Diskriminierungen in allgemein zugänglichen Einrichtungen geschlossen, dass damit konkludent auch ein deliktsrechtlicher Schadensersatzanspruch ausgeschlossen sei.⁵⁵⁶ Dieser Schluss ist aber keineswegs zwingend, da der Anspruch aus allgemeinem Deliktsrecht von strengeren Voraussetzungen abhängt (insbesondere von Vorsatz), sodass auch bei Bejahung dieses Anspruchs die gesetzgeberische Intention nicht unbedingt umgangen wird. Entscheidend ist vielmehr, was mit dem spezialgesetzlichen Ausschluss von Schadensersatz für auch bloß mittelbare Diskriminierungen

⁵⁵² Mittlerweile wurde eine bundesgesetzliche Auffangregelung für alle bundesgesetzlich begründeten Ansprüche geschaffen, für die keine spezielle Verjährungsvorschrift gilt (28 U.S.C. § 1658). Sie gilt allerdings nur für nach dem 01.12.1990 erlassene Gesetze.

⁵⁵³ Die Entscheidung des Supreme Court (*City of Rancho Palos Verdes, Cal. v. Abrams*, US Supreme Court 2005, 544 U.S. 113), ist zwar zu 42 U.S.C. § 1983 ergangen (Anspruchsgrundlage für staatliche Verletzungen der §§ 1981, 1982), die Argumentation ist jedoch auf Diskriminierungsverbote unter Privaten übertragbar. Für andere Diskriminierungsverbote siehe außerdem *US. v. Harrion*, D.Mass. 2002, 188 F.Supp.2d 77 zum FHA; *Dockery v. Unified School Dist. No. 231*, D.Kan. 2005, 382 F.Supp.2d 1234 zum CRA (Titel VI); *Rodriguez-Garcia v. Municipality of Caguas*, 1st Cir. 2004, 354 F.3d 91 zu § 1981.

⁵⁵⁴ *Madden v. Queens County Jockey Club*, Court of Appeals of New York 1947, 72 N.E.2d 697; *Fletcher v. Coney Island, Inc.*, Supreme Court of Ohio 1956, 134 N.E.2d 371; *Violette v. International Business Machines Corp.*, D.Vt. 1996, 962 F.Supp. 446; *Sherman v. Optical Imaging Systems, Inc.*, E.D.Mich. 1994, 843 F.Supp. 1168.

⁵⁵⁵ Shapo, *Principles of Tort Law*, S. 509.

⁵⁵⁶ *Holmes v. Elks Club, Inc.*, M.D.Fla.1975, 389 F.Supp. 854.

bezweckt werden sollte. Der Gesetzgeber hätte selbstverständlich dadurch Klarheit schaffen können, dass er das Verhältnis zu den allgemeinen Ansprüchen ausdrücklich regelt, andernfalls kommt es auf eine Auslegung der spezialgesetzlichen Normen an.

In bestimmten Fällen sind Gerichte daher auch von nebeneinander bestehenden Ansprüchen ausgegangen. So wurde eine vertragliche Zusicherung der Einhaltung von Diskriminierungsregelungen bei staatlicher Finanzierung als selbstständig einklagbar neben den ausdrücklich in CRA (Titel VI) vorgesehenen Rechtsfolgen angesehen.⁵⁵⁷

VI. Konkurrenzverhältnis der Rechtsfolgen

Der CRA (Titel II) bestimmt ausdrücklich, dass die dort vorgesehenen Rechtsfolgen abschließend sind für die Verletzung der durch den CRA (Titel II) aufgestellten Diskriminierungsverbote.⁵⁵⁸ Er regelt außerdem, dass Diskriminierungsverbote in anderen Gesetzen daneben anwendbar bleiben.⁵⁵⁹ Gleiches gilt im Grundsatz für die anderen Gesetze. Gerade zu § 1981 und § 1982 ergeben sich aufgrund deren genereller Anwendbarkeit große Überschneidungsbereiche, in denen dann die Regelungen grundsätzlich nebeneinander anwendbar sind.⁵⁶⁰

Allerdings stellt sich in diesen Fällen stets die Frage, ob nicht spezielle Sonderregelungen der einschlägigen Gesetze durch diesen Rückgriff umgangen werden und aus diesem Grund werden Ansprüche in ihrem Umfang oder ihrer Ausgestaltung beschränkt. Zum Beispiel ist nach einer Ansicht die Verjährungsfrist aus dem speziellen Anspruch aus dem FHA auf daneben gegebene Ansprüche aus § 1981 zu übertragen.⁵⁶¹ Eine für manche Situationen mögliche Mittellösung ist, nicht eine strikte Übertragung von Einschränkungen des speziellen Gesetzes anzunehmen, diese aber im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu berücksichtigen: Beispielsweise sind zwar die Höchstgrenzen für Strafschadensersatz aus dem CRA (Titel VII), der die arbeitsrechtlichen Bestimmungen enthält, nicht direkt auf zugleich bestehende Ansprüche aus § 1981 anwendbar, sie sind jedoch bei der Bemessung als ein Faktor zu berücksichtigen und sprechen gegen erheblich die Höchstgrenzen des CRA (Titel VII) überschreitende Beträge.⁵⁶²

⁵⁵⁷ *United States v. Marion County School Dist.*, 5th Cir. 1980, 625 F.2d 607.

⁵⁵⁸ 42 U.S.C. § 2000a-6 (b).

⁵⁵⁹ 42 U.S.C. § 2000a-6 (b).

⁵⁶⁰ *Tillman v. Wheaton-Haven Recreation Association, Inc.*, US Supreme Court 1973, 410 U.S. 431; *Wilkey v. Pyramid Const. Co.*, D.Conn. 1985, 619 F.Supp. 1453.

⁵⁶¹ *Warren v. Norman Realty Co.*, D.Neb. 1974, 375 F.Supp. 478.

⁵⁶² *Kauffman v. Maxim Healthcare Services, Inc.*, E.D.N.Y. 2007, 509 F.Supp.2d 210.

Auch Rechtsfolgen innerhalb eines Gesetzes sind in der Regel nebeneinander anwendbar, insbesondere die Vorschriften zur öffentlichen und zur privaten Durchsetzung. Allerdings enthalten sie in der Regel gewisse Einschränkungen und genaue Bestimmungen für den Fall, dass bereits von einer Seite ein Verfahren angestrengt wurde.⁵⁶³ Auch die Tatsache, dass Gesetze öffentliche Durchsetzung vorsehen und auf diese Weise eine Rechtsdurchsetzung mit Wirkung für eine Vielzahl von Fällen und Personen möglich ist, schließt nicht Gruppenklagen konkludent aus (durch die ebenfalls eine weitreichende Rechtsdurchsetzung erfolgt).⁵⁶⁴ Hier zeigt sich deutlich, dass diese effektive Form der Durchsetzung nicht allein dem Staat vorbehalten bleiben soll.

C. Individuelle Rechtsdurchsetzung und zivilrechtliche Rechtsfolgen

I. Allgemeine Problemstellungen

1. Anspruchsinhaberschaft und Klageberechtigung

Im FHA und im CRA (Titel II) wird als klageberechtigte Person⁵⁶⁵ jeweils die geschädigte Person (aggrieved person) genannt, worunter nach der Definition im FHA jede Person fällt, die durch eine Diskriminierung verletzt wird.⁵⁶⁶ Zum FHA wurde der Umfang der Klageberechtigung in drei Entscheidungen des Supreme Court entwickelt. Hiernach ist die Klageberechtigung extrem weit und geht weit über den konkret beim Vertragsschluss Benachteiligten hinaus.

Der ersten Entscheidung, *Trafficante v. Metropolitan Life Insurance Co.*,⁵⁶⁷ lag eine Klage eines weißen und eines schwarzen Mieters gegen den Eigentümer und Vermieter eines Apartmentkomplexes zugrunde. Sie machten geltend, dass der Vermieter gegenüber schwarzen Mietinteressenten diskriminiere. Die Kläger machten geltend, dies beeinträchtige sie, da ihnen soziale Vorteile und geschäftliche Chancen vom Leben in einem gemischten Umfeld entgingen, und dass sie Unannehmlichkeiten und wirtschaftliche Nachteile davon hätten, dass sie mit dem Stigma behaftet seien, in einem „weißen Getto“ zu leben. In seiner Entscheidung erkannte der Supreme Court

⁵⁶³ Vgl. Smolla, *Federal Civil Rights Acts*, § 3:68; *Mitchell v. Cellone*, 3rd Cir. 2004, 389 F.3d 86.

⁵⁶⁴ *Fort v. White*, D.Conn. 1974, 383 F.Supp. 949 zu früheren Bestimmungen des FHA.

⁵⁶⁵ In den Gesetzen und Entscheidungen wird nicht streng zwischen materieller Anspruchsinhaberschaft und prozessualer Klagebefugnis getrennt. Aufgrund der sehr ähnlichen Funktion beider kommt es auf die Unterschiede für die Zwecke dieser Arbeit nicht an und der Begriff „standing“ wird in dieser Arbeit stets mit „Klageberechtigung“ übersetzt.

⁵⁶⁶ 42 U.S.C. § 3602 (i).

⁵⁶⁷ *Trafficante v. Metropolitan Life Ins. Co.*, US Supreme Court 1972, 409 U.S. 205.

die Klageberechtigung der beiden Kläger an (sogenanntes neighborhood standing), obwohl diese beide nicht selbst und unmittelbar als neue Mietinteressen benachteiligt wurden. Er stellte in seiner Entscheidung auf die von den Klägern geltend gemachte Beeinträchtigung durch das Fehlen der Interaktionsmöglichkeiten mit Angehörigen verschiedener Bevölkerungsgruppen ab. Dieser Schaden sei auch vom Schutzzweck des FHA erfasst, da im Gesetzgebungsverfahren betont worden sei, dass nicht nur der konkret Benachteiligte durch Diskriminierungen geschädigt werde⁵⁶⁸ und Zweck des Gesetzes die Schaffung gemischter Wohngegenden sei.⁵⁶⁹

In *Gladstone Realtors v. Village of Bellwood*⁵⁷⁰ entschied der Supreme Court, dass einer Gemeinde ein Klagerecht gegen einen Makler zusteht, der Interessenten je nach Hautfarbe lediglich Häuser in bestimmten Gegenden zeigt (sogenanntes racial steering). Die Gemeinde habe nämlich ein Interesse an stabilen und ausgewogenen Bevölkerungsstrukturen in ihren Stadtteilen und werde daher durch das Verhalten des Maklers beeinträchtigt. Zugleich hatten weiße Bewohner eines Stadtteils geklagt, in dem die Makler lediglich schwarzen Interessenten Häuser vermittelten. Auch hier lagen nach Ansicht des Supreme Court konkrete Nachteile vor, nämlich die entgangenen Vorteile durch Interaktionsmöglichkeiten in einer integrierten Wohngegend.⁵⁷¹ Außerdem stelle der Wertverlust ihres Grundstücks durch die schleichende Umwandlung des Gebietes von einem integrierten Wohnviertel zu einem fast ausschließlich von Schwarzen bewohnten Viertel einen konkreten und vom Schutzzweck umfassten Nachteil dar.⁵⁷²

In *Havens Realty Corp. v. Coleman*⁵⁷³ klagten zwei Testkunden⁵⁷⁴ gegen einen Makler, der dem schwarzen Testkunden gesagt hatte, er habe keine freien Wohnungen, dem weißen hingegen, er verfüge über solche. Der Supreme Court stellte darauf ab, dass sich aus dem FHA bereits das Verbot ergibt, über die Verfügbarkeit von Wohnungen falsche Auskünfte zu erteilen⁵⁷⁵ und begründete hieraus ein Recht auf zutreffende Information, unabhängig von einem tatsächlichen Interesse an einem Vertrags-

⁵⁶⁸ *Trafficante v. Metropolitan Life Ins. Co.*, US Supreme Court 1972, 409 U.S. 205, 211, zitiert 114 Cong. Rec. 2706 (1986).

⁵⁶⁹ *Trafficante v. Metropolitan Life Ins. Co.*, US Supreme Court 1972, 409 U.S. 205, 211, zitiert 114 Cong. Rec. 3422 (1986).

⁵⁷⁰ *Gladstone Realtors v. Village of Bellwood*, US Supreme Court 1979, 441 U.S. 91.

⁵⁷¹ *Gladstone Realtors v. Village of Bellwood*, US Supreme Court 1979, 441 U.S. 91, 111.

⁵⁷² *Gladstone Realtors v. Village of Bellwood*, US Supreme Court 1979, 441 U.S. 91, 115.

⁵⁷³ *Havens Realty Corp. v. Coleman*, US Supreme Court 1982, 455 U.S. 363.

⁵⁷⁴ Testkunden sind Personen, die sich lediglich als am Vertragsschluss Interessierte ausgeben.

⁵⁷⁵ 42 U.S.C. § 3604(d) und § 3612(a).

schluss.⁵⁷⁶ Da dieses Recht nur gegenüber dem schwarzen Testkunden verletzt worden sei, sei nur dieser klageberechtigt. Außerdem erkannte der Supreme Court in dieser Entscheidung die Klageberechtigung einer Organisation an, die sich für integrierte Wohnviertel einsetzt. Zwar hielt der Supreme Court an seiner Rechtsprechung fest, dass eine Beeinträchtigung der abstrakt von einer Organisation verfolgten Zwecke nicht ausreicht,⁵⁷⁷ er erkannte jedoch an, dass die Organisation hier bei ihrer Beratung und Vermittlung konkret betroffen sei.⁵⁷⁸

Die Klageberechtigung ist also nicht auf den konkret benachteiligten Vertragspartner oder Vertragsinteressenten beschränkt, sondern ist auf weitere Fälle eines konkreten Interesses an der Einhaltung der Vorschriften ausgedehnt. Dies stellt die am weitesten gehende Regel zur Klageberechtigung dar, die nach der amerikanischen Verfassung durch den Bundesgesetzgeber aufgrund von Art. 3 der Verfassung vorgesehen werden kann und Gerichte haben ausdrücklich den FHA so ausgelegt, dass der FHA keine über die verfassungsrechtlichen Anforderungen hinausgehenden Anforderungen an eine Klageberechtigung aufstelle.⁵⁷⁹ Nach Art. 3 der Verfassung setzt die Klageberechtigung voraus, dass (1.) der Kläger einen konkreten und bestimmten Nachteil (wird als „injury in fact“ bezeichnet) hat, der (2.) in kausalem Zusammenhang mit dem Verhalten des Beklagten steht, und dass (3.) dem Nachteil durch eine Entscheidung des Gerichts abgeholfen werden kann.⁵⁸⁰ Auch für den ADA (Titel III) haben Gerichte betont, dass er eine Klageberechtigung im vollen nach der Verfassung zulässigen Umfang gewähre.⁵⁸¹

Diese weite Auslegung gilt aber nicht für alle Antidiskriminierungsgesetze. So wurde vom Supreme Court zu § 1981 entschieden, dass nur derjenige klageberechtigt ist, der Ansprüche aus der vertraglichen Beziehung hat oder Ansprüche aus der intendierten vertraglichen Beziehung hätte, also im Regelfall der Vertragspartner.⁵⁸² Wie erläutert, enthält der Gesetzeswortlaut hier überhaupt keine Ansprüche und bestimmt keinen Anspruchs- bzw. Klageberechtigten. Für § 1982 wurde entschieden, dass Testmieteninteressenten und Organisationen, die Testanfragen durchführen, nicht klageberechtigt

⁵⁷⁶ *Havens Realty Corp. v. Coleman*, US Supreme Court 1982, 455 U.S. 363, 373. Auch für den ADA haben Gerichte ein sog. „tester standing“ anerkannt, vgl. *Tandy v. City of Wichita*, 10th Cir. 2004, 1380 F.3d 1277.

⁵⁷⁷ *Sierra Club v. Morton*, US Supreme Court 1972, 405 U.S. 727, 739.

⁵⁷⁸ *Havens Realty Corp. v. Coleman*, US Supreme Court 1982, 455 U.S. 363, 379.

⁵⁷⁹ *Isaac v. Norwest Mortgage*, N.D.Tex. 2001, 153 F. Supp. 2d 900.

⁵⁸⁰ *Lujan v. Defenders of Wildlife*, US Supreme Court 1992, 504 U.S. 555, 560 f.; *Steger v. Franco*, 8th Cir. 2000, 228 F.3d. 889, 892.

⁵⁸¹ *Wilson v. Pier 1 Imports, Inc.*, E.D.Cal. 2006, 413 F.Supp.2d 1130.

⁵⁸² *Domino's Pizza, Inc. v. McDonald*, US Supreme Court 2006, 546 U.S. 470.

sind, da sie kein wirkliches Interesse am Vertragsschluss haben.⁵⁸³ Hier ist auch deutlich erkennbar, warum die Argumentation des Supreme Court zum FHA nicht auf § 1982 übertragen werden kann, da der Supreme Court für den FHA auf das dort ausdrücklich enthaltene Verbot zurückgreifen konnte, über die Verfügbarkeit von Wohnraum unzutreffende Auskünfte zu erteilen, das unabhängig von einem angestrebten Vertragsschluss bestehe.

Gemeinsam ist allen Gesetzen wohl unstrittig, dass eine bloße Beeinträchtigung der Ehre nicht ausreicht. Dies ergibt sich aus der Vielzahl von Entscheidungen, in denen darauf abgestellt wird, ob der Kläger die entsprechende Einrichtung nochmals besuchen will.⁵⁸⁴ Nimmt man das Ausreichen rechtlich geschützter Interessen ernst, so erscheint fraglich, warum die Ehre nicht darunter fallen kann. Ebenfalls erscheint fraglich, warum bestimmte andere immaterielle Nachteile nicht ausreichen, eine Klagebefugnis zu begründen. So wurde in einem Fall eine Klagebefugnis aufgrund der verweigerten Beförderung des Ehepartners verneint.⁵⁸⁵ Im konkreten Fall ging es um die Fahrt mit einem Kreuzfahrtschiff und die Reise ohne den Ehepartner ist wohl keine realistische Option, sodass durchaus eine starke Beeinträchtigung vorliegt. Zwar ist richtig, dass nicht Verletzungen eines Dritten geltend gemacht werden können, hier liegt jedoch eine ganz erhebliche eigene Beeinträchtigung vor und es ist nicht ersichtlich, warum diese Beeinträchtigung – gerade angesichts der insgesamt weiten Auslegung – nicht rechtlich anerkannt werden sollte.⁵⁸⁶ Anerkannt ist hingegen, dass ein Klagerecht auch dann für die konkret benachteiligte Person besteht, wenn diese nicht wegen eines ihr zukommenden Merkmals, sondern wegen eines einer Begleitperson zukommenden Merkmals benachteiligt wird.⁵⁸⁷ Wäre bei der Kreuzfahrt also der Ehepartner der behinderten Person ebenfalls abgewiesen worden, so hätte ihm ein Klagerecht zugestanden.

2. Anspruchsgegner: Zurechnung und Ausdehnung der Haftung

Die Frage, gegen wen die Ansprüche geltend gemacht werden können, lässt sich in die Problemfelder Zurechnung und Ausdehnung der Haftung aufgliedern.

⁵⁸³ *Washington v. Krahn*, E.D.Wis. 2006, 467 F.Supp.2d 899; anders dagegen *Watts v. Boyd Properties, Inc.*, 11th Cir. 1985, 758 F.2d 1482; *Sherman Park Community Association v. Wauwatosa Realty Co.*, E.D.Wis. 1980, 486 F. Supp. 838.

⁵⁸⁴ Siehe hierzu unten 4. Teil, C. III. 3. a).

⁵⁸⁵ *Larsen v. Carnival Corp., Inc.*, S.D.Fla. 2003, 242 F.Supp.2d 1333, 1349.

⁵⁸⁶ Das Gericht hat sich mit dieser Frage nicht vertieft auseinandergesetzt, da die Klage auch aus anderen Gründen nicht erfolgreich war.

⁵⁸⁷ Vgl. für § 1981 *Homan v. City of Reading*, E.D. Pa. 1997, 963 F. Supp. 485; verallgemeinernd für alle Bundesgesetze *Am Jur 2d Civil Rights* § 37.

a) Zurechnung

Auch im amerikanischen Recht ist ein häufig angesprochener Punkt die Anwendung allgemeiner Deliktsrechtsgrundsätze zur Haftung für rechtswidriges Verhalten eines Verrichtungsgehilfen (vicarious liability; respondeat superior).⁵⁸⁸ Wie oben dargestellt, wird für die Verbote des FHA davon ausgegangen, dass ihre Verletzung im Kern eine unerlaubte Handlung darstellt, sodass die allgemeinen Grundsätze des Deliktsrechts mit der Haftungsregelung für Verrichtungsgehilfen anwendbar sind.⁵⁸⁹ Nach dieser Regelung haftet der Geschäftsherr für das Verhalten seiner Verrichtungsgehilfen für deren Handlungen bei Durchführung der Verrichtung.⁵⁹⁰ Dabei kennt das US-amerikanische Recht für die Haftung des Verrichtungsgehilfen keine Exkulpationsmöglichkeit für den Geschäftsherrn.⁵⁹¹ Eine Zurechnung unerlaubter Handlungen von Hilfspersonen findet auch statt, ohne dass der Geschäftsherr eine genaue Anweisung oder die Erlaubnis zur Begehung der Handlung gegeben hat.⁵⁹² Ebenso wurde für den FHA entschieden, dass eine Zurechnung selbst dann stattfinden kann, wenn ausdrücklich die Anweisung zur Nichtdiskriminierung gegeben wurde.⁵⁹³ Auch für den ADA wurde entschieden, dass nach allgemeinen Grundsätzen des common law der Geschäftsherr für den Verrichtungsgehilfen haftet.⁵⁹⁴

b) Ausdehnung

Ob Ansprüche sowohl gegen den konkret Handelnden als auch den Geschäftsherrn bestehen, wird uneinheitlich beurteilt. So wurde zum ADA entschieden, dass derjenige, der die Einrichtung betreibt, nicht hingegen der konkret Handelnde, der richtige Anspruchsgegner sei.⁵⁹⁵ In einer anderen Entscheidung zu § 1981 und CRA (Titel II)

⁵⁸⁸ Beispielsweise Smolla, Federal Civil Rights Acts, § 3:84. Zum Rechtsinstitut allgemein vgl. beispielsweise Vance v. Ball State University, US Supreme Court 2013 (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht).

⁵⁸⁹ Meyer v. Holley, US Supreme Court 2003, 537 U.S. 280; Curtis v. Loether, US Supreme Court 1974, 415 U.S. 189.

⁵⁹⁰ Burlington Industries, Inc. v. Ellerth, US Supreme Court 1998, 524 U.S. 742.

⁵⁹¹ Vgl. Birkner v. Salt Lake County, Supreme Court of Utah 1989, 771 P.2d 1053, wo außerdem ausdrücklich darauf verwiesen wird, dass eine mögliche Haftung des Arbeitgebers für Überwachungsver schulden unabhängig von der Haftung für Verrichtungsgehilfen ist. Die Grundsätze des common law sind zusammengefasst im Restatement (Third) of Agency, § 2.04, wo lediglich vorausgesetzt wird, dass das Delikt im Rahmen der übertragenen Tätigkeit stattfindet.

⁵⁹² New Orleans, M & C R Co. v. Hanning, US Supreme Court 1872, 82 U.S. 649.

⁵⁹³ Sanders v. Dorris, 6th Cir. 1989, 873 F.2d 938.

⁵⁹⁴ Bowen v. Rubin, E.D.N.Y. 2005, 385 F.Supp.2d 168; Rosen v. Montgomery County Maryland, 4th Cir. 1997, 121 F.3d 154.

⁵⁹⁵ Devlin v. Hammontree, D.Me. 2008, 561 F.Supp.2d 118.

wurden dagegen sowohl dem Inhaber eines Restaurants als auch seinen Angestellten Diskriminierungen untersagt.⁵⁹⁶

Teilweise bestehen auch Ansprüche gegen weitere Personengruppen als den Geschäftsinhaber und seine Angestellten. Beispielsweise ist der Makler selbst Adressat der Diskriminierungsverbote des FHA.⁵⁹⁷ Umstritten ist, ob ein Anspruch nach dem ADA auch gegen den Architekten besteht.⁵⁹⁸

3. Kostentragung im Zivilprozess: die „American Rule“ und die Ausnahmen im Antidiskriminierungsrecht

Nach den allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen im amerikanischen Recht findet keine Kostenerstattung statt, d. h. die obsiegende Partei muss ihre Anwaltskosten und sonstigen Kosten der Rechtsverfolgung selbst tragen (sogenannte American Rule).⁵⁹⁹

Im Bereich des Antidiskriminierungsrechts gelten teilweise Ausnahmen von diesem Grundsatz. So stellt es der CRA (Titel II) in das Ermessen des Gerichts, der obsiegenden Partei einen Erstattungsanspruch für Anwaltskosten zuzusprechen.⁶⁰⁰ Der FHA enthält eine fast wörtlich identische Formulierung in 42 U.S.C. § 3613(c)(2), ebenso der ADA (Titel III) in 42 U.S.C. § 12205. Auch für §§ 1981 und 1982 gilt eine vergleichbare Regelung.⁶⁰¹ Eine andere Regelungsmöglichkeit enthielt der FHA bis zur Änderung im Jahr 1988: Eine Kostenerstattung war nur für den obsiegenden Kläger möglich, nicht dagegen für den obsiegenden Beklagten.⁶⁰²

Dabei ist im Einzelnen umstritten, ob – wofür der Wortlaut spricht – dem Gericht ein Ermessen zukommt oder ob das Gericht die Pflicht hat, der unterliegenden Partei die Kosten aufzuerlegen.⁶⁰³ Nach einer Entscheidung des Supreme Court zum CRA (Titel II) darf dem obsiegenden Kläger nur bei besonderen Umständen keine Kostenerstat-

⁵⁹⁶ Black v. Bonds, S.D.Ala. 1969, 308 F.Supp. 774.

⁵⁹⁷ Vgl. 42 U.S.C. § 3605.

⁵⁹⁸ Dafür United States v. Ellerbe Becket, Inc., D.Minn. 1997, 976 F.Supp. 1262. Dagegen Lonberg v. Sanborn Theaters Inc., 9th Cir. 2001, 259 F.3d 1029.

⁵⁹⁹ Alyeska Pipeline Service Co. v. Wilderness Society, US Supreme Court 1975, 421 U.S. 240, 247; Cohen in Capisio/Cohen, Awards of Attorneys Fees by Federal Courts, Federal Agencies and Selected Foreign Findings, S. 1.

⁶⁰⁰ 42 U.S.C. § 2000a-3 (b). Das Gericht hat ebenso Ermessen, dem Kläger einen Anwalt beizuordnen und eine Klageerhebung ohne Kosten zuzulassen (42 U.S.C. § 2000a-3(a)). Gleiches gilt nach dem FHA (42 U.S.C. § 3613(b)).

⁶⁰¹ 42 U.S.C. § 1988(b).

⁶⁰² Smolla, Federal Civil Rights Acts, § 3:76.

⁶⁰³ Hierfür zum FHA New Jersey Coalition of Rooming and Boarding House Owners v. Mayor and Council of City of Asbury Park, 3rd Cir. 1998, 152 F.3d 217. Dagegen LeBlanc-Sternberg v. Fletcher, 2nd Cir. 1998, 143 F.3d 748.

tung gewährt werden,⁶⁰⁴ dem obsiegenden Beklagten soll dagegen nur bei bösgläubig handelnden Klägern ein Kostenerstattungsanspruch zustehen.⁶⁰⁵

4. Ungeschriebene Ansprüche Privater

Die Problematik eines ungeschriebenen Anspruchs Privater kann anschaulich an folgendem Beispiel aufgezeigt werden: Wie dargestellt, enthält EA (Titel IX) ein Verbot geschlechtsbezogener Diskriminierungen für Bildungseinrichtungen, die aus Bundesmitteln finanzielle Unterstützung erhalten. Nach dem gesetzlichen Wortlaut ist als Durchsetzungsmechanismus lediglich vorgesehen, dass bei einer Verletzung ein verwaltungsbehördliches Verfahren stattfindet, das zum Entzug der finanziellen Unterstützung führen kann.⁶⁰⁶ Der gesetzliche Wortlaut enthält keine privaten Klagerechte. Im Fall Cannon⁶⁰⁷ hat der Supreme Court jedoch einen ungeschriebenen, sich aber aus dem Gesetz ergebenden, Anspruch Privater gegen die entsprechende Einrichtung angenommen, und zwar auf Unterlassung. Später hat der Supreme Court auch einen ungeschriebenen Anspruch auf Schadensersatz angenommen.⁶⁰⁸ Der ungeschriebene Anspruch besteht also gegenüber dem Privaten, nicht hingegen gegen den Staat auf Einstellung der Finanzierung.⁶⁰⁹

Ungeschriebene Ansprüche sind im amerikanischen Recht keine Seltenheit. Die Rechtsprechung wendet regelmäßig die vom Supreme Court in *Cort v. Ash*⁶¹⁰ aufgestellten Auslegungsgrundsätze für Bundesgesetze an, um zu bestimmen, ob sich aus einem Gesetz durch Auslegung des Gesetzes ein ungeschriebener Anspruch ergibt. Danach kommt es darauf an, ob (1.) der Kläger vom persönlichen Schutzzweck des Gesetzes erfasst ist, (2.) sich ein Wille des Gesetzgebers feststellen lässt, einen Anspruch Privater zu gewähren oder auszuschließen, (3.) ein Anspruch Privater mit dem vom Gesetz verfolgten Zweck in Einklang steht und (4.) ob ein derartiger Anspruch traditionell im einzelstaatlichen Recht geregelt ist oder geregelt wäre.⁶¹¹

⁶⁰⁴ *Newman v. Piggie Park Enterprises, Inc.*, US Supreme Court 1968, 390 U.S. 400.

⁶⁰⁵ *Newman v. Piggie Park Enterprises, Inc.*, US Supreme Court 1968, 390 U.S. 400, 402 f.; *Christiansburg Garment Co. v. E.E.O.C.*, US Supreme Court 1978, 434 U.S. 412, 421.

⁶⁰⁶ 20 U.S.C. § 1682.

⁶⁰⁷ *Cannon v. University of Chicago*, US Supreme Court 1979, 441 U.S. 677.

⁶⁰⁸ *Franklin v. Gwinnett County Public Schools*, US Supreme Court 1992, 503 U.S. 60.

⁶⁰⁹ *Jersey Heights Neighborhood Association v. Glendening et al.*, 4th Cir. 1999, 174 F.3d 180; *Washington Legal Found. v. Alexander*, D.C. Cir. 1993, 984 F.2d 483; *Women's Equity Action League v. Cavazos*, D.C.Cir. 1990, 906 F.2d 742.

⁶¹⁰ *Cort v. Ash*, US Supreme Court 1975, 422 U.S. 66.

⁶¹¹ Da dann schwieriger zu begründen ist, warum sich ein derartiger Anspruch aus einem Bundesgesetz ergeben sollte.

Auch im Bereich des CRA (Titel VI) hat der Supreme Court einen ungeschriebenen Anspruch sowohl auf injunctive relief als auch auf Schadensersatz anerkannt,⁶¹² allerdings nur für Verletzungen von 42 U.S.C. § 2000d (Diskriminierungsabsicht erforderlich), nicht auch für § 2000d-1, der mittelbare Benachteiligungen ausreichen lässt.⁶¹³ Die Vorschrift des § 2000d-1 enthält nämlich lediglich eine Ermächtigung an die Verwaltung, Verordnungen zu erlassen, durch die im Einzelnen Anforderungen für die Gewährung der Mittel gestellt werden. Hier ergibt sich durch Auslegung nicht, dass gerade den Benachteiligten ein eigenes Recht eingeräumt werden sollte, im Gegensatz zur direkt anwendbaren Bestimmung des § 2000d, die das Recht des Einzelnen in den Vordergrund stellt („No person in the United States shall, on the grounds of race [...] be excluded from participation [...]“).⁶¹⁴

Wenn sich aus einem Gesetz – unter Berücksichtigung seiner Entstehungsgeschichte – eindeutig ergibt, dass der Gesetzgeber keine weiteren Rechtsfolgen schaffen wollte und die ausdrücklich genannten abschließend sein sollten, so können keine ungeschriebenen Ansprüche angenommen werden.⁶¹⁵ Der Supreme Court nimmt häufig eine derartige abschließende Nennung an.⁶¹⁶

Ungeschriebene Ansprüche Privater sind auch sämtliche von der Rechtsprechung zu §§ 1981, 1982 entwickelten Rechtsfolgen. Wie oben gezeigt, findet sich nämlich zu diesen beiden Vorschriften keinerlei Rechtsfolgenregelung im Gesetz.

II. Schadensersatzansprüche

Nach allgemeinen Grundsätzen des US-Rechts hat Schadensersatz als „legal remedy“ eine gewisse Vorrangstellung vor den sogenannten „equitable remedies“, die nach allgemeinen Grundsätzen voraussetzen, dass Schadensersatz nicht ausreicht, und bei denen das Gericht in der Regel einen größeren Ermessenspielraum hat.⁶¹⁷ Die Unterscheidung zwischen „legal remedy“ und „equitable remedy“ geht auf eine im Mittelalter entstandene Unterscheidung im englischen Rechtssystem zurück. Neben den „common law courts“, die dem Kläger „legal remedies“ zusprechen konnten, entstanden „courts of equity“, die weitreichende „equitable remedies“ zusprechen konnten, wenn das Gericht befand, das Ergebnis des common law sei im jeweiligen Einzelfall

⁶¹² *Guardians Association v. Civil Service Commission*, US Supreme Court 1983, 463 U.S. 582.

⁶¹³ *Alexander v. Sandoval*, US Supreme Court 2000, 532 U.S. 275.

⁶¹⁴ *Alexander v. Sandoval*, US Supreme Court 2000, 532 U.S. 275.

⁶¹⁵ *Touche Ross v. Redington*, US Supreme Court 1979, 442 U.S. 560.

⁶¹⁶ Vgl. Fazzone, *Implied Rights of Action in Federal Legislation: Harmonization within the Statutory Scheme*, *Duke Law Journal* 1980, 928; *National Railroad Passenger Cor. v. National Association of Railroad Passengers (Amtrak)*, US Supreme Court 1974, 414 U.S. 453.

⁶¹⁷ Vgl. Silberman/Stein/Wolff, *Civil Procedure: Theory and Practice*, S. 720.

ungerecht.⁶¹⁸ Wie im Folgenden gezeigt, wird dieser allgemeine Grundsatz jedoch im Bereich des Antidiskriminierungsrechts durch die genauen Vorgaben der einzelnen Gesetze überlagert.

1. Kompensatorischer Schadensersatz

Kompensatorischer Schadensersatz (compensatory damages oder actual damages) erfasst den Ausgleich von zugefügten Nachteilen und erfordert einen Vergleich der tatsächlichen Situation des Anspruchstellers und seiner hypothetischen Situation ohne die dem Anspruchsgegner zurechenbare Rechtsverletzung.⁶¹⁹ Für die Ausgestaltung der Schadensersatzansprüche wird auf deliktsrechtliche Grundsätze zurückgegriffen.⁶²⁰ Nach den US-amerikanischen Antidiskriminierungsgesetzen besteht grundsätzlich kein Verschuldenserfordernis für Schadensersatzansprüche.

Hinsichtlich privater Klagemöglichkeiten auf Schadensersatz unterscheiden sich die US-amerikanischen Gesetze erheblich. So sieht der FHA ausdrücklich kompensatorischen Schadensersatz vor.⁶²¹ Im ADA und im CRA (Titel II) ist dagegen keine Klagemöglichkeit des Benachteiligten auf Schadensersatz vorgesehen.⁶²² Da nach dem ADA alle Klagemöglichkeiten durch den Benachteiligten eine fortbestehende oder bevorstehende Beeinträchtigung voraussetzen, steht dem Benachteiligten daher bei bereits abgeschlossenen Beeinträchtigungen ohne Wiederholungsgefahr keine Klage nach dem ADA offen. Wohl aber kann der Attorney General auf Schadensersatz an den Benachteiligten klagen.⁶²³ Hier liegt eine ungewöhnliche Mischung von individueller und staatlicher Durchsetzung vor: Schadensersatz als sonst in der Regel typisches Klageziel einer Individualklage kann nicht durch eine solche geltend gemacht werden, wohl aber durch eine staatliche Stelle.

Neben kompensatorischem Schadensersatz und dem weiter unten dargestellten Strafschadensersatz kennt das US-amerikanische Recht sogenannte nominal damages, die in der Regel USD 1 betragen. Sie können zugesprochen werden, wenn zwar eine Rechtsverletzung feststeht, aber es an anderen Elementen eines kompensatorischen

⁶¹⁸ Von Mehren/Murray, *Law in the United States*, S. 2 ff.

⁶¹⁹ Shreve/Raven-Hansen, *Understanding Civil Procedure*, S. 513.

⁶²⁰ *Memphis Community School Dist. v. Stachura*, US Supreme Court 1986, 477 U.S. 299; *Thompkins v. Belt*, 5th Cir. 1987, 828 F.2d 298.

⁶²¹ 42 U.S.C. § 3613(c)(1).

⁶²² Hierzu für den ADA u. a. *Jairath v. Dyer*, 11th Cir. 1998, 154 F.3d 1280; *Goodwin v. C.N.J., Inc.*, 1st Cir. 2006, 436 F.3d 44. Für den CRA (Titel II) siehe *Bass v. Parkwood Hosp.*, 5th Cir. 1999, 180 F.3d 234.

⁶²³ 42 U.S.C. § 12188(b)(2)(B). Hierauf wird unten näher eingegangen (4. Teil, E. I. 2.).

Schadensersatzanspruchs fehlt, z. B. Schaden oder Kausalität.⁶²⁴ Nominal damages stellen die Rechtsverletzung fest⁶²⁵ und kommen damit einem Feststellungsurteil nahe. Außerdem ermöglichen sie die Kostenerstattung zugunsten des Klägers nach den spezialgesetzlichen Kostenerstattungsregeln.⁶²⁶

Selbst wenn im Wortlaut des Gesetzes ein Ermessen des Gerichts angedeutet zu sein scheint, ob kompensatorischer Schadensersatz zuzusprechen ist, so besteht eine Pflicht des Gerichts ihn zuzusprechen, wenn die Diskriminierung einen Schaden verursacht hat. Dies wurde für den FHA entschieden, in dem es im Wortlaut heißt „may award [...] damages“.⁶²⁷ Diese Ansicht überzeugt, denn auf der Tatbestandsseite findet sich lediglich der Verstoß gegen ein Diskriminierungsverbot. Das Gesetz musste daher diese offene Formulierung wählen, da ja nicht in allen Fällen der Diskriminierung auch ein Schaden entsteht und damit Schadensersatz als Rechtsfolge möglich ist. Der Supreme Court hat zu einer Vorgängerregelung der jetzigen Rechtsfolgenbestimmung des FHA aus dem Charakter des Schadensersatzes als „legal remedy“, im Gegensatz zu den „equitable remedies“, geschlossen, dass dem Gericht kein Ermessen zustehe.⁶²⁸ Diese Begründung kann auf alle Antidiskriminierungsgesetze angewandt werden.

2. Entschädigung für immaterielle Schäden

Im US-amerikanischen Recht findet sich kein genereller oder grundsätzlicher Ausschluss von Schadensersatz für immaterielle Schäden, immaterielle Schäden werden jedoch in bestimmten Fällen schlechter behandelt als materielle Schäden, so beispielsweise durch nur für diese geltende Höchstgrenzen.⁶²⁹

Für die Antidiskriminierungsgesetze hat der Supreme Court entschieden, dass auch immaterielle Schäden wie im Falle von Rufschädigungen, Demütigungen oder psychischen Qualen durch kompensatorischen Schadensersatz ausgeglichen werden können.⁶³⁰ Zum FHA und zum CRA (Titel II) haben Untergerichte entschieden, dass Ersatz für psychische Beeinträchtigungen und für die mit der Diskriminierung ver-

⁶²⁴ Farrar v. Hobby, US Supreme Court 1992, 506 U.S. 103.

⁶²⁵ Fischer, Understanding Remedies S. 7 f.

⁶²⁶ Fischer, Understanding Remedies S. 8. Allerdings hat der Supreme Court dies abgelehnt, als bei eingeklagtem Schadensersatz von USD 17 Mio. nur nominal damages zugesprochen wurden, Farrar v. Hobby, US Supreme Court 1992, 506 U.S. 103, 115.

⁶²⁷ New Jersey Coalition of Rooming and Boarding House Owners v. Mayor and Council of the City of Asbury Park, 3rd Cir. 1998, 152 F.3d 217.

⁶²⁸ Curtis v. Loether, US Supreme Court 1974, 415 U.S. 189, 197.

⁶²⁹ Vgl. Fischer, Understanding Remedies, S. 24 mit den dortigen Nachweisen.

⁶³⁰ Memphis Community School District v. Stachura, US Supreme Court 1986, 477 U.S. 307 zitiert Gertz v. Robert Welch, Inc., US Supreme Court 1974, 418 U.S. 323, 350.

bundene Erniedrigung zu leisten ist.⁶³¹ Auch wurden in einer Entscheidung zum FHA Unannehmlichkeiten und die Vorenthaltung verfassungsrechtlicher Rechte als Grund für einen kompensatorischen Schadensersatzanspruch angesehen,⁶³² ebenso wie Verlegenheit und Schaden an einer Beziehung (in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft).⁶³³ Zur Verletzung von verfassungsrechtlichen Rechten hat der Supreme Court entschieden, dass kompensatorischer Schadensersatz nur dann vorliege, wenn dem Kläger der Schaden ausgeglichen wird, der gerade ihm dadurch entsteht, dass ein verfassungsrechtliches Recht verletzt wird. Für die abstrakte Beeinträchtigung eines verfassungsmäßig verbürgten Rechts kann dagegen kein kompensatorischer Schadensersatz verlangt werden.⁶³⁴

Wie bereits oben erörtert, weist nach Ansicht des Supreme Court der FHA Gemeinsamkeiten mit den die Ehre schützenden Deliktstatbeständen (defamation, infliction of emotional distress) auf; aus diesem Grund können nach der Rechtsprechung des Supreme Court die für diese Deliktstatbestände gültigen Grundsätze zum Schadensersatz bei immateriellen Schäden auf den FHA übertragen werden.⁶³⁵ Gerichte haben ausdrücklich entschieden, dass die schwierige Bemessung von Schadensersatz für psychische Leiden nicht gegen ihre Zulässigkeit spricht.⁶³⁶ Teilweise wurde sogar davon ausgegangen, dass eine Erniedrigung in bestimmten Fällen nicht besonders dargelegt werden muss, sondern sich aus den Umständen ergeben kann.⁶³⁷

3. Strafschadensersatz

a) Grundsätze zu Strafschadensersatz in der amerikanischen Rechtsordnung

Als Grundprinzip gilt im amerikanischen Recht, dass Strafschadensersatz (punitive damages, teilweise auch als exemplary damages bezeichnet) nur für besonders erhebliches und verwerfliches Fehlverhalten vorgesehen ist, wobei teilweise sogar verlangt

⁶³¹ *Ambruster v. Monument 3: Realty Fund VIII Ltd.*, N.D.Cal. 1997, 963 F.Supp. 862; *Crumble v. Blumthal*, 7th Cir. 1977, 549 F.2d 462.

⁶³² *Morehead v. Lewis*, N.D.Ill. 1977, 432 F.Supp. 674.

⁶³³ *Banai v. Secretary of Housing and Urban Development on Behalf of Times*, 11th Cir. 1997, 102 F.3d 1203.

⁶³⁴ *Memphis Community School District v. Stachura*, US Supreme Court 1986, 477 U.S. 306, 307.

⁶³⁵ *Curtis v. Loether*, US Supreme Court 1974, 415 U.S. 189, 195 und Fn. 10.

⁶³⁶ *Morgan v. Secretary of Housing and Urban Development*, 10th Cir. 1993, 985 F.2d 1451.

⁶³⁷ *Seaton v. Sky Realty Co., Inc.*, 7th Cir. 1974, 491 F.2d 634.

wird, dass das Fehlverhalten nahe an kriminelles Verhalten heranreichen muss.⁶³⁸ Für bloße Vertragsbrüche ist Strafschadensersatz daher in der Regel ausgeschlossen.⁶³⁹

Auch der Supreme Court hat sich bereits mehrfach mit der Zulässigkeit von Strafschadensersatz befasst. Er entnimmt der due process clause im 14. und im 5. Zusatzartikel der Verfassung auch materielle Anforderungen (sog. substantive due process⁶⁴⁰) und hat ihr insbesondere entnommen, dass Strafschadensersatz in erheblich unverhältnismäßiger Höhe verfassungswidrig ist. In der Entscheidung *BMW of North America, Inc. v. Gore*⁶⁴¹ hat er die folgenden drei Merkmale für entscheidend gehalten: 1. die Erheblichkeit der Pflichtverletzung; 2. das Verhältnis zwischen kompensatorischem Schadensersatz und Strafschadensersatz; und 3. die in ähnlichen Fällen üblichen Bußgeldhöhen. In einer weiteren Entscheidung hat der Supreme Court ausgeführt, dass ein Verhältnis von Strafschadensersatz zu kompensatorischem Schadensersatz von 10:1 und größer nur in Ausnahmefällen mit der due process clause vereinbar ist.⁶⁴² In der häufig zitierten Entscheidung *Exxon Shipping Co. v. Baker*⁶⁴³, nach der Strafschadensersatz nicht über kompensatorischen Schadensersatz hinausgehen darf, spielten seerechtliche Besonderheiten eine Rolle, sodass es fraglich ist, ob dies auf andere Bereiche, insbesondere das Antidiskriminierungsrecht, übertragbar ist.⁶⁴⁴

b) Strafschadensersatz im Antidiskriminierungsrecht

Im Antidiskriminierungsrecht ergeben sich insoweit Besonderheiten, als die Gesetze teilweise Strafschadensersatz ausdrücklich vorsehen. So sieht der FHA Strafschadensersatz vor,⁶⁴⁵ enthält jedoch eine Höchstgrenze von USD 500.000.⁶⁴⁶ Beträge zwischen USD 10.000 und 50.000 sind üblich.⁶⁴⁷

⁶³⁸ Shapo, *Principles of Tort Law*, S. 497.

⁶³⁹ *City of Hope National Medical Center v. Genentech, Inc.*, California Supreme Court 2008, 181 P.3d 142. Die Grundsätze des common law sind zusammengefasst im Restatement (Second) of Contracts § 355. Siehe auch Kunz/Chomsky, *Contracts: A Contemporary Approach*, S. 1039.

⁶⁴⁰ In Abgrenzung zu den prozessualen Grundprinzipien (procedural due process).

⁶⁴¹ *BMW of North America, Inc. v. Gore*, US Supreme Court 1996, 517 U.S. 559. Der Fall betrifft die Aufhebung eines Urteils auf Strafschadensersatz in Höhe von USD 2 Mio. (zunächst sogar USD 4 Mio.) für die Nichtmitteilung durch einen Autohändler, dass ein Auto umlackiert worden war, bei gleichzeitigem Zuspruch von kompensatorischem Schadensersatz von USD 4.000.

⁶⁴² *State Farm Mut. Auto Ins. Co. v. Campbell*, US Supreme Court 2003, 538 U.S. 424.

⁶⁴³ *Exxon Shipping Co. v. Baker*, US Supreme Court 2008, 554 U.S. 471.

⁶⁴⁴ Hasen, *Remedies*, S. 342.

⁶⁴⁵ 42 U.S.C. § 3613(c)(1).

⁶⁴⁶ Bis zur Reform des FHA im Jahr 1988 lag die Grenze bei nur USD 1.000, so dass Kläger häufig gleichzeitig auch einen Anspruch aus § 1982 geltend machten, für den diese Grenze nicht galt (vgl. *Am. Jur. 2d Civil Rights* § 60).

⁶⁴⁷ Smolla, *Federal Civil Rights Acts*, § 3:74.

Soweit die Gesetze Strafschadensersatz ausdrücklich erlauben, ist das wichtigste Problem, ob hierin lediglich eine Bezugnahme auf die anerkannten allgemeinen Grundsätze zu sehen ist, oder ob Strafschadensersatz aufgrund der ausdrücklichen Anordnung an geringere Voraussetzungen geknüpft ist. Jedenfalls ist höchst strittig, welche Voraussetzungen genau erfüllt werden müssen, damit Strafschadensersatz zugesprochen wird. Inwieweit die unterschiedlichen Formulierungen allerdings wirklich substanziell andere Schwellen setzen, ist sehr schwer zu beurteilen.⁶⁴⁸ Teilweise ist von einer „rücksichtslosen oder gleichgültigen Nichtbeachtung der Rechte des Klägers oder einer absichtlichen Verletzung“⁶⁴⁹ die Rede, in anderen Entscheidungen wird noch weitergehend gefordert, dass vorsätzliches Handeln oder eine Absicht, den Kläger zu verletzen, vorliegt.⁶⁵⁰ Teilweise wird aber auch vertreten, ein derart erhebliches Fehlverhalten sei bei Verletzungen des FHA nicht erforderlich.⁶⁵¹ Insgesamt scheint jedenfalls Einigkeit darüber zu bestehen, dass Strafschadensersatz an weitere Voraussetzungen gebunden ist als kompensatorischer Schadensersatz und nicht in jedem Fall automatisch zugesprochen werden sollte.

Für §§ 1981 und 1982, wo keine spezialgesetzliche Regelung besteht, geht die herrschende Meinung davon aus, dass Strafschadensersatz unter den allgemeinen Voraussetzungen zugesprochen werden kann.⁶⁵² Dies überzeugt, da ja gerade keine gesetzliche Wertentscheidung gegen dieses Rechtsinstitut vorliegt und somit auch kein Grund besteht, warum Verletzungen dieser Norm gegenüber anderen Normverletzungen als weniger relevant eingestuft werden sollten, zumal die engen Voraussetzungen dafür sorgen, dass nur besonders verwerfliches Verhalten erfasst wird.

Ein immer wieder auftauchendes und heftig umstrittenes Problem ist die Frage, ob Strafschadensersatz nur dann zugesprochen werden kann, wenn auch kompensatorischer Schadensersatz zugesprochen wird.⁶⁵³ Ebenso wird immer wieder das Verhältnis der Höhe des Strafschadensersatzes zur Höhe des kompensatorischen Schadensersatzes thematisiert. In einem Fall wurde ein Verhältnis von Strafschadensersatz zu kompensatorischem Schadensersatz von 9,2 zu 1 für zulässig gehalten.⁶⁵⁴ Nach der Rechtsprechung des Supreme Court ist das Verhältnis, wie gezeigt, in jedem Fall ein

⁶⁴⁸ Zur Terminologie der Voraussetzungen für Strafschadensersatz im amerikanischen Recht generell siehe Shapo, *Principles of Tort Law*, S. 497 f.

⁶⁴⁹ Zum FHA *Tyus v. Urban Search Management*, 7th Cir. 1996, 102 F.3d 256.

⁶⁵⁰ *Jeanty v. McKey & Poague, Inc.*, 7th Cir. 1974, 496 F.2d 1119.

⁶⁵¹ *Preferred Properties, Inc. v. Indian River Estates, Inc.*, 6th Cir. 2002, 276 F.3d 790.

⁶⁵² Vgl. beispielsweise *Yarbrough v. Tower Oldsmobile, Inc.*, 7th Cir. 1986, 789 F.2d 508.

⁶⁵³ Dafür beispielsweise *Louisiana ACORN Fair Housing v. LeBlanc*, 5th Cir. 2000, 211 F.3d 298. Dagegen beispielsweise *Rogers v. Loether*, 7th Cir. 1972, 467 F.2d 1110; *Fountila v. Carter*, 9th Cir. 1978, 571 F.2d 487.

⁶⁵⁴ *Goldsmith v. Bagby Elevator Co., Inc.*, 11th Cir. 2008, 513 F.3d 1261.

Element für die Zulässigkeit; dabei wurde im Antidiskriminierungsrecht ein Verhältnis von 11 zu 1 als Argument gegen die Zulässigkeit angesehen.⁶⁵⁵

III. Injunctive relief

1. Die gesetzlichen Regelungen

Wie aufgezeigt, bestehen nach allen amerikanischen Gesetzen Klagemöglichkeiten auf „injunctive relief“. Selbst wenn diese Möglichkeit nicht ausdrücklich genannt wird, wird dies jedenfalls als ungeschriebene Rechtsfolge angenommen (so z. B. bei §§ 1981, 1982⁶⁵⁶ und EA (Titel IX)⁶⁵⁷). Das Konzept des injunctive relief ist ausgesprochen komplex und umfasst eine Vielzahl von unterschiedlichen Formen; in den folgenden Abschnitten wird auf diese unterschiedlichen Formen des injunctive relief eingegangen. Da injunctive relief durch keinen treffenden deutschen Begriff – der insbesondere den weiten Umfang und die Vielschichtigkeit widerspiegeln würde – ersetzt werden kann, wird in dieser Arbeit der englische Begriff verwendet.

Beispielhaft seien hier die Formulierungen zum injunctive relief in zwei Gesetzen genannt: Bei einem Verstoß oder einem drohenden Verstoß gegen einen Diskriminierungstatbestand des CRA (Titel II) kann die benachteiligte Person sehr weitgehende Ansprüche geltend machen („civil action for preventive relief, including an application for a permanent or temporary injunction, restraining order, or other order“).⁶⁵⁸ Im FHA lautet die Formulierung: „the court [...] may grant as relief, as the court deems appropriate, any permanent or temporary injunction, temporary restraining order, or other order (including an order enjoining the defendant from engaging in such practice or ordering such affirmative action as may be appropriate)“.⁶⁵⁹

2. Injunctive relief: Formen, Charakter und Einordnung ins Antidiskriminierungsrecht

Nach der zeitlichen Wirkung einer injunction können verschiedene Formen unterschieden werden. Eine injunction kann als permanent injunction nach Abschluss eines Gerichtsverfahrens ergehen. Sie kann aber auch als temporary injunction ergehen. Zu letzterer gehört auch die preliminary injunction, die die Rechtslage bis zum Abschluss

⁶⁵⁵ Kauffman v. Maxim Healthcare Services, Inc., E.D.N.Y. 2007, 509 F.Supp.2d 210.

⁶⁵⁶ Siehe hierzu oben 4. Teil, A. I.

⁶⁵⁷ Siehe hierzu oben 4. Teil, C. I. 4.

⁶⁵⁸ 42 U.S.C. § 2000a-3(a).

⁶⁵⁹ 42 U.S.C. § 3613(c)(1).

eines Verfahrens vorläufig regelt.⁶⁶⁰ Ebenso zählt zu den temporary injunctions die temporary restraining order (TRO), die ohne Anhörung ergeht und lediglich die Zeit erfasst, bis eine Verhandlung über eine preliminary injunction stattfindet.⁶⁶¹ Da die Arbeit nicht auf einstweiligen Rechtsschutz eingeht, ist lediglich die permanent injunction hier relevant.

Außerdem kann nach dem Inhalt der injunction zwischen einer mandatory injunction, durch die dem Beklagten ein aktives Tun auferlegt wird, und einer prohibitory injunction oder negative injunction unterschieden werden, durch die dem Beklagten ein Unterlassen aufgegeben wird.⁶⁶² Im Antidiskriminierungsrecht sind beide dieser Formen möglich. Die Klage auf Erfüllung eines Vertrags (specific performance) – die im US-Recht im Gegensatz zum deutschen Recht nach allgemeinen Grundsätzen als equitable remedy nur möglich ist, wenn Schadensersatz als legal remedy nicht ausreicht⁶⁶³ – ist ebenfalls ein Unterfall einer permanent injunction.⁶⁶⁴ Außerdem können injunctions danach unterschieden werden, ob sie präventiv gegen drohende oder andauernde Beeinträchtigungen gerichtet sind (wie eine Unterlassungsklage) oder reparativ die Beseitigung von Folgen vorsehen.⁶⁶⁵

Als equitable relief kann eine injunction nach allgemeinen Grundsätzen nur ergehen, wenn legal remedies, insbesondere Schadensersatz, nicht ausreichen und außerdem steht equitable relief grundsätzlich im Ermessen des Gerichts.⁶⁶⁶ Aufgrund des Subsidiaritätsverhältnisses zu Schadensersatz setzen nach allgemeinen Grundsätzen die preliminary injunction und die TRO daher voraus, dass ein unmittelbarer und irreparabler Schaden droht und dieser während des Prozesses (bei der preliminary injunction) bzw. vor einer Verhandlung über eine preliminary injunction (bei der TRO) eintreten kann. Für die permanent injunction ergibt sich aus dem Subsidiaritätsverhältnis, dass sie grundsätzlich nur erlassen werden kann, wenn ohne sie in der Zukunft ein irreparabler Schaden eintreten kann, der nicht durch Schadensersatz ausgeglichen werden könnte.

⁶⁶⁰ Für eine Übersicht über die preliminary injunction im Antidiskriminierungsrecht siehe CJS Civil Rights §§ 360 ff.

⁶⁶¹ Siehe zu den verschiedenen Formen auch Piehler, Einstweiliger Rechtsschutz und materielles Recht, S. 120.

⁶⁶² Weaver et al., Remedies, S. 124.

⁶⁶³ *Javierre v. Central Altagracia*, US Supreme Court 1910, 217 U.S. 502; Kronman, Specific Performance, *University of Chicago Law Review* 45 (1978), 351, 354.

⁶⁶⁴ Vgl. Silberman/Stein/Wolff, *Civil Procedure: Theory and Practice*, S. 752.

⁶⁶⁵ Weaver et al., Remedies, S. 124.

⁶⁶⁶ Vgl. Silberman/Stein/Wolff, *Civil Procedure: Theory and Practice*, S. 720.

Allerdings sind diese allgemeinen Grundsätze durch Gesetze in großem Maße modifiziert. Sieht ein Gesetz ausdrücklich equitable remedies vor, so wird in der Regel davon ausgegangen, dass ein bloßes Vorliegen des gesetzlichen Tatbestandes bereits genügt, um eine injunction zu erhalten,⁶⁶⁷ also weder Subsidiarität zu Schadensersatz besteht, noch die Rechtsfolge im bloßen Ermessen des Gerichts steht. Allerdings wird vielfach auch lediglich von einer widerlegbaren Vermutung ausgegangen, dass die Voraussetzungen für eine injunction vorliegen, und so dem Beklagten die Gelegenheit gegeben, außergewöhnliche Umstände geltend zu machen.⁶⁶⁸ Aufgrund der gesetzlichen Anordnungen in den meisten Gesetzen spielt dieser Punkt im Antidiskriminierungsrecht eine große Rolle. Außerdem stellt sich für die §§ 1981 und 1982 ohne Rechtsfolgenregelung die wichtige Frage, ob hierfür die allgemeinen einschränkenden Grundsätze gelten sollen oder ob vielmehr eine einheitliche Systematik der Antidiskriminierungsvorschriften eine Übertragung der Grundsätze für die übrigen Diskriminierungsverbote gebietet.⁶⁶⁹

Nicht Teil des injunctive relief ist der sogenannte declaratory relief, der einer Feststellungsklage im deutschen Recht nahekommt und wie dort gegenüber anderen Klagemöglichkeiten subsidiär ist.⁶⁷⁰ Auch er ist in der Regel von den Gesetzen erfasst („or other order“).⁶⁷¹

3. Voraussetzungen und Inhalt der permanent injunction im Antidiskriminierungsrecht im Einzelnen

a) Voraussetzungen

Bereits oben wurde auf das Spannungsverhältnis zwischen dem allgemeinen Rechtsgrundsatz der Subsidiarität von equitable remedies auf der einen Seite und der spezialgesetzlichen ausdrücklichen Anordnung auf der anderen Seite hingewiesen. Konkret ergibt sich je nach Einordnung insbesondere, ob eine drohende irreparable Verletzung Voraussetzung für eine injunction ist, da nur dann Schadensersatz keinen ausreichenden Rechtsschutz bietet. Teilweise wird auf dieses Merkmal vollständig verzichtet, also der Gesetzeswortlaut so verstanden, dass die allgemeinen Einschränkungen beseitigt werden.⁶⁷² Teilweise wird dieses Merkmal zwar dogmatisch nicht aufgegeben, aber davon ausgegangen, dass wegen des versteckten und im Wesentlichen nicht

⁶⁶⁷ Burlington N. Ry. Co. v. Bair, 8th Cir. 1992, 957 F.2d 599, 602.

⁶⁶⁸ California Grocers Ass'n, Inc. v. Bank of America, Cal. App. 1.Dist. 1994, 22 Cal.App.4th 205.

⁶⁶⁹ Siehe hierzu oben 4. Teil, B. VI.

⁶⁷⁰ Shepherd v. U.S. Olympic Committee, D.Colo. 2006, 464 F.Supp.2d 1072.

⁶⁷¹ Schwemm, Housing Discrimination Law and Litigation, § 25:16.

⁶⁷² Zum FHA Cousins v. Bray, S.D.Ohio 2003, 297 F.Supp.2d 1027.

wiedergutzumachenden Charakters von Diskriminierung schon das Vorliegen einer diskriminierenden Übung genüge, um eine irreparable Verletzung annehmen zu können.⁶⁷³ Übereinstimmend werden aber jedenfalls nicht die strengen Anforderungen einer konkret zu zeigenden irreparablen Verletzung gestellt.

Unstrittig setzt eine injunction entweder die Wahrscheinlichkeit voraus, dass eine Diskriminierung in der Zukunft stattfindet,⁶⁷⁴ oder eine noch andauernde Diskriminierung.⁶⁷⁵ Eine Diskriminierung muss dagegen nicht bereits stattgefunden haben. So enthält der ADA die ausdrückliche Vorschrift, dass keine Schritte unternommen werden müssen, um eine Diskriminierung auszulösen, wenn eine drohende Diskriminierung klar bevorsteht.⁶⁷⁶ Für eine Diskriminierung in der Zukunft wurde für allgemein zugängliche Einrichtungen entschieden, dass eine schlüssig vorgetragene Absicht, die Einrichtung zu besuchen, ausreicht.⁶⁷⁷ Hier muss man sich stets den Zusammenhang zu der Frage vor Augen halten, dass natürlich nur dann von einer bevorstehenden Diskriminierung gesprochen werden kann, wenn diese alle Tatbestandsvoraussetzungen des Gesetzes erfüllt, also insbesondere der Kläger klageberechtigt ist. Es reicht daher nicht aus, dass der Kläger in der Zukunft mit großer Wahrscheinlichkeit in seiner Ehre beeinträchtigt wird, sondern dass er konkrete Nachteile erleidet, die ihm ein Klagerecht geben, insbesondere ihm ein Vertragsschluss verweigert wird.⁶⁷⁸

Es liegt umfangreiche Rechtsprechung zu der Frage vor, wann eine hinreichende Wahrscheinlichkeit vorliegt und welche Indizien für oder gegen sie sprechen.⁶⁷⁹ Beispielsweise wurde entschieden, dass noch eine hinreichende Wahrscheinlichkeit vorliegt, wenn der Kläger zwar bei der vorprozessualen Beweiserhebung (deposition) ausgesagt hat, es sei zweifelhaft, ob er das Restaurant noch einmal besuchen werde, später aber erklärt, er wolle das Restaurant wieder besuchen.⁶⁸⁰ Auf der anderen Seite wurde die Wahrscheinlichkeit in einem Fall verneint, in dem der Kläger lediglich einmalig eine Tankstelle besuchte, um einen Prozess gegen diese führen zu können,

⁶⁷³ Zum FHA *Gresham v. Windrush Partners, Ltd.*, 11th Cir. 1984, 730 F.2d 1417.

⁶⁷⁴ *Hoepfl v. Barlow*, E.D.Va. 1995, 906 F.Supp. 317.

⁶⁷⁵ *Blake v. Southcoast Health Sys.*, D.Mass. 2001, 145 F.Supp.2d 126.

⁶⁷⁶ 42 U.S.C. § 12188(a)(1).

⁶⁷⁷ *Access 4 All, Inc. v. Trump Intern. Hotel and Tower Condominium*, S.D.N.Y. 2006, 458 F.Supp.2d 160.

⁶⁷⁸ Siehe zur Klageberechtigung oben 4. Teil, C. I. 1. Wie dort gezeigt, wird die Klageberechtigung zwar in vielen Fällen sehr weit gezogen, gemeinsam ist aber allen hier untersuchten Gesetzen, dass eine Beeinträchtigung der Ehre nicht ausreicht.

⁶⁷⁹ Große Bedeutung kommt dabei der Entfernung der Einrichtung von den üblichen Aufenthaltsorten des Benachteiligten zu, vgl. *Molski v. Mandarin Touch Restaurant*, C.D.Cal. 2005, 385 F.Supp.2d 1042 und *Rosenkrantz v. Markopoulos*, M.D.Fla. 2003, 254 F.Supp.2d 1250.

⁶⁸⁰ *Jackson v. Waffle House, Inc.*, N.D.Ga. 2006, 413 F.Supp.2d 1338.

und kein Anhaltspunkt dafür bestand, dass er zu ihr zurückkehren werde.⁶⁸¹ Teilweise werden in der Rechtsprechung – jedenfalls der Formulierung nach – sehr hohe Anforderungen gestellt. So wird teilweise von einer „echten und gegenwärtigen Gefahr eines zukünftigen Schadens“⁶⁸² gesprochen, was eine deutlich höhere Anforderung stellt als ein irgendwann in der Zukunft möglicher Schadenseintritt.

b) Mögliche Inhalte des injunctive relief

Eine permanent injunction lässt eine Vielzahl unterschiedlicher Regelungen zu. So kann durch eine injunction eine Pflicht zum Angebot eines Vertragsschlusses bestimmt werden, was im Ergebnis einem Kontrahierungszwang gleichkommt.⁶⁸³ Urteile betonen teilweise auch die Wahlmöglichkeit des Diskriminierenden, auf welche Weise er die Ungleichbehandlung beseitigen möchte, da es ja nur auf die Gleichbehandlung zweier Gruppen ankommt. So heißt es beispielsweise in *Anderson v. Pass Christian Isles Golf Club, Inc.*, „[s]uch injunctive relief must provide that, so long as the defendant continues to make its golf course and related facilities available [...], no distinctions are to be made on the basis of race in granting such access.“⁶⁸⁴

Der ADA verweist auf die allgemeinen Bestimmungen zu injunctions im CRA (Titel II)⁶⁸⁵ und bestimmt darüber hinaus, dass injunctive relief auch die Anordnung zur Umgestaltung von Einrichtungen umfassen kann, sodass diese mit den Bestimmungen des Gesetzes in Einklang gebracht werden,⁶⁸⁶ was systematisch eine Konkretisierung des Beseitigungs- bzw. Unterlassungsanspruchs darstellt.

D. Kollektive Rechtsdurchsetzung

I. Die Gruppenklage und ihre Rechtsfolgen

1. Die Gruppenklage im Überblick

Bei der Gruppenklage führen ein oder mehrere Kläger zum einen im eigenen Namen den Prozess, zum anderen aber repräsentieren sie eine bestimmte „Gruppe“, der ähnliche Ansprüche zukommt. Außerdem ist auch eine Gruppenklage gegen eine Gruppe

⁶⁸¹ *Harris v. Stonecrest Care Auto Center, LLC*, S.D.Cal. 2007, 472 F.Supp.2d 1208.

⁶⁸² *Moranos v. Royal Caribbean Cruises, Ltd.*, S.D.Fla. 2008, 539 F.Supp.2d 1369.

⁶⁸³ Zum Angebot eines Mietvertrags bei Verstoß gegen den FHA siehe *Williamson v. Hampton Management Co.*, N.D.Ill. 1972, 339 F.Supp. 1146. Zur Pflicht zur Bewirtung siehe *Willis v. Pickrick Restaurant*, N.D.Ga. 1964, 231 F.Supp. 396.

⁶⁸⁴ *Anderson v. Pass Christian Isles Golf Club, Inc.*, 5th Cir. 1974, 488 F.2d 855, 858.

⁶⁸⁵ 42 U.S.C. § 2000a-3(a).

⁶⁸⁶ 42 U.S.C. § 12188(a)(1) und (2).

auf Beklagtenseite möglich,⁶⁸⁷ die aber deutlich seltener vorkommt.⁶⁸⁸ Über alle die Gruppe betreffenden Ansprüche wird im Prozess bindend entschieden, d. h. die Rechtskraft der Entscheidung erstreckt sich auf alle Gruppenmitglieder.⁶⁸⁹ Die Gruppenklage ist für Bundesgerichte in Rule 23 der Federal Rules of Civil Procedure geregelt. Die Vorschrift ist nicht auf bestimmte Rechtsgebiete beschränkt, spielt jedoch eine unterschiedlich große Rolle und gerade das Antidiskriminierungsrecht ist einer der Schwerpunktbereiche.⁶⁹⁰ Fast alle einzelstaatlichen Prozessordnungen enthalten Regelungen zu einer Gruppenklage, wobei die Mehrzahl entweder Rule 23 wörtlich übernommen oder nur leicht modifiziert hat.⁶⁹¹ Die folgende Darstellung betrifft die Rule 23 für Bundesgerichte.

Die Gruppenklage erfordert eine definierbare Gruppe, die so groß ist, dass eine bloße Klageverbindung praktisch nicht möglich ist (Rule 23(a)(1)) und eine tatsächliche oder rechtliche Gemeinsamkeit der Ansprüche der Mitglieder (Rule 23(a)(2)). Diese Gruppe muss eindeutig abgrenzbar sein, ihre Mitglieder müssen dagegen nicht namentlich bekannt sein und auch ihre Mitgliederzahl muss nicht feststehen. Im Anwendungsbereich des FHA wurde beispielsweise die Gruppe aller gegenwärtigen oder potenziellen Bewohner eines Ballungsraumes, die in einer nicht nach Rassen getrennten Gemeinschaft wohnen wollen, als zulässige Gruppe angesehen.⁶⁹²

Rule 23 ermöglicht eine Gruppenklage in drei Fällen: 1. bei einer Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen für den Beklagten oder der Gefährdung der Ansprüche späterer Kläger (Rule 23(b)(1)(A) und (B)), 2. wenn der angestrebte Rechtsschutz für alle Gruppenmitglieder geeignet ist, da sich der Gegner gegenüber der ganzen Gruppe einheitlich verhält (Rule 23(b)(2)), oder 3. wenn die gemeinsamen Streitpunkte die Besonderheiten der Gruppenmitglieder überwiegen und die Gruppenklage allen anderen möglichen Klageformen überlegen ist (Rule 23(b)(3)). Die ersten beiden Varianten

⁶⁸⁷ Siehe zum Antidiskriminierungsrecht beispielsweise eine staatliche Gruppenklage gegen Betreiber von Bars in *United States v. Cantrell*, E.D.La. 1969, 307 F.Supp. 259.

⁶⁸⁸ Baetge/Eichholtz, *Die Class Action in den USA*, in Basedow et al. (Hrsg.), *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess*, S. 287 ff., 288; Shreve/Raven-Hansen, *Understanding Civil Procedure*, S. 309.

⁶⁸⁹ Bis 1966 gab es hingegen „echte“ und „unechte“ Gruppenklagen, wobei nur bei ersteren eine Rechtskrafterstreckung stattfand, Baetge/Eichholtz, *Die Class Action in den USA*, in Basedow et al. (Hrsg.), *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess*, S. 287 ff., 292.

⁶⁹⁰ Hopt/Baetge, *Rechtsvergleichung und Reform des deutschen Rechts – Verbandsklage und Gruppenklage*, in Basedow et al. (Hrsg.), *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess*, S. 12 ff., 14.

⁶⁹¹ Siehe näher hierzu Baetge/Eichholtz, *Die Class Action in den USA*, in Basedow et al. (Hrsg.), *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess*, S. 287 ff., 301 f. Die Ähnlichkeit der Regelungen beruht teilweise auch darauf, dass für alle Gruppenklagen die verfassungsrechtlichen Anforderungen der due process clause gelten, vgl. Shreve/Raven-Hansen, *Understanding Civil Procedure*, S. 319 ff.

⁶⁹² *Sherman Park Community Association v. Wauwatosa Realty Co.*, E.D.Wis. 1980, 486 F.Supp. 838.

ten sind in der Regel zwingende Gruppenklagen (mandatory class actions), d. h. die Mitgliedschaft in der Gruppe ist für die Mitglieder zwingend, während in der dritten Variante die Mitglieder das Recht haben, nicht an der Gruppenklage teilzunehmen (opting out). Vor dem eigentlichen Verfahren muss der Richter die Gruppenklage durch Beschluss zulassen (certification). Eine Benachrichtigung aller Gruppenmitglieder muss versucht werden.

Üblich ist die Finanzierung des Prozesses durch den Klägervertreter gegen ein Erfolgshonorar (häufig zwischen 25 und 30 % des erstrittenen Betrages).⁶⁹³ Im gesamten Verfahren müssen die klagenden Mitglieder und ihre Anwälte eine faire und angemessene Vertretung der anderen Gruppenmitglieder gewährleisten (Rule 23(a)(4)), was das Gericht fortlaufend zu überprüfen hat. Dem Gericht kommt eine Schutzfunktion für die nicht anwesenden Gruppenmitglieder zu, die die sonst im amerikanischen Recht übliche Parteihegemonie und auch die Dispositionsmaxime erheblich einschränkt. So ist auch ein Abschluss eines Vergleichs nur mit Zustimmung des Gerichts möglich.

2. Die Bedeutung der Gruppenklage für Diskriminierungsverbote

Das Antidiskriminierungsrecht ist eines der Hauptanwendungsfelder der Gruppenklage.⁶⁹⁴ Allerdings unterscheidet sich die praktische Bedeutung für die einzelnen Diskriminierungsmerkmale erheblich. Während eine Gruppenklage für das Diskriminierungsmerkmal Behinderung zwar nicht ausgeschlossen ist (z. B. wäre eine denkbare Gruppe die Gruppe aller Rollstuhlfahrer), kommt es in der Praxis meist auf individuelle Besonderheiten an, insbesondere im Bereich des arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbots, sodass in vielen Fällen eine Gruppenklage nicht möglich ist.⁶⁹⁵ Bei Diskriminierungen aufgrund der Rasse spielt die Gruppenklage dagegen eine sehr große Rolle.⁶⁹⁶ Häufig kommen im Antidiskriminierungsbereich Klagen nach Rule 23(b)(2) in der Form von Feststellungsklagen oder Unterlassungsklagen vor.

⁶⁹³ Wie erläutert, sehen die Antidiskriminierungsgesetze in großem Umfang Kostenerstattungsansprüche für die obsiegende Partei vor (siehe oben 4. Teil, C. I. 3.), so dass durch Anwaltshonorare der für die Gruppe erstrittene Betrag dann nicht um Anwaltskosten gemindert wird, vgl. auch Silberman/Stein/Wolff, Civil Procedure: Theory and Practice, S. 973 f.

⁶⁹⁴ Andere wichtige Anwendungsbereiche sind u. a. das Kartellrecht, das Verbraucherschutzrecht und das Umweltschutzrecht sowie Massendelikte (mass torts), wie Produkthaftungsfälle oder große Unglücksfälle, Baetge/Eichholtz, Die Class Action in den USA, in Basedow et al. (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess, S. 287 ff., 289 f.

⁶⁹⁵ Prof. Martha Field, Harvard Law School, im persönlichen Gespräch am 02.11.2010.

⁶⁹⁶ Beispielsweise Nesmith v. Young Men's Christian Ass'n of Raleigh, N. C., Inc., E.D.N.C. 1967, 273 F.Supp. 502.

Für die Bundesgesetze zu Diskriminierung bestehen keine gesetzlichen Sonderregeln zur Gruppenklage, sodass die allgemeinen Regeln gelten. Für die Voraussetzung von Rule 23(b)(3) zur Überlegenheit der Gruppenklage kann beispielsweise häufig darauf abgestellt werden, dass Individualprozesse wegen Minimalschäden oder wegen individueller Hindernisse zur Rechtsverfolgung wie Sprachbarrieren oder Zugehörigkeit zu einer sozio-ökonomisch benachteiligten Gruppe äußerst unwahrscheinlich erscheinen.⁶⁹⁷

3. Die Rechtsfolgen der Gruppenklage und ihr weitreichender Charakter

Die Rechtskraft bei Gruppenklagen erstreckt sich auf alle Gruppenmitglieder, die nicht von einem „opt-out“-Recht Gebrauch gemacht haben. Rechtskraft kommt sowohl einem Urteil als auch einem Vergleich zu. Um in personeller Hinsicht eine klare Umgrenzung der Rechtskraftwirkung zu gewährleisten, kommt einer genauen Bezeichnung der Gruppe (Rule 23(c)(3)) ganz erhebliche Bedeutung zu. Voraussetzung für eine Rechtskrafterstreckung ist darüber hinaus eine Einhaltung aller derjenigen Bestimmungen, die Verfahrensrechte der Gruppenmitglieder sichern. Ein Gruppenmitglied kann sich daher darauf berufen, dass seine Verfahrensrechte verletzt wurden oder die Voraussetzungen für eine Gruppenklage gar nicht vorgelegen haben, was eine Bindungswirkung ausschließen würde.⁶⁹⁸

Häufig werden weitreichende injunctions gewährt, die teilweise als structural injunctions oder institutional injunctions bezeichnet werden,⁶⁹⁹ da sie Einrichtungen (z. B. Behörden oder Schulen) genaue Vorgaben für ihre Tätigkeit machen und weitreichende Konsequenzen haben können. Als Beispiel werden die gerichtlichen Anordnungen zur Aufhebung der Rassentrennung in Schulen nach der bahnbrechenden Entscheidung *Brown v. Board of Education* genannt, in denen die Gerichte auch den Transport von Schülern in andere Schulen anordneten, um gemeinsamen Unterricht faktisch möglich zu machen, da eine bloße Änderung der Rechtslage de facto nichts an der Rassentrennung geändert hätte.⁷⁰⁰

⁶⁹⁷ Zu diesen Merkmalen siehe auch Baetge/Eichholtz, Die Class Action in den USA, in Basedow et al. (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess, S. 287 ff., 317 mit weiteren Nachweisen.

⁶⁹⁸ Baetge/Eichholtz, Die Class Action in den USA, in Basedow et al. (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess, S. 287 ff., 337 f. mit Verweis auf die im 5. Zusatzartikel (für den Bund) und im 14. Zusatzartikel (für die Einzelstaaten) der US-Verfassung enthaltene due process clause.

⁶⁹⁹ Silberman/Stein/Wolff, Civil Procedure: Theory and Practice, S. 754.

⁷⁰⁰ *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, US Supreme Court 1971, 402 U.S. 1, 6.

Hinsichtlich der Rechtsfolgen unterscheiden sich die oben dargestellten drei Varianten der Rule 23(b) ganz erheblich. Für die erste und zweite Fallgruppe kommt grundsätzlich nur injunctive relief oder ein Feststellungsurteil in Betracht. In der dritten Variante wird dagegen in der Regel auf Schadensersatz geklagt. Die weit überwiegende Anzahl der Verfahren wird durch einen Vergleich beendet; die Vergleichsquote ist bei Gruppenklagen noch höher als in anderen Verfahren in den USA.⁷⁰¹

Mit Gruppenklagen der dritten Fallgruppe kann nicht nur kompensatorischer Schadensersatz, sondern auch Strafschadensersatz eingeklagt werden.⁷⁰² Gruppenklagen auf Schadensersatz weisen besondere Probleme auf, die hier nur angerissen werden können, da sie nicht auf Diskriminierungsverbote beschränkt sind. Beispielsweise ist die Feststellung des Schadens der jeweiligen Gruppenmitglieder eine individuelle Frage, sodass in manchen Fällen auf eine Gruppenklage zum Grund des Anspruchs Individualprozesse folgen. Eine Alternative hierzu stellt die Ermittlung eines Gesamtschadens dar, besonders in den Fällen, in denen eine individuelle Schadensermittlung praktisch unmöglich oder völlig unwirtschaftlich ist. Der Schädiger muss dann den Gesamtbetrag hinterlegen (common fund). Vorrangig ist die individuelle Aufteilung auf die Gruppenmitglieder nach dem Umfang des ihnen jeweils entstandenen Schadens. Zur Verwendung des Restbetrags – weil Gruppenmitglieder unbekannt sind, ihre Ansprüche nicht geltend machen oder eine Verteilung unverhältnismäßigen Aufwand erfordert – gibt es keine klaren gesetzlichen Regelungen, dem Gericht kommt Ermessen zu und es existiert eine umfangreiche Rechtsprechung.⁷⁰³

II. Klagerechte von Organisationen

Das US-amerikanische Recht kennt zum einen Klagerechte von Organisationen im eigenen Namen im Interesse ihrer Mitglieder („on behalf of its members“), zum anderen Klagerechte im eigenen Interesse („on their own behalf“). Während die Fallgruppe der Klagerechte im Interesse der Mitglieder als representational standing, organizational standing oder associational standing⁷⁰⁴ bezeichnet wird, stellen die Klagerechte im eigenen Interesse Sonderfälle eines individual standing⁷⁰⁵ dar. Gemeinsam ist beiden Klagerechten, dass der Zweck der Organisation in der Verhinderung der durch

⁷⁰¹ Baetge/Eichholtz, Die Class Action in den USA, in Basedow et al. (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess, S. 287 ff., 335.

⁷⁰² Miller v. Baltimore Gas & Elec. Co., D.Md. 2001, 202 F.R.D. 195.

⁷⁰³ Vgl. Golbey, Attorney's Fees, Unclaimed Funds, and Class Actions: Application of the Common Fund Doctrine, Fordham Law Review 49 (1980), 370, 386 ff.; West Virginia v. Chase Pfizer Co., S.D.N.Y. 1970, 314 F.Supp. 710.

⁷⁰⁴ Vgl. die Rechtsprechungsübersicht in 42 U.S.C.A. § 12188, S. 25 f.

⁷⁰⁵ Saunders v. General Services Corp., E.D.Va. 1987, 659 F.Supp. 1042.

das jeweilige Gesetz verbotenen Diskriminierungen bestehen muss.⁷⁰⁶ Für das Antidiskriminierungsrecht bestehen keine Sonderregelungen und es gelten daher die allgemeinen Grundsätze.

Für Klagerechte einer Organisation im Interesse ihrer Mitglieder lautet die Grundregel, dass eine Organisation klageberechtigt ist, wenn die Mitglieder (oder jedenfalls ein Mitglied)⁷⁰⁷ selbst klagebefugt wären, die mit der Klage verfolgten Ziele den Zielen der Organisation nahe stehen und weder die Anspruchsgrundlage noch die Rechtsfolgen eine Beteiligung der einzelnen Mitglieder erforderlich machen.⁷⁰⁸ In der Regel ist dies nur für injunctive relief und Feststellungsklagen der Fall. Bei einer Schadensersatzklage würde jedoch im Regelfall der Schadensersatz nicht gerade den konkret geschädigten Mitgliedern zugutekommen, sodass hier nicht auf Klagen der Einzelpersonen verzichtet werden kann und daher die letzte Voraussetzung nicht erfüllt ist.⁷⁰⁹

Ein Klagerecht einer Organisation im eigenen Interesse besteht hingegen dann, wenn durch die Handlungen der Klagegegner der durch die Organisation verfolgte Zweck zunichtegemacht wird und hierdurch der Organisation ein finanzieller Nachteil entsteht. In *Havens Realty Corp. v. Coleman*⁷¹⁰ erkannte der Supreme Court die Klageberechtigung einer Organisation an, die sich für integrierte Wohnviertel einsetzt. Zwar hielt der Supreme Court an seiner Rechtsprechung fest, dass eine Beeinträchtigung der abstrakt von einer Organisation verfolgten Zwecke nicht ausreicht,⁷¹¹ er erkannte jedoch an, dass die Zwecke der Organisation im vorliegenden Fall bei ihrer Beratung und Vermittlung konkret vereitelt würden.⁷¹² In diesen Fällen sind auch Ansprüche auf Schadensersatz gegeben.⁷¹³ Dies überzeugt, da die Organisation hier ja die Wiedergutmachung eines eigenen Schadens einklagt und ihr der Schadensersatz selbst zugutekommt, sodass sich die Situation völlig anders darstellt als bei der Klagemöglichkeit im Interesse ihrer Mitglieder.

⁷⁰⁶ Am Jur 2d Civil Rights § 48 mit den Nachweisen dort.

⁷⁰⁷ *Access 4 All, Inc. v. Trump Intern. Hotel and Tower Condominium*, S.D.N.Y. 2006, 458 F.Supp.2d 160 sowie *National Federation of Blind v. Target Corp.*, N.D.Cal. 2007, 582 F.Supp.2d 1185 für den ADA.

⁷⁰⁸ *Huertas v. East River Housing Corp.*, S.D.N.Y. 1979, 81 F.R.D. 641. Die Voraussetzungen für eine Klage eines Interessensverbandes für Minderheiten mit Behinderung wurde in *Organization for Advancement of Minorities with Disabilities v. Brick Oven Restaurant*, S.D.Cal. 2005, 406 F.Supp.2d 1120 angenommen.

⁷⁰⁹ *Minority Employees of Tennessee Dept. of Employment Sec., Inc. v. State of Tenn., Dept. of Employment Sec.*, M.D.Tenn. 1983, 573 F. Supp. 1346.

⁷¹⁰ *Havens Realty Corp. v. Coleman*, US Supreme Court 1982, 455 U.S. 363.

⁷¹¹ *Sierra Club v. Morton*, US Supreme Court 1972, 405 U.S. 727, 739.

⁷¹² *Havens Realty Corp. v. Coleman*, US Supreme Court 1982, 455 U.S. 363, 379.

⁷¹³ *Havens Realty Corp. v. Coleman*, US Supreme Court 1982, 455 U.S. 363, 378 f.

E. Staatliche Rechtsdurchsetzung und öffentlich-rechtliche Folgen

Staatliche Rechtsdurchsetzung wird in den USA für das Antidiskriminierungsrecht für sehr bedeutsam gehalten. So findet sich beispielsweise bereits in der ersten Vorschrift des ADA unter der Überschrift „Purpose“ die Feststellung, dass der ADA sicherstellen soll, dass der Bund eine zentrale Rolle in der Durchsetzung von Rechten Behinderter spielt.⁷¹⁴

Im Bereich der staatlichen Rechtsdurchsetzung stehen Verfahrensfragen und Rechtsfolgenfragen häufig in engem Zusammenhang. In einigen der Gesetze werden beispielsweise mehrere unterschiedliche Verfahrenswege staatlicher Rechtsdurchsetzung vorgesehen (z. B. behördliche Verfahren und daneben Klagerechte staatlicher Stellen vor Gerichten), bei denen sich auch die möglichen Rechtsfolgen unterscheiden. Die beiden ersten Abschnitte behandeln die Verfahrensmodelle gerichtlicher (I.) bzw. autonom behördlicher (II.) Rechtsdurchsetzung und sprechen eine Vielzahl der in diesen Verfahren möglichen Rechtsfolgen an. Die folgenden zwei Abschnitte behandeln spezielle Rechtsfolgenkategorien, nämlich strafrechtliche Sanktionen (III.) und den Wegfall staatlicher Finanzierung (IV.).

Hervorzuheben ist, dass hier von staatlicher Rechtsdurchsetzung und öffentlich-rechtlichen Folgen gesprochen wird. Diese Charakterisierung trifft zwar auf den typischen Fall der hier behandelten Durchsetzungsmechanismen zu, in einigen Fällen weist die Durchsetzung aber auch private Elemente auf. So ist Anlass staatlicher Durchsetzung sehr häufig eine Beschwerde Privater.⁷¹⁵ Außerdem sind nicht alle Rechtsfolgen typisch öffentlich-rechtlich, beispielsweise sieht der ADA eine Klagemöglichkeit einer öffentlichen Stelle auf Schadensersatz an den Benachteiligten vor.⁷¹⁶

Die Verfahrensvorschriften sind meist sehr detailliert und die Verfahren komplex. Teilweise sind in unterschiedlichen Verfahrensschritten Formen der behördlichen und gerichtlichen Durchsetzung enthalten. Die Regelungen zur Zuständigkeit von Behörden sind relativ unübersichtlich, da viele Doppelzuständigkeiten für die Rechtsverfol-

⁷¹⁴ 42 U.S.C. § 12101(b)(3).

⁷¹⁵ Zur großen Bedeutung der Beschwerden Privater für den FHA vgl. US Department of Housing and Urban Development, Annual Report on Fair Housing, Fiscal Year 2011, S. 16 ff.; US Department of Housing and Urban Development, Annual Report on Fair Housing, Fiscal Year 2009, S. 24, 39.

⁷¹⁶ 42 U.S.C. § 12188(b)(2)(B).

gung existieren⁷¹⁷ und außerdem viele Zuständigkeiten delegiert sind, sodass die Zuständigkeitsbestimmungen in den Gesetzen selbst (in vielen Fällen der Attorney General) nicht der Praxis entsprechen. Für die Zwecke dieser Arbeit ist die konkrete Zuständigkeit aber unerheblich, sodass in der Regel einfach von „Behörde“ bzw. „zuständiger Behörde“ gesprochen wird. Ebenso stellt die Verfahrensgestaltung im Einzelnen für diese Arbeit wegen ihres Fokus auf die grundlegenden Strukturmerkmale der Rechtsdurchsetzung kein zentrales Problem dar.

I. Klagerechte öffentlicher Stellen

Im CRA (Titel II) ist ein Recht des Attorney General geregelt, unter bestimmten Voraussetzungen ein gerichtliches Verfahren⁷¹⁸ anzustrengen.⁷¹⁹ Ähnliche Bestimmungen finden sich im ADA und im FHA. Dabei wird in der Praxis in vielen Fällen auch ein Vergleich mit dem Benachteiligten geschlossen, bevor es überhaupt zu einem Gerichtsverfahren kommt.⁷²⁰ Die Möglichkeit eines gerichtlichen Verfahrens bildet somit in der Rechtswirklichkeit lediglich den Hintergrund und das Druckmittel für eine weit umfassendere behördliche Rechtsdurchsetzung.

Es ist hervorzuheben, dass es sich bei den genannten Vorschriften um selbstständige Klagerechte handelt, nicht um bloße Beteiligungsrechte an Klagen Privater, die es ebenfalls gibt. So kann etwa nach dem CRA (Titel II) das Gericht dem Attorney General gestatten, sich am Verfahren zu beteiligen, wenn dieser das Verfahren für von allgemeinem öffentlichen Interesse hält.⁷²¹ Auch der FHA enthält ein Beteiligungsrecht in diesem Fall für den Attorney General.⁷²²

1. Voraussetzungen

Nach dem CRA (Titel II) ist Voraussetzung für das Klagerecht „ein Muster oder eine Praxis des Widerstandes hinsichtlich eines durch dieses Unterkapitel geschützten Rechts“.⁷²³ Der ADA und der FHA enthalten eine fast wortgleiche Formulierung. Dabei darf dieses Erfordernis nicht formalistisch verstanden werden, sondern umfasst

⁷¹⁷ Beispielsweise ist im FHA ein behördliches Verfahren vor dem Department of Housing and Urban Development und ein Klagerecht des Attorney General geregelt.

⁷¹⁸ Im Gesetz ist von einer „civil action“ die Rede. Dies kann jedoch nicht mit einer Zivilklage im deutschen Recht verglichen werden, da im US-Recht das Wort „civil action“ lediglich Strafverfahren ausschließt und somit auch aus deutscher Sicht z. B. verwaltungsrechtliche Streitigkeiten umfasst. Der Begriff Zivilklage wird daher in dieser Arbeit nicht verwendet.

⁷¹⁹ 42 U.S.C. § 2000a-5.

⁷²⁰ Vgl. US Department of Justice, Enforcing the ADA, April – June 2011, S. 7 ff.

⁷²¹ 42 U.S.C. § 2000a-3(a).

⁷²² 42 U.S.C. § 3613(e).

⁷²³ 42 U.S.C. § 2000a-5.

in weiter Auslegung jeden Fall, wo „Diskriminierung ein allgemeines Programm des Beklagten“⁷²⁴ ist und nicht nur vereinzelte Diskriminierungen vorliegen.⁷²⁵ Zu diesem Punkt liegt eine umfangreiche Kasuistik vor, wobei hervorzuheben ist, dass eine Diskriminierungsabsicht nicht erforderlich ist.⁷²⁶ Der ADA und der FHA enthalten daneben als Alternative ein Klagerecht in den Fällen, in denen eine Diskriminierung von allgemeiner öffentlicher Bedeutung ist.⁷²⁷ Eine allgemeine öffentliche Bedeutung kann sich daraus ergeben, dass in der konkreten Situation eine Vielzahl von Personen betroffen ist,⁷²⁸ sowie daraus, dass durch einen Präzedenzfall für die Zukunft das Verhalten vieler Personen beeinflusst werden kann.⁷²⁹ Dem Attorney General steht dabei ein Beurteilungsspielraum hinsichtlich des Merkmals zu.⁷³⁰

Die Verfolgung steht insgesamt im Ermessen der Behörde.⁷³¹ Sowohl die zusätzlichen Klagevoraussetzungen – die für private Kläger nicht gelten⁷³² – als auch die Verfolgung im Ermessen sind Ausdruck des dahinterstehenden Abgrenzungskonzepts zwischen staatlicher und privater Rechtsdurchsetzung. Es zeigt sich klar, dass nicht alle Einzelfälle durch staatlich geführte Prozesse gelöst werden sollen, sondern nur Fälle von erheblicher Bedeutung.⁷³³

2. Rechtsfolgen

In CRA (Titel II) sind für die Klage des Attorney General wörtlich die gleichen Rechtsfolgen wie für die Klagen Privater vorgesehen, also auch injunctive relief. Obwohl also die gleichen Rechtsfolgenkategorien in Betracht kommen, gilt doch – wie auch bei der kollektiven Rechtsdurchsetzung – dass sich die Maßnahmen hinsichtlich ihrer Tragweite stark von Maßnahmen bei individuellen Klagen Privater abheben. Auch ist eine durch den Staat geführte Gruppenklage gegen mehrere Beklagte möglich.⁷³⁴ Dies erlaubt eine sehr weitgehende Klärung und Rechtskraftwirkung, sowohl bezüglich einer Vielzahl von Betreibern als auch einer Vielzahl von

⁷²⁴ United States v. Slidell Youth Football Ass'n, E.D.La. 1974, 387 F.Supp. 474.

⁷²⁵ United States v. Lansdowne Swim Club, E.D.Pa. 1989, 713 F.Supp. 785.

⁷²⁶ United States v. Quality Built Const., Inc., E.D.N.C. 2003, 309 F.Supp.2d 756.

⁷²⁷ 42 U.S.C. § 12188(b)(1)(B) bzw. 42 U.S.C. § 3614(a). Außerdem hat der Attorney General nach dem FHA auch dann ein Klagerecht, wenn die grundsätzlich zur behördlichen Verfolgung zuständige Behörde die Sache an ihn verweist.

⁷²⁸ United States v. City of Parma, Ohio, N.D. Ohio 1980, 494 F. Supp. 1049.

⁷²⁹ United States v. Hunter, 4th Cir. 1972, 459 F.2d 205.

⁷³⁰ United States v. Bob Lawrence Realty, Inc., 5th Cir. 1973, 474 F.2d 115.

⁷³¹ United States v. Hunter, 4th Cir. 1972, 459 F.2d 205.

⁷³² Woolfolk v. Duncan, E.D.Pa. 1995, 872 F.Supp. 1381.

⁷³³ So auch United States v. Bob Lawrence Realty, Inc., 5th Cir. 1973, 474 F.2d 115.

⁷³⁴ Beispielsweise liegt dem Verfahren United States v. Cantrell, E.D.La. 1969, 307 F.Supp. 259 eine staatliche Gruppenklage gegen diskriminierendes Verhalten von Betreibern von Bars zugrunde.

potenziellen Diskriminierungsopfern. Auch im ADA⁷³⁵ und im FHA⁷³⁶ ist für Klagen des Attorney General injunctive relief als Rechtsfolge vorgesehen.

Der ADA sieht Schadensersatzzahlungen an den Benachteiligten auf Antrag des Attorney General vor.⁷³⁷ Allerdings wird Strafschadensersatz ausdrücklich ausgeschlossen.⁷³⁸ Auch im FHA wird eine solche öffentliche Klage auf Schadensersatz an das Opfer geregelt,⁷³⁹ hier ist keine ausdrückliche Bestimmung zu Strafschadensersatz enthalten und in der Rechtsprechung ist anerkannt, dass dieser unter engen Voraussetzungen zugesprochen werden kann.⁷⁴⁰

Im ADA sind Bußgelder bis zu USD 50.000 für eine erste Verletzung und bis zu USD 100.000 für jede weitere Verletzung vorgesehen.⁷⁴¹ Im FHA beträgt die maximale Höhe USD 55.000 für eine erste und USD 110.000 für weitere Verletzungen.⁷⁴² Für die Frage, ob und wenn ja in welcher Höhe ein Bußgeld verhängt werden sollte, muss das Gericht nach dem ADA insbesondere berücksichtigen, ob der Beklagte einen redlichen Versuch unternommen hat, die Bestimmungen einzuhalten, und ob er bei sorgfältigem Vorgehen hätte vorhersehen können, dass ein bestimmtes Hilfsmittel nötig ist, um Personen mit Behinderung gerecht zu werden.⁷⁴³

II. Verwaltungsbehördliche Maßnahmen

Im Gegensatz zu den im vorherigen Kapitel behandelten Rechtsfolgen, die ein Gericht auf eine Klage einer Behörde aussprechen kann, geht es hier um Maßnahmen, die eine Behörde autonom verhängen kann.

Beispielsweise enthält der FHA Bestimmungen über ein behördliches Verfahren, für das das Department of Housing and Urban Development (HUD) zuständig ist.⁷⁴⁴ Das sogenannte Beschwerdeverfahren wird entweder von Amts wegen oder durch eine verletzte Person⁷⁴⁵ eingeleitet.⁷⁴⁶ Es findet zunächst ein behördliches Verfahren des

⁷³⁵ 42 U.S.C. § 12188 (b)(2)(A).

⁷³⁶ 42 U.S.C. § 3614 (d)(1)(A).

⁷³⁷ 42 U.S.C. § 12188 (b)(2)(B).

⁷³⁸ 42 U.S.C. § 12188 (b)(4).

⁷³⁹ 42 U.S.C. § 3614 (d)(1)(B).

⁷⁴⁰ *United States v. Rent America, Corp.*, S.D.Fla. 1990, 734 F.Supp. 474; *United States v. Quality Built Const., Inc.*, E.D.N.C. 2003, 309 F.Supp.2d 756.

⁷⁴¹ 42 U.S.C. § 12188 (b)(2)(C).

⁷⁴² 42 U.S.C. § 3614 (d)(1)(C).

⁷⁴³ 42 U.S.C. § 12188 (b)(5).

⁷⁴⁴ 42 U.S.C. § 3610.

⁷⁴⁵ Zur weiten Auslegung des Supreme Court zu diesem Begriff gerade für den FHA siehe oben 4. Teil, C. I. 1.

HUD statt. Eine Partei kann sodann den Übergang zum gerichtlichen Verfahren herbeiführen,⁷⁴⁷ in diesem Fall wird von behördlicher Seite das weitere Verfahren durch den Attorney General geführt und es können vom Gericht die im vorherigen Kapitel angesprochenen Rechtsfolgen verhängt werden. In diesem Fall liegt also keine autonom behördliche Verfolgung mehr vor. Wird jedoch nicht zum gerichtlichen Verfahren übergegangen, findet eine Verhandlung vor einem Administrative Law Judge statt.⁷⁴⁸ Diese Behördenmitarbeiter zählen nicht zur Justiz, sondern vielmehr zur Exekutive und ihnen stehen daher nicht die umfangreichen Unabhängigkeitsgarantien der Verfassung zu.⁷⁴⁹ Auch dieser Fall ist also als behördliche Maßnahme anzusehen.

Im Verfahren vor dem Administrative Law Judge kommen als Rechtsfolgen injunctive relief, kompensatorischer Schadensersatz oder ein Bußgeld in Betracht.⁷⁵⁰ Gegen die Entscheidung steht der Rechtsweg offen. Die Rechtsfolgen im behördlichen Verfahren sind zwar weitgehend deckungsgleich mit den durch das Gericht aussprechbaren Rechtsfolgen, Unterschiede bestehen jedoch hinsichtlich der maximal zulässigen Höhe des Bußgelds.⁷⁵¹

III. Strafrechtliche Folgen

Im US-Bundesrecht finden sich vereinzelt Strafvorschriften im Bereich der Diskriminierung durch Private. Den Vorschriften ist jedoch gemeinsam, dass sie über die Diskriminierung hinaus von erheblich engeren Voraussetzungen abhängig sind.⁷⁵² Kern des strafwürdigen Unrechts ist daher nicht die Diskriminierung als solche.

So erfasst beispielsweise 18 U.S.C. § 241 nur Vereinbarungen mehrerer Personen, eine andere Person in einem durch die Verfassung oder durch Bundesgesetz eingeräumten Recht zu verletzen. Unter die geschützten Rechte fallen auch die durch die Bundesvorschriften geschaffenen Rechte auf Nichtdiskriminierung. Auch hier zeigt

⁷⁴⁶ Dabei kommt der Beschwerde durch eine verletzte Person viel größere praktische Bedeutung zu (im Jahr 2009 beispielsweise 2077 Beschwerden, gegenüber lediglich 12 von Amts wegen durchgeführten Untersuchungen; US Department of Housing and Urban Development, Annual Report on Fair Housing, Fiscal Year 2009, S. 24, 39).

⁷⁴⁷ 42 U.S.C. § 3612(a).

⁷⁴⁸ 42 U.S.C. § 3612(b).

⁷⁴⁹ Moliterno, The Administrative Judiciary's Independence Myth, Wake Forest Law Review 41 (2006), 1191.

⁷⁵⁰ 42 U.S.C. § 3612(g)(3).

⁷⁵¹ Im behördlichen Verfahren liegt die Obergrenze für Bußgelder (je nach Zahl der vorherigen Verstöße) zwischen USD 11.000 und USD 55.000 (42 U.S.C. § 3612(g)(3)), im gerichtlichen Verfahren dagegen zwischen USD 55.000 und USD 110.000 (42 U.S.C. § 3614(d)(1)(C)).

⁷⁵² Diskriminierungen durch öffentliche Stellen sind hingegen in größerem Umfang durch das Strafrecht erfasst, da 18 U.S.C. § 242 alle absichtlichen Verletzungen eines verfassungsrechtlichen oder bundesgesetzlichen Rechts durch Amtsträger unter Strafe stellt.

sich aufgrund des weiten Anwendungsbereichs und die Einbeziehung aller verfassungsrechtlichen und bundesrechtlichen Rechtspositionen, dass Kern des strafrechtlichen Unrechts nicht gerade die Verletzung eines Antidiskriminierungsverbotes darstellt.

42 U.S.C. § 3631 erfasst die Ausübung oder die Anwendung von Gewalt anlässlich von Diskriminierungen in Bezug auf Wohnraum. Auch 18 U.S.C. § 245 erfasst nur Gewaltanwendung oder -androhung, insbesondere im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme von Leistungen aus allgemein zugänglichen Einrichtungen.

IV. Wegfall finanzieller Unterstützung

Wenn private Stellen, etwa Bildungseinrichtungen, bestimmte Arten finanzieller Unterstützung durch den Bund erhalten, können Verstöße gegen Diskriminierungsverbote zum Wegfall der Finanzierung nach einem verwaltungsbehördlichen Verfahren führen. Dies sehen EA (Titel IX) und CRA (Titel VI) vor.⁷⁵³ Dabei sind die beiden Vorschriften wörtlich identisch. Außerdem hat der Supreme Court festgestellt, dass der Gesetzgeber für EA (Titel IX) die Interpretationen zum CRA (Titel VI) übernehmen wollte.⁷⁵⁴ Es besteht daher für diese Rechtsfolge des Antidiskriminierungsrechts eine einheitliche Systematik.

Finanzielle Unterstützung umfasst dabei nicht nur verlorene Zuschüsse, sondern u. a. auch Darlehen und bestimmte steuerliche Vorteile.⁷⁵⁵ Diejenigen Stellen, die die Unterstützung gewähren, sind verpflichtet, detaillierte Regelungen zur Verhinderung von den durch das Gesetz erfassten Diskriminierungen aufzustellen. Die finanzielle Unterstützung kann dann beendet oder verweigert werden, wenn ausdrücklich festgestellt wurde, dass der Empfänger gegen die Regelungen verstoßen hat. Der Wegfall gilt nur für das spezielle Programm oder den Teil davon, in dem gegen die Vorschriften verstoßen wurde. Die Entscheidung der öffentlichen Stelle ist gerichtlich überprüfbar.⁷⁵⁶

Dem Konzept der Bindung finanzieller Unterstützung durch den Staat an die Einhaltung von bestimmten Antidiskriminierungsvorschriften kommt auf Tatbestandsebene erhebliche Bedeutung zu. Denn durch die Vorschriften in CRA (Titel VI) bzw. EA (Titel IX) werden nicht lediglich weitere Rechtsfolgen für die Verletzung nach anderen Bestimmungen ohnehin geltender Diskriminierungsverbote geschaffen, sondern es

⁷⁵³ 20 U.S.C. § 1682 bzw. 42 U.S.C. § 2000d-1.

⁷⁵⁴ Cannon v. University of Chicago, US Supreme Court 1979, 441 U.S. 677, 694 ff.

⁷⁵⁵ McGlotten v. Connally, D.D.C. 1972, 338 F. Supp. 448.

⁷⁵⁶ 42 U.S.C. § 2000d-2.

werden konstitutiv Diskriminierungsverbote vorgesehen, die gerade nur deshalb gelten, weil die Stellen Bundesmittel in Anspruch nehmen. Es wird also neben den Antidiskriminierungsregimen für staatliches Handeln und für privates Handeln ein drittes geschaffen, nämlich für privates Handeln, für das staatliche Mittel in Anspruch genommen werden.

Auch auf Rechtsfolgenebene ist das Konzept von großer Bedeutung, da – natürlich abhängig von der Höhe der Mittel – der mögliche Entzug ein erhebliches Druckpotenzial erzeugen kann. Die Rechtsfolge bedient sich des aufgrund eines anderen Rechtsgebiets bestehenden Druckpotenzials. Schließlich hat der Grund der Finanzierung nichts mit Antidiskriminierungsrecht zu tun, der Staat macht sich aber die hierdurch geschaffene Einflussposition auch für das Antidiskriminierungsrecht zunutze. Die durch den Staat gewährten Rechte insgesamt werden also im Gegenseitigkeitsverhältnis stehend gesehen mit verschärften Antidiskriminierungsbestimmungen.

F. Ergebnis

Die Antidiskriminierungsbestimmungen des US-Bundesrechts sind, wie gezeigt, in ein komplexes Gesamtrechtssystem eingebunden. Bereits die Begründung einer Gesetzgebungskompetenz für diese Materie aus der US-Verfassung wirft eine Vielzahl von schwierigen rechtlichen Problemen auf. Parallel zu den hier untersuchten bundesrechtlichen Bestimmungen bestehen Vorschriften der Einzelstaaten zu Antidiskriminierung.

In weitem Umfang können Ansprüche aus den untersuchten Gesetzen nicht nur durch den konkret benachteiligten Vertragspartner bzw. Vertragsinteressenten geltend gemacht werden, sondern der Kreis der Geschützten wird viel weiter gezogen. Hier ergeben sich, wie gezeigt, interessante Unterschiede zwischen den Gesetzen. Extrempole dürften wohl die restriktive Beschränkung auf den Vertragspartner bzw. Vertragsinteressenten nach § 1981 einerseits und die extrem weite Ausdehnung auf praktisch alle Personen mit rechtlichem Interesse nach dem FHA andererseits sein.

Wie dargestellt, sind bestimmte allgemeine Grundsätze des US-Rechts für das Antidiskriminierungsrecht aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmungen aufgehoben. Beispielsweise sehen die Gesetze teilweise Ansprüche auf Kostenerstattung für die obsiegende Partei vor und weichen so von der sog. American Rule ab, nach der keine Kostenerstattung im Zivilprozess stattfindet. Außerdem wird der Vorrang von Schadensersatz als legal remedy insbesondere gegenüber Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen als equitable remedies durchbrochen.

Hinsichtlich einzelner Rechtsfolgen unterscheiden sich die untersuchten Gesetze erheblich. Beispielsweise sind private Schadensersatzklagen nur nach einigen Gesetzen zulässig. Hinsichtlich mancher Rechtsfolgen ist die Rechtslage sehr strittig, insbesondere hinsichtlich der konkreten Anforderungen an Strafschadensersatz. Nach allen gesetzlichen Regelungen bestehen private Ansprüche auf injunctive relief.

Gruppenklagen sind im US-Recht als allgemeiner Grundsatz zulässig und keine Besonderheit des Antidiskriminierungsrechts. Das Antidiskriminierungsrecht ist allerdings ein wichtiges Anwendungsfeld. Die Rechtsdurchsetzung über Gruppenklagen bietet weitreichende Möglichkeiten und als Rechtsfolgen kommen sowohl Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche als auch – unter bestimmten Voraussetzungen – Ansprüche auf Schadensersatz und Strafschadensersatz in Betracht. Neben der Gruppenklage stellen die Klagerechte von Organisationen eine weitere Möglichkeit der kollektiven Rechtsverfolgung dar.

Elemente staatlicher Rechtsdurchsetzung finden sich zu allen untersuchten Gesetzen, mit Ausnahme von §§ 1981, 1982. Dabei wird teilweise die Form eines verwaltungsbehördlichen Verfahrens gewählt, teilweise die Klage staatlicher Stellen vor einem Gericht, wobei sich beispielsweise beim FHA beide Möglichkeiten überschneiden.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass sich im US-Bundesrecht für fast alle Diskriminierungsmerkmale und Lebensbereiche ein kombinierter Mechanismus der Rechtsdurchsetzung findet, der sowohl individuelle als auch kollektive und staatliche Elemente umfasst.

5. Teil: Vergleich des deutschen und US-amerikanischen Rechts

In erster Linie stellt der Vergleich deutsches Recht und US-Recht gegenüber. Dies umfasst indirekt in gewissem Umfang auch die Gegenüberstellung deutsches Recht und EU-Recht auf der einen Seite und US-Recht auf der anderen Seite, da bestimmte Elemente des deutschen Rechts durch EU-Recht vorgegeben sind.

Über die inhaltlichen Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen hinaus sticht die unterschiedliche Quellenlage hervor: Während zu den US-Gesetzen eine ganz erhebliche Zahl von Gerichtsentscheidungen vorliegen und sich auch der Supreme Court bereits mit einigen wichtigen Fragen befasst hat, überwiegt zum AGG die juristische Literatur. Ein weiterer Unterschied besteht darin, welche Fragestellungen als zentrale Probleme im Antidiskriminierungsrecht angesehen werden. Beispielsweise ist der im deutschen Recht viel behandelte Kontrahierungszwang in amerikanischen Entscheidungen und Beiträgen kaum thematisiert. Viel häufiger als im deutschen Recht wird dort dagegen die Anspruchs- bzw. Klageberechtigung problematisiert.

A. Ziele des Antidiskriminierungsrechts

Die Ziele der Diskriminierungsverbote sind für die Rechtsdurchsetzung von großer Bedeutung, da insbesondere die teleologische Auslegung der Rechtsfolgenbestimmungen ohne Berücksichtigung der mit den Gesetzen verfolgten Ziele undenkbar ist.

Sowohl im EU-Recht und im deutschen Recht als auch im US-amerikanischen Recht ist Ziel der Vorschriften der Schutz der Würde der konkret benachteiligten Person. Unterschiede ergeben sich jedoch hinsichtlich der Terminologie: Während im deutschen Recht häufig von der verletzten Ehre und von Verletzungen des Persönlichkeitsrechts von Diskriminierungsopfern gesprochen wird, ist im US-Recht von Erniedrigung (humiliation) die Rede. Dabei kommt der Terminologie gerade bei Zielbestimmungen erhebliche Bedeutung zu, denn für den praktischen Einfluss eines Ziels auf die Auslegung der Vorschriften macht es einen großen Unterschied, ob das verfolgte Ziel als drängendes und gewichtiges Problem wahrgenommen wird oder als bloße Unannehmlichkeit. Spricht man von Erniedrigung, so ruft dies stärkere Emotionen hervor, als wenn man lediglich auf die Ehre verweist. Auch wird häufig die Persönlichkeitsrechtsverletzung (im deutschen Recht) bzw. die Erniedrigung (im US-Recht) als Grundlage für immateriellen Schadensersatz genannt. Die unterschiedliche Stärke der Begriffe könnte – neben vielen weiteren Gründen – auch dazu beitragen,

warum in den USA die Beträge für immateriellen Schadensersatz viel höher ausfallen als in Deutschland.⁷⁵⁷

Zweites wichtiges Ziel ist die Sicherung des Zugangs zu Leistungen und die Vermeidung von Folgenachteilen durch wirtschaftliche Ausgrenzung, also die Eröffnung von Chancen zu wirtschaftlicher und sozialer Teilhabe. Auffällig ist, dass zum deutschen Recht teilweise – wie oben dargestellt unzutreffend – dieses Ziel verneint wird und das Antidiskriminierungsrecht auf den reinen Ehrschutz beschränkt wird; zum US-Recht wurden keine derartigen Stellungnahmen gefunden.

Besonders im US-Recht findet sich als weiteres Ziel die Integration, welche über die soeben dargestellte Chanceneröffnung und Teilhabe hinausgeht. Integration sieht nämlich eine Trennung verschiedener Merkmalsträger als unerwünscht an und unterscheidet sich so diametral vom Prinzip „separate but equal“. Auch im deutschen Recht spielt Integration eine Rolle, wie z. B. § 19 Abs. 3 AGG zu „ausgewogenen Siedlungsstrukturen“ zeigt,⁷⁵⁸ sie wird jedoch viel seltener als ausdrückliche Zielbestimmung genannt.⁷⁵⁹ Integration als Ziel des US-Rechts wird vor dem Hintergrund der amerikanischen Geschichte der Rassentrennung natürlich gut verständlich, sie wird jedoch auch für andere Gruppen – insbesondere für Behinderte – verfolgt. Für Deutschland bzw. Europa kann zudem nicht ernsthaft behauptet werden, es stellten sich keine Integrationsprobleme, da beispielsweise eine starke Trennung von Wohnvierteln nach verschiedener ethnischer Herkunft besteht.⁷⁶⁰

Während das Ziel der Sicherung des Zugangs zu Leistungen auf den Schutz der konkret benachteiligten Personen abstellt und auch das Ziel der Integration eine derartige Komponente hat, geht Integration auch darüber hinaus. Integration betrifft nämlich gerade nicht ausschließlich den benachteiligten Merkmalsträger, sondern auch alle nicht benachteiligten Personen, die aber an einer Interaktion mit dem Benachteiligten gehindert werden. Integration und Interaktion betrifft dennotwendig nicht nur die eine benachteiligte Person. Deutsches Recht und US-Recht unterscheiden sich erheblich in der Frage, ob es gesetzgeberisches Ziel ist, Integration und Interaktion für alle Personen zu ermöglichen. Während im deutschen Recht dies nicht als eigener Schutz-

⁷⁵⁷ Zum Vergleich der Schmerzensgeldhöhen siehe Sugarman, A Comparative Law Look at Pain and Suffering Awards, *De Paul Law Review* 55 (2005), 399.

⁷⁵⁸ Die Regierungsbegründung stellt ausdrücklich fest: „Die europäische Stadt setzt auf Integration und schafft damit die Voraussetzungen für ein Zusammenleben der Kulturen ohne wechselseitige Ausgrenzung.“ (Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 42).

⁷⁵⁹ Integration spielt aber in anderen Regelungsfeldern eine sehr wichtige Rolle, z. B. bei „inklusive Bildung“, vgl. Deutsches Institut für Menschenrechte, Jahresbericht 2009, S. 10.

⁷⁶⁰ Harrison/Law/Phillips, *Migrants, Minorities and Housing: Exclusion, Discrimination and Anti-Discrimination in 15 Member States of the European Union*, S. 81 ff.

zweck, sondern vielmehr als bloßer Rechtsreflex des Schutzes des konkret Benachteiligten angesehen wird, kommt ihm im US-Recht ein eigener Schutzzweck zu. Hier zeigt sich für das US-Recht, dass das gesetzliche Ziel über einen Schutz der benachteiligten Person hinausgeht. Dieser Unterschied zwischen den unterschiedlichen Rechtsordnungen ist von erheblicher Bedeutung, hängt er doch eng zusammen mit den unten näher dargestellten großen Unterschieden in der Klageberechtigung.

Die im EU-Recht verfolgten Ziele der Marktintegration durch Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen und die Ermöglichung von Freizügigkeit, die sich auch das AGG zu eigen macht, weist Ähnlichkeiten zum Ziel der US-Gesetze auf, Transaktionen zwischen verschiedenen Bundesstaaten zu ermöglichen. Insoweit zeigt sich ein ähnlicher Ausgangspunkt von EU-Recht und US-Bundesrecht, da beide Rechtsordnungen eine Beseitigung von wirtschaftlichen Hindernissen zwischen den jeweiligen Binnengrenzen anstreben. Teilweise spricht das US-Recht darüber hinaus noch die Vermeidung öffentlicher Kosten als Folgen einer wirtschaftlich schlechten Situation von Diskriminierungsopfern als Ziel an. Diese zuletzt genannten Ziele zeigen deutlich, dass Schäden nicht nur beim unmittelbar Diskriminierten eintreten, und machen deutlich, dass auch die Richtlinien und das AGG in gewissem Umfang über bloßen Individualschutz hinausgehen.

B. Individuelle Rechtsdurchsetzung im Vergleich

I. Rückgriff auf allgemeine Grundsätze vs. spezifisches Diskriminierungsrecht

Wie dargestellt, sind die US-amerikanischen Gesetze deutlich umfangreicher und weisen insgesamt eine deutlich höhere „Regelungsdichte“ auf als das AGG, sodass sich zunächst die Frage stellt, ob für die US-Gesetze ein Rückgriff auf allgemeine Grundsätze weit weniger erforderlich ist, da sich in den Gesetzen spezielle Regelungen finden. Für die Rechtsdurchsetzung ist dies klar zu verneinen, ein Rückgriff auf allgemeine Grundsätze ist also in erheblichem Umfang erforderlich. Während die Diskriminierungstatbestände sehr detailliert beschrieben werden, enthalten die Gesetze für die Rechtsfolgen extrem weite Formulierungen (beispielsweise die Formulierung „or other order“⁷⁶¹) und räumen – dem Wortlaut nach – den Gerichten ein weites Ermessen ein. Dies macht einen Rückgriff auf allgemeine Grundsätze unentbehrlich und wirft zugleich interessante Probleme auf, wann den Gesetzen eine verdrängende Sonderregelung entnommen werden kann.

⁷⁶¹ U. a. in 42 U.S.C. § 2000a-3(a).

So ist eine sich immer wieder stellende Frage, ob für in den Antidiskriminierungsge-
setzen genannte Rechtsfolgen einschränkende allgemeine Grundsätze – insbesondere
aus dem common law⁷⁶² – gelten. Hier zeigt sich ein erheblicher Unterschied zwi-
schen Strafschadensersatz, für den grundsätzlich die Abhängigkeit von engeren Vo-
raussetzungen nach allgemeinen Grundsätzen anerkannt ist, und der injunction, für die
grundsätzlich anerkannt ist, dass die Nennung im Spezialgesetz die allgemeinen
Grundsätze zur Subsidiarität gegenüber Schadensersatz vollständig beseitigt. Diese
Unterscheidung überzeugt trotz eines fehlenden Anhaltspunkts im Wortlaut aus teleo-
logischen Gründen. Denn Strafschadensersatz für jeden Fall einer Verletzung zu
gewähren, wäre aufgrund des erheblichen Eingriffs nicht sachgemäß. Eine injunction
für jede Verletzung vorzusehen, ist dagegen sachgemäß, wie auch der stets bestehen-
de Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch im deutschen Recht zeigt.

Im US-Recht spielt außerdem das Verhältnis von spezialgesetzlichen Diskriminie-
rungsverboten zu §§ 1981, 1982 für beide Tatbestände erfüllende Handlungen eine
große Rolle. §§ 1981, 1982 können in den Fällen, in denen beide Tatbestände eingrei-
fen, als „semi-allgemeine Vorschriften“ charakterisiert werden, da sie nicht auf be-
stimmte Lebenssachverhalte begrenzt sind. In Deutschland stellt sich das Problem
zwischen verschiedenen Diskriminierungstatbeständen aufgrund des einheitlichen
Konzepts des AGG, das auf eher höherem Abstraktionsniveau selbst als die §§ 1981,
1982 ist, dagegen nicht. In gewisser Weise ist die Problematik aber mit der Abgren-
zung der AGG-Diskriminierungsverbote zu den allgemeinen deliktsrechtlichen An-
sprüchen aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Persönlichkeitsrechtsverletzung und § 826
BGB vergleichbar, zumal alle diese Vorschriften relativ hohe Anforderungen stellen,
die weit über die der speziellen Diskriminierungstatbestände hinausgehen.

II. Dogmatische Einordnung: vertraglicher bzw. vertragsähnli- cher Charakter vs. deliktischer Charakter

Für das AGG ist, wie oben dargestellt, umstritten, ob den einzelnen Ansprüchen ein
vertraglicher bzw. vertragsähnlicher Charakter oder ein deliktischer Charakter zu-
kommt. Es überzeugt, wie dargestellt, einen hybriden Charakter der Ansprüche anzu-
nehmen. Für die US-Gesetze wird hingegen von einem deliktischen Charakter ausge-
gangen. Im US-Recht wird – im Gegensatz zum deutschen Recht – bei bestehendem
Vertragsverhältnis ein Verstoß gegen ein Diskriminierungsverbot nicht zugleich als
Vertragsverletzung aufgefasst. Dies alles gilt jedoch nur, sofern die Parteien nicht

⁷⁶² Vgl. beispielsweise den ausdrücklichen Verweis auf common-law-Bestimmungen für Verfahrens-
fragen und für Rechtsfolgen, sofern sich aus Verfassungsrecht und gesetzlichen Vorschriften nichts
anderes ergibt, in 42 U.S.C. § 1988(a).

ausdrücklich die Einhaltung von Diskriminierungsverboten vertraglich zur Pflicht machen.⁷⁶³

Außerdem kann der Unterschied auch darauf zurückgeführt werden, dass der Schutz der US-Gesetze weit weniger als der des AGG auf einen (intendierten) Vertragsschluss begrenzt ist und der Bezug zu Verträgen damit geringer ist. Dies zeigt sich, wie dargestellt, sowohl an den Zielen des Gesetzes⁷⁶⁴ als auch – damit zusammenhängend – am Kreis der klageberechtigten Personen.⁷⁶⁵

III. Kreis der anspruchs- und klageberechtigten Personen

Der Vergleich zwischen deutschem und US-amerikanischem Recht zeigt einen charakteristischen und praktisch sehr bedeutsamen Unterschied: In Deutschland knüpft die Klageberechtigung (praktisch) ausnahmslos daran an, dass eine Person selbst bei einem (intendierten) Vertragsschluss benachteiligt wurde. Der Tatbestand des § 19 AGG schützt nur vor Benachteiligungen im Zusammenhang mit Schuldverhältnissen; dies legt zwar eine Beschränkung der Anspruchsinhaberschaft auf den konkreten Vertragspartner oder -interessenten nahe, ist aber keineswegs völlig zwingend. Denn es erscheint natürlich denkbar, einer Person, die zwar nicht selbst Vertragsinteressent ist, aber gleichwohl ein Interesse an der Verhinderung von ehrverletzenden Handlungen hat, die Rechtsverfolgung zu ermöglichen, da ja auch in diesen Fällen ein Zusammenhang zu Schuldverhältnissen besteht, die eben mit anderen Personen begründet werden sollen. Dies wird zum AGG jedoch soweit ersichtlich nicht vertreten.

In den USA wird die Klageberechtigung dagegen teilweise weit hierüber hinaus ausgedehnt und besonders die Entscheidungspraxis des Supreme Court zum FHA geht sehr weit, da sie eine Klagebefugnis in der Umgebung lebender Personen anerkennt, gegen Diskriminierungen Dritter vorzugehen, durch die eine heterogene Zusammensetzung des Wohngebietes verhindert wird.⁷⁶⁶ Das rechtlich erhebliche Interesse liegt hier im Verlust der Interaktionsmöglichkeit in einer heterogenen Umgebung und dieser Nachteil stellt, wie oben erörtert, nach amerikanischer Auffassung auch nicht einen bloßen Rechtsreflex, sondern einen eigenen Schutzzweck des Gesetzes dar. Die

⁷⁶³ Zwar bezieht sich der Fall *United States v. Marion County School Dist.*, 5th Cir. 1980, 625 F.2d 607, auf die in der Finanzierungsvereinbarung mit Bundesbehörden getroffene Zusage der Einhaltung von Diskriminierungsverboten in abzuschließenden Drittverträgen, es ist jedoch keinerlei Grund ersichtlich, warum Vertragsparteien (beispielsweise in einem Rahmenvertrag oder bei einem Dauerschuldverhältnis) die Einhaltung von Diskriminierungsverboten nicht ausdrücklich vereinbaren können sollten.

⁷⁶⁴ Siehe hierzu 5. Teil, A.

⁷⁶⁵ Siehe hierzu den folgenden Abschnitt.

⁷⁶⁶ Siehe oben 4. Teil, C. I. 1.

Begründung der Klageberechtigung hängt also eng mit dem weiten Schutzzweck des Gesetzes zusammen. Auf die Stellung als (potenzieller) Vertragspartner kommt es somit nicht an. Das US-amerikanische Recht lässt somit in bestimmten Fällen – anders als das AGG – auch aufgrund anderer rechtlicher Interessen als das der (potenziellen) Vertragspartnerschaft eine Anspruchsberechtigung zu.

Gemeinsamkeiten zwischen deutschem und US-amerikanischem Recht bestehen aber insoweit, als auch nach amerikanischem Recht nur eine Klageberechtigung gegeben ist, wenn ein Zusammenhang zu einem Schuldverhältnis besteht. Die lediglich (z. B. durch eine diskriminierende invitatio ad offerendum) in ihrer Ehre verletzte Person, die keinerlei Interesse an einem Vertragsschluss hat, ist in beiden Rechtsordnungen nicht klagebefugt.

Es stellt sich die Frage, wie sich die Unterschiede zwischen der Rechtsprechung zum FHA und der allgemeinen Meinung zum AGG erklären lassen. Zunächst fällt der unterschiedliche Wortlaut auf: Während im FHA von „person [...] injured by a discriminatory housing practice“⁷⁶⁷ gesprochen wird, spricht das AGG konkreter von dem „Benachteiligten“⁷⁶⁸ als anspruchsberechtigter Person. Zwar muss „verletzte Person“ nicht unbedingt so ausgelegt werden, dass es über den konkret Benachteiligten weitere Personen erfasst, es spricht jedoch – im Gegensatz zum Wortlaut des AGG⁷⁶⁹ – jedenfalls nicht dagegen. Für die weite Auslegung spricht aber die Tatsache, dass der Begriff „injury“ ein Standardbegriff im Bereich der amerikanischen Grundsätze zur Klageberechtigung darstellt und dort sehr weit jeden konkreten und bestimmten Nachteil erfasst.⁷⁷⁰ Dass der Wortlaut in den amerikanischen Gesetzen eine wichtige Rolle spielt, zeigt sich auch durch einen Vergleich der Grundsätze zum FHA mit den Grundsätzen zu §§ 1981, 1982, wo der Supreme Court engere Grenzen zieht und die Unterscheidung mit Unterschieden im Wortlaut begründet. Überhaupt ist es wichtig, sich vor Augen zu halten, dass die weiten Grundsätze zum FHA nicht auf alle Gesetze übertragen werden können und dass in manchen Bereichen die Rechtslage zum US-Recht dem deutschen Recht relativ nahe kommt.

⁷⁶⁷ 42 U.S.C. § 3602(i).

⁷⁶⁸ So in § 21 Abs. 1 AGG. Zwar trifft Abs. 2 zu Schadensersatzansprüchen überhaupt keine Bestimmung des Anspruchsinhabers, sondern verwendet eine Passivformulierung, eine Abweichung der Anspruchsinhaberschaft zwischen Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch einerseits und Schadensersatzanspruch andererseits wäre aber systemwidrig, gerade wenn für die weiterreichenden Schadensersatzansprüche der Kreis weiter gezogen würde.

⁷⁶⁹ Der Wortlaut „benachteiligt“ erfordert eine Verletzung des *Benachteiligungsverbots* gerade gegenüber dieser Person, während „verletzt“ nicht diesen engen Zusammenhang aufweist. Interessant ist allerdings die Frage, wie die Rechtsprechung die Vorschrift auslegen würde, hätte der Gesetzgeber ausdrücklich die Interaktionsmöglichkeiten für alle Personen zum Schutzzweck des Gesetzes bestimmt.

⁷⁷⁰ Lujan v. Defenders of Wildlife, US Supreme Court 1992, 504 U.S. 555, 560 f. Vgl. die Darstellung der Grundsätze zur Klageberechtigung nach Art. 3 der Verfassung oben 4. Teil, C. I. 1.

Interessant ist auch die Frage, ob sich aus dem EU-Recht Anhaltspunkte für eine weite oder enge Klageberechtigung ergeben. Teilweise finden sich Formulierungen, die eine weite Interpretation möglich machen,⁷⁷¹ teilweise aber auch Formulierungen, die für eine enge Interpretation sprechen.⁷⁷² Jedenfalls dient das EU-Recht für diese Frage lediglich als Interpretationshilfe, denn aus EU-Recht ergibt sich jedenfalls nicht zwingend, dass Mitgliedstaaten eine weite Anspruchsberechtigung vorsehen müssen und selbstverständlich können Mitgliedstaaten auch über die Mindestvorgaben hinaus gehen und sind daher in jedem Fall frei, eine weite Anspruchsberechtigung vorzusehen.

IV. Haftungszurechnung

Im deutschen Recht kann, wie oben dargelegt,⁷⁷³ für eine Zurechnung bei Schadensersatzansprüchen aufgrund der Nähe zur vertraglichen und vertragsähnlichen Haftung § 278 BGB (ggf. analog) in den Fällen herangezogen werden, in denen bereits ein vertragliches oder vorvertragliches Schuldverhältnis besteht. Aufgrund der Nähe auch des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs zu vertraglichen Ansprüchen kann bei Erfüllungsgehilfen in diesen Fällen ebenfalls eine Handlungszurechnung analog § 278 BGB erfolgen. Besteht noch kein vorvertragliches Schuldverhältnis, so richtet sich die Zurechnung für die Schadensersatzansprüche nach den Grundsätzen des § 831 BGB, für Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche ist auf den Störerbegriff abzustellen.

Im US-Recht wird die Haftungszurechnung des Verhaltens einer Hilfsperson deliktisch begründet, was auch überzeugt, da, wie oben dargestellt, aus Sicht der US-Rechtsordnung die Ansprüche in der Tat klar deliktische und relativ geringe vertragliche Züge aufweisen.⁷⁷⁴ Die praktischen Unterschiede zwischen dem deutschen und dem US-amerikanischen Recht sind aber aufgrund der Tatsache, dass das US-Recht keinen Exkulpationsbeweis für deliktische Haftung zulässt,⁷⁷⁵ geringer als es zunächst scheint.

⁷⁷¹ Beispielsweise Art. 8 Abs. 1 Richtlinie 2004/113/EG: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass alle Personen, die sich durch die Nichtanwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in ihren Rechten für verletzt halten, ihre Ansprüche [...] geltend machen können“. Art. 7 Abs. 1 Richtlinie 2000/43/EG hat einen fast identischen Wortlaut.

⁷⁷² Art. 14 Richtlinie 2004/113/EG und Art. 15 Richtlinie 2000/43/EG: „Schadensersatzleistungen an die Opfer“.

⁷⁷³ Siehe oben 3. Teil, B. II.

⁷⁷⁴ Siehe oben 4. Teil, B. IV.

⁷⁷⁵ Siehe oben 4. Teil, C. I. 2. a).

V. Ansprüche auf Einhaltung der Diskriminierungsverbote

Sowohl im deutschen Recht als auch im US-Recht sind Ansprüche auf Einhaltung der Antidiskriminierungsvorschriften die Regel. So ergibt sich aus dem AGG ein Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch, der präventiv geltend gemacht werden kann, um einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot zu verhindern bzw. zu beseitigen. Dies umfasst auch den Anspruch auf Abschluss eines Vertrags. Auch alle US-amerikanischen Gesetze sehen Klagemöglichkeiten auf injunctive relief vor, was ebenfalls den Abschluss eines Vertrags umfassen kann. Der grundlegende Charakter dieses Rechtsbehelfs auch für das amerikanische Recht zeigt sich bereits daran, dass denjenigen Gesetzen, die nicht ausdrücklich eine derartige Rechtsfolge enthalten, sie als ungeschriebene Rechtsfolge entnommen wird.⁷⁷⁶

Der sonst zwischen dem US-Recht und dem deutschen Recht charakteristische Unterschied, dass injunctive relief als sogenanntes equitable remedy nur dann möglich ist, wenn legal remedies (insbesondere Schadensersatz) nicht ausreichen, und außerdem dem Gericht ein weites Ermessen zusteht, spielt für das Antidiskriminierungsrecht praktisch keine Rolle. Denn diese beiden Einschränkungen als allgemeine common-law-Prinzipien gelten nicht, wenn spezialgesetzlich injunctive relief vorgesehen ist.⁷⁷⁷

Somit ergibt sich also in beiden Rechtsordnungen praktisch stets ein präventiver Anspruch auf Einhaltung der Diskriminierungsverbote. Obwohl unterschiedliche Bezeichnungen gebraucht werden, sind im Kern alle diese Ansprüche auf die Einhaltung der Diskriminierungsverbote gerichtet. Bereits oben wurde dargestellt, dass sich für das AGG der Beseitigungsanspruch und der Unterlassungsanspruch stark ähneln und in vielen Fällen eine Abgrenzung sehr schwierig ist.

Die Ansprüche auf Einhaltung im AGG und im US-Recht weisen viele Gemeinsamkeiten auf. So setzt eine injunction entweder die Wahrscheinlichkeit, dass eine Diskriminierung in der Zukunft stattfindet, oder eine noch andauernde Diskriminierung voraus, sodass sich eine klare Parallele zu den Voraussetzungen von Unterlassungsanspruch bzw. Beseitigungsanspruch zeigt. Sowohl im deutschen als auch im US-Recht ist anerkannt, dass eine Erstbegehungsgefahr auch ohne vorherige Verletzung ausreicht. Ebenso ist in beiden Rechtsordnungen anerkannt, dass dem Diskriminierenden eine Wahlmöglichkeit zusteht, wie er die Diskriminierung beseitigt, insbesondere ob er eine vorteilhafte Behandlung auf den benachteiligten Personenkreis ausdehnt, allen

⁷⁷⁶ Siehe oben 4. Teil, C. I. 4.

⁷⁷⁷ Siehe hierzu oben 4. Teil, C. III. 3. a).

Personen die weniger vorteilhafte Behandlung zuteilwerden lässt oder eine Zwischenlösung wählt.

VI. Schadensersatz

Die Kompensation des Geschädigten durch den Schädiger für ihm rechtswidrig zugefügte Schäden – jedenfalls, wenn den Schädiger ein Verschulden trifft – ist ein grundlegendes Rechtsprinzip. Dies zeigt sich daran, dass sich der Ausgleichsgedanke in unterschiedlichen Rechtssystemen findet und auch innerhalb eines Rechtssystems an vielen Stellen auftaucht. Im deutschen Recht prägt er beispielsweise das Deliktsrecht, das Vertragsrecht (vgl. § 280 BGB) und den Amtshaftungsanspruch (§ 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG), im US-amerikanischen Recht ermöglicht beispielsweise der Deliktstatbestand der „negligence“⁷⁷⁸ einen Schadensausgleich für fahrlässig und rechtswidrig verursachte Schäden.

1. Individualansprüche auf Schadensersatz

Während Schadensersatz nach dem AGG eine generell zulässige Rechtsfolge darstellt, sehen nicht alle US-Gesetze Individualansprüche auf Schadensersatz vor, insbesondere nicht der CRA (Titel II) und der ADA. In diesen beiden Bereichen bestehen daher im US-Recht deutlich schwächere individuelle Rechtsbehelfe als für vergleichbare Fallgestaltungen nach dem AGG. Der Ausschluss von Individualansprüchen ist sehr überraschend, da die Gesetze gleichzeitig öffentliche Klagemöglichkeiten auf Schadensersatz an den Benachteiligten vorsehen. Den Gesetzen kann also nicht die Wertung entnommen werden, materiell sei bei den Verstößen Schadensersatz keine angemessene Rechtsfolge.

Die fehlenden Individualansprüche schwächen die Rechtsdurchsetzung im Vergleich mit dem AGG ganz erheblich, da die Durchsetzung allein von staatlicher Initiative abhängig gemacht wird. Die Situation entspricht damit der im deutschen öffentlichen Recht allgegenwärtigen Situation, dass viele öffentlich-rechtliche Vorschriften keine subjektiven Rechte begründen und daher die Durchsetzung der Vorschriften im Regelfall ins staatliche Ermessen gestellt wird.

Der Vergleich mit subjektiven Rechten im deutschen öffentlichen Recht ist auch aus einem anderen Grund interessant. Ob der Einzelne ein subjektives Recht auf Einhaltung einer Vorschrift hat, beurteilt sich im deutschen Recht nach der Schutznormtheo-

⁷⁷⁸ Der Deliktstatbestand der “negligence” ist Teil des common law. Vgl. beispielsweise *United States v. Carroll Towing Co.*, 2nd Cir. 1947, 159 F.2d. 169.

rie: Nach dieser Theorie scheiden private Ansprüche aus, wenn eine Norm nicht gerade auch individuelle Interessen schützen soll, sondern ausschließlich im öffentlichen Interesse besteht.⁷⁷⁹ Wendet man diese Grundsätze auf den CRA (Titel II) und den ADA an, zeigt sich noch deutlicher, wie wenig der Ausschluss individueller Schadensersatzansprüche überzeugt. Denn die Diskriminierungsverbote bestehen völlig unstrittig im Interesse der benachteiligten Personen, wie sowohl die Gesetzesziele als auch die gesetzlich vorgesehenen Klagemöglichkeiten auf injunctive relief zeigen.

2. Verschulden

Während im deutschen Recht für Schadensersatzansprüche – allerdings für das Merkmal Geschlecht europarechtswidrig – dem Anspruchsgegner der Einwand offen steht, er habe den Verstoß nicht zu vertreten, sind in den amerikanischen Gesetzen die Schadensersatzansprüche im Grundsatz von einem Verschulden unabhängig. Allerdings ist das Verschuldensprinzip auch nach der Ausgestaltung im AGG nur abgeschwächt, da die Beweislast für fehlendes Verschulden der Benachteiligte trägt, was in der Praxis einen erheblichen Unterschied bedeutet.

Eine Verschuldensunabhängigkeit der Ansprüche stellt sowohl eine Abweichung von US-amerikanischen als auch von deutschen allgemeinen Deliktrechtsprinzipien dar. Wie im deutschen Recht ist auch im amerikanischen Deliktsrecht die Verschuldenshaftung das Grundprinzip und eine Gefährdungshaftung besteht nur unter besonderen Voraussetzungen.⁷⁸⁰ Es ergibt sich aber insoweit ein Unterschied, als im deutschen Recht die Tatbestände der Gefährdungshaftung enumerativ aufgezählt sind, während das US-amerikanische Recht eine Generalklausel für ganz besonders gefährliche Handlungen enthält.⁷⁸¹ Die aufgeschlosseneren Haltung gegenüber verschuldensunabhängiger Haftung im Antidiskriminierungsbereich findet sich also auch im Deliktsbereich.

3. Strafschadensersatz

Während das US-amerikanische Recht Strafschadensersatz als allgemeine Rechtsfolge zulässt, sofern relativ strenge Voraussetzungen erfüllt sind, lehnt das deutsche

⁷⁷⁹ BVerwGE 66, 307.

⁷⁸⁰ Shapo, Principles of Tort Law, S. 226.

⁷⁸¹ Eine Gefährdungshaftung gilt nach dem common law für „abnormally dangerous activity“ (früher als „ultra-hazardous activity“ bezeichnet), vgl. Rylands v. Fletcher, House of Lords (UK) 1868, LR 3 HL 330; Cahill v. Eastman, Minnesota Supreme Court 1871, 18 Minn. 324. Die Grundsätze des common law sind zusammengefasst im Restatement (Second) of Torts § 519 und § 520.

Recht Strafschadensersatz ab. Strafschadensersatz im Sinne einer Erhöhung von Schadensersatzleistungen auf eine überkompensierende Höhe zur Abschreckung und zur Verhaltenssteuerung ist im deutschen Schadensersatzrecht allgemein und auch im Antidiskriminierungsrecht nicht vorgesehen. Der BGH steht auf dem Standpunkt, Strafschadensersatz verstoße gegen den *ordre public* im deutschen Recht, sodass noch nicht einmal US-amerikanische Urteile, die Strafschadensersatz vorsehen, für vollstreckbar erklärt werden können.⁷⁸² Eine gewisse Ausnahme hierzu stellt die Vertragsstrafe dar, die auch Druckmittel sein darf und nicht lediglich pauschalisierter Schadensersatz, sie setzt jedoch eine vertragliche Vereinbarung voraus und auch hier findet eine Angemessenheitskontrolle statt (§ 343 BGB).

In den US-amerikanischen Antidiskriminierungsgesetzen ergibt sich für Strafschadensersatz ein sehr uneinheitliches Bild. So wird er teilweise ausdrücklich für zulässig erklärt, teilweise dagegen ausdrücklich ausgeschlossen. Diese Tatsache und die hohen Voraussetzungen zeigen, dass sich auch das US-amerikanische Recht des Ausnahmecharakters dieser Rechtsfolge durchaus bewusst ist.

Während die Berücksichtigung präventiver Faktoren beim Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens im deutschen Recht anerkannt ist, macht dies den Anspruch noch nicht zu einem Anspruch auf Strafschadensersatz US-amerikanischer Art, insbesondere nicht der Höhe nach. Es ergeben sich dogmatisch jedoch einige Parallelen. Dogmatisch wird nämlich das sonst fundamentale Prinzip der Schadenskompensation als Obergrenze bzw. des Bereicherungsverbots für den Geschädigten in Frage gestellt.

4. Ersatz für immaterielle Schäden

Unterschiede im Bereich des Ersatzes für immaterielle Schäden ergeben sich bereits bei den ersatzfähigen Schadenspositionen. Beispielsweise wurde in einem US-amerikanischen Fall der Rassendiskriminierung im Arbeitsrecht immaterieller Schadensersatz wegen Stress, Schlaflosigkeit, angespannten Verhältnissen zu Familienmitgliedern, Gewichtszunahme, Depression, Selbstvertrauensverlust und sich verschlimmernder physischer Gesundheitsprobleme zugesprochen.⁷⁸³ In Deutschland wird dagegen bei immateriellen Schadenspositionen meist auf die zugrunde liegende Persönlichkeitsrechtsverletzung und die Beeinträchtigung der Ehre verwiesen,⁷⁸⁴

⁷⁸² BGHZ 118, 312, 338 ff. Die Europäische Kommission hat sich in ihrer Empfehlung 2013/396/EU klar gegen Strafschadensersatz in Verfahren der kollektiven Rechtsdurchsetzung ausgesprochen (Rn. 31).

⁷⁸³ DeCorte v. Jordan, 5th Cir. 2007, 497 F.3d 433.

⁷⁸⁴ Beispielsweise Rust/Falke/Bittner, § 21 AGG, Rn. 22.

hingegen kaum auf mögliche oder wahrscheinliche ernste physische und psychische Folgen eingegangen.

Außerdem sind die Schadensersatzhöhen bei Diskriminierungen in den USA in der Regel um ein Vielfaches höher als in Deutschland. Dieses Phänomen ist nicht auf das Antidiskriminierungsrecht beschränkt, denn auch Schmerzensgeldbeträge bei Körperverletzung – also Schadensersatz für in beiden Rechtsordnungen völlig unstrittig auszugleichende immaterielle Werte – sind in den USA erheblich höher als in Deutschland.⁷⁸⁵

Insgesamt ergibt sich das Bild, dass der Ersatz immaterieller Schadenspositionen im US-amerikanischen Antidiskriminierungsrecht deutlich unproblematischer und selbstverständlicher gesehen wird und immaterielle Schadenspositionen deutlich höher bewertet werden. Dies zeigt, dass den betroffenen immateriellen Rechtspositionen ein viel höherer Wert eingeräumt wird. Hier sind verschiedene Deutungsweisen möglich: Wird in Deutschland der Wert immaterieller Positionen unterschätzt und werden die möglicherweise schwerwiegenden Folgen von Diskriminierung nicht gesehen? Oder werden sie in den USA übertrieben? Wahrscheinlich wird das Ergebnis zwischen diesen beiden Extrempositionen liegen. Jedenfalls spricht vieles dafür, dass in Deutschland in gewissem Umfang immaterielle Schadenspositionen übersehen und zu niedrig bewertet werden. Dies ist vor allem deshalb bedenklich, da der Kompensationsgedanke erfordert, dass der Schädiger dem Geschädigten vollen Schadensersatz leistet, also alle direkten und indirekten Schäden vollständig ausgeglichen werden.

VII. Ungeschriebene Ansprüche

Wie dargestellt, werden im US-amerikanischen Recht in bestimmten Fällen ungeschriebene Ansprüche angenommen, und zwar zum einen, wenn ein gesetzlicher Tatbestand keine ausdrücklichen Rechtsfolgen vorsieht, zum anderen aber auch neben gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Rechtsfolgen. Was im US-Recht als ungeschriebene Ansprüche bezeichnet wird, ist auch der deutschen Rechtsordnung nicht fremd. Allerdings würde im deutschen Recht ein nicht ausdrücklich vorgesehener Anspruch entweder über eine Analogie begründet oder eine relativ offene Norm würde so interpretiert, dass sie auf den gesetzlichen Tatbestand Bezug nimmt. Als Beispiel für eine Analogie seien hier die Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche analog § 1004 BGB für (drohende) Verletzungen deliktsrechtlich geschützter Positio-

⁷⁸⁵ Sugarman, A Comparative Law Look at Pain and Suffering Awards, De Paul Law Review 55 (2005), 399.

nen genannt, als Beispiel für eine Bezugnahme die Anerkennung bestimmter gesetzlicher Bestimmungen als Schutzgesetze i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB, was zu umfassenden privaten Schadensersatzansprüchen und (über § 1004 BGB analog) Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen führt.

Für das AGG besteht angesichts der umfassenden Regelung individueller zivilrechtlicher Rechtsfolgen allerdings kein Bedarf für derartige Ansprüche. Jedoch gehen die in dieser Arbeit angesprochenen Überlegungen zu öffentlichen Durchsetzungsmöglichkeiten des AGG in diese Richtung. Bei einem Verstoß gegen die Diskriminierungsverbote des AGG können nämlich die Voraussetzungen der polizeilichen bzw. ordnungsbehördlichen Generalklauseln erfüllt sein.⁷⁸⁶

VIII. Kostentragung im Zivilprozess

Die Kostentragung im Zivilprozess spielt für die praktischen Möglichkeiten individueller Rechtsverfolgung eine wichtige Rolle. Zugleich unterscheidet sich der Grundsatz im US-Recht vom Grundsatz im deutschen Recht ganz erheblich: Während im US-Recht keine Kostenerstattung stattfindet und auch die obsiegende Partei ihre Anwaltskosten und sonstigen Rechtsverfolgungskosten selbst tragen muss,⁷⁸⁷ gilt im deutschen Recht das Prinzip, dass die unterliegende Partei die gesamten Kosten des Rechtsstreits trägt (§ 91 Abs. 1 und 2 ZPO). Im Bereich des Antidiskriminierungsrechts ist die Kostentragung im US-amerikanischen Recht dem deutschen Recht hingegen aufgrund der spezialgesetzlichen Bestimmungen zur Kostenübernahme recht ähnlich. Im Antidiskriminierungsrecht spielt daher der nach allgemeinen Prozessrechtsgrundsätzen wichtige Unterschied zwischen Kostenerstattung im deutschen Recht und fehlender Kostenerstattung im US-amerikanischen Recht keine so große Rolle.

Dennoch ergeben sich Unterschiede zwischen den beiden Rechtsordnungen, da eine Kostenerstattung nicht in allen Fällen stattfindet, da ein gewisses gerichtliches Ermessen anerkannt ist und vor allem eine Kostenerstattung zugunsten des obsiegenden Beklagten von engeren Voraussetzungen abhängig ist, als die des obsiegenden Klägers. Insgesamt sind die Regelungen und insbesondere die Rechtsprechung zur Kostenerstattung in den USA sehr umfangreich und sehr unübersichtlich und die Rechtslage in Deutschland ist erheblich klarer. Hinzu kommt, dass selbst bei einer vollständigen Kostenerstattung das Kostenrisiko in den USA deutlich größer ist wegen der in

⁷⁸⁶ Siehe oben 3. Teil, E.

⁷⁸⁷ Siehe hierzu oben 4. Teil, C. I. 3.

den USA üblichen höheren Anwaltskosten,⁷⁸⁸ was wegen des Einflusses des Kostenrisikos auf private Entscheidungen über eine Rechtsverfolgung einen erheblichen rechtspraktischen Unterschied darstellt.

Als Begründung für die Kostenerstattungsregelungen in den US-Gesetzen wird als ein Element genannt, dass private Klagen wegen der Verletzung von Diskriminierungsverboten im öffentlichen Interesse liegen.⁷⁸⁹ Dies zeigt die fundamental unterschiedlichen Einstellungen der beiden Rechtsordnungen zur Kostenerstattung, da ja in Deutschland die Kostenerstattung als selbstverständliche Regelung des fairen Interessenausgleichs zwischen Privaten angesehen wird und daher überhaupt keine Rolle spielt, ob Klagen im öffentlichen Interesse liegen.

C. Kollektive und öffentliche Rechtsdurchsetzung

I. Bedeutung und Form staatlicher Rechtsdurchsetzung

Während in Deutschland eine staatliche Durchsetzung von Diskriminierungsverboten unter Privaten zwar rechtstechnisch unter bestimmten Umständen denkbar ist,⁷⁹⁰ ist sie jedoch im AGG nicht vorgesehen und spielt jedenfalls in der Praxis keine Rolle. In den USA kommt ihr dagegen eine ganz erhebliche Bedeutung zu. Dies steht in starkem Kontrast zur Einstellung gegenüber dem wünschenswerten Umfang staatlichen Einflusses in der Gesellschaft und von staatlichem Handeln im Allgemeinen in den beiden Ländern. Schließlich wird staatliche Regulierung und staatliches Handeln generell in den USA viel skeptischer gesehen als in Deutschland. Im Bereich der Diskriminierungsverbote kehrt sich die Wahrnehmung staatlich notwendiger Einflussnahme für eine sinnvolle Rechtsdurchsetzung dagegen um. Während staatliche Rechtsverfolgung in praktisch allen US-Antidiskriminierungsgesetzen eine zentrale Rolle einnimmt, wird für Deutschland beispielsweise vertreten, es sei „problematisch, wenn Behörden nicht ausschließlich öffentliche Interessen vertreten, sondern [...] individuelle Interessen und subjektive Rechte sozial schwacher Personengruppen.“⁷⁹¹ Diese Position kann nicht überzeugen, denn private und öffentliche Interessen können nicht klar getrennt und als einander ausschließend gegenübergestellt werden. Dies zeigt beispielsweise auch der Einschluss privater Rechtsgüter in den Schutzbereich

⁷⁸⁸ Gesellschaft der Bundesrepublik Deutschland für Außenwirtschaft und Standortmarketing, Germany – Trade & Invest, Rechtsverfolgung in den USA, abrufbar unter: <http://www.gtai.de/GTAI/Navigation/DE/Trade/Recht-Zoll/wirtschafts-und-steuerrecht,did=680896.html> (zuletzt aufgerufen am: 17.04.2014).

⁷⁸⁹ Newman v. Piggie Park Enterprises, US Supreme Court 1968, 390 U.S. 400, 402.

⁷⁹⁰ Siehe oben 3. Teil, E.

⁷⁹¹ Pfarr/Kocher, Kollektivverfahren, S. 168.

der „öffentlichen Sicherheit“ im deutschen Gefahrenabwehrrecht. Gerade wenn es um sozial schwache Personen geht, ist schwer zu vertreten, dass ihr Schutz nicht auch im öffentlichen Interesse liegt.

Hinsichtlich der Form staatlicher Rechtsverfolgung ist das in den amerikanischen Antidiskriminierungsgesetzen häufig vorgesehene Klagerecht öffentlicher Stellen in Deutschland generell praktisch unbekannt und begegnet erheblichen Bedenken.⁷⁹² Rechtsverfolgung durch Behörden findet in Deutschland vielmehr grundsätzlich so statt, dass die Behörde selbst zum Eingriffshandeln gesetzlich ermächtigt ist und sich der Betroffene gegen die Maßnahme dann gerichtlich (oder zunächst behördlich) zur Wehr setzen muss. Im Grundsatz entspricht die Anklage durch die Staatsanwaltschaft in Strafsachen strukturell einem Klagerecht einer öffentlichen Stelle vor einem Gericht. Während im Strafrecht diese Form der Rechtsverfolgung also üblich ist, spielt sie im Verwaltungsrecht keine Rolle. Interessant ist, dass die Empfehlung der Europäischen Kommission zur kollektiven Rechtsverfolgung (Empfehlung 2013/396/EU) die Möglichkeit anspricht, dass Mitgliedstaaten (statt oder neben bestimmten Verbänden) Behörden eine Klageberechtigung vor Gerichten einräumen können.⁷⁹³

In den USA stellt die Klageberechtigung von Behörden vor Gerichten dagegen ein übliches Rechtsdurchsetzungskonzept dar und ist beispielsweise auch im amerikanischen Kartellrecht die Regelform öffentlicher Rechtsdurchsetzung.⁷⁹⁴ Wie stark die Vorstellung von der Notwendigkeit einer Klageerhebung vor einem unabhängigen Gericht und der Rechtsdurchsetzung durch dieses das US-amerikanische Verständnis prägt, zeigt auch die Tatsache, dass bei der rein behördlichen Durchsetzung die unabhängigen Administrative Law Judges eine große Rolle spielen, d. h. auch die behördliche Durchsetzung Elemente einer gerichtlichen Durchsetzung aufweist.

Letztlich stellt sich natürlich die Frage, ob eine verwaltungsbehördliche Durchsetzung oder die Durchsetzung durch eine Klage öffentlicher Stellen praktisch wirkungsideologisch ist und nur eine andere Verfahrensgestaltung vorliegt. Die Verfahrensgestaltung hat häufig einen erheblichen Einfluss auf die Zahl der Verfahren, die Verfahrensdyn-

⁷⁹² In der Literatur wird eine direkte staatliche Durchsetzung durch Verwaltungsakt als einfacher und effizienter angesehen; Hopt/Baetge, Rechtsvergleichung und Reform des deutschen Rechts – Verbandsklage und Gruppenklage, in Basedow et al. (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess, S. 11 ff., 53.

⁷⁹³ Empfehlung 2013/386/EU, Rn. 7.

⁷⁹⁴ Vgl. 15 U.S.C. § 4 und Division Manual des US Department of Justice, Antitrust Division, abrufbar unter: <http://www.justice.gov/atr/public/divisionmanual/index.html> (zuletzt aufgerufen am 17.04.2014). Im deutschen und europäischen Kartellrecht hat dagegen das Bundeskartellamt bzw. die Europäische Kommission die Befugnis selbst Entscheidungen zu treffen, die dann gerichtlich angefochten werden können (vgl. beispielsweise §§ 32, 40 GWB; Art. 7 Verordnung 1/2003/EG; Art. 8 Verordnung 139/2004/EG).

namik und letztlich auf das Ergebnis der Rechtsdurchsetzung. So liegt beispielsweise nahe, dass die Notwendigkeit einer Klageerhebung eine Rechtsverfolgung aufwendiger und damit seltener macht als die Möglichkeit für eine Behörde, selbst einen Untersagungs- oder Bußgeldbescheid zu erlassen. Für die Bewertung der US-amerikanischen Durchsetzung ist aber auch hervorzuheben, dass in großem Umfang auch eine unmittelbare behördliche Durchsetzung neben den Klagemöglichkeiten vorgesehen ist und, wie dargestellt, teilweise das Klagerecht der Behörde auch die Möglichkeit gibt, den Diskriminierenden durch Drohung mit einer Klage zu einer Befolgung der Vorschriften anzuhalten.

Hinsichtlich der auszusprechenden Rechtsfolgen ist die Regelung im FHA auffällig, wo sowohl Bußgelder als auch nach der Rechtsprechung Strafschadensersatz an den Benachteiligten möglich sind. Beides hat (auch) präventiven Charakter. Bei der Bemessung des Strafschadensersatzes ist nach der neueren Supreme-Court-Rechtsprechung insbesondere die fiktive Höhe eines Bußgelds in einem solchen Fall zu berücksichtigen. Normalerweise besteht zwischen Bußgeld und Strafschadensersatz der große Unterschied, dass Bußgelder auf staatliche Initiative durchgesetzt werden, Strafschadensersatz dagegen durch Private; außerdem fließen Bußgelder an den Staat, bei Strafschadensersatz sind die Zahlungen hingegen an den Kläger zu leisten, was einen erheblichen Anreiz zur Rechtsverfolgung darstellt. Im FHA ist Strafschadensersatz nun auf staatliche Initiative möglich. Wirklicher Unterschied zwischen Strafschadensersatz und Bußgeld ist dann nur, an wen die Zahlungen erfolgen. Dabei ist schwer vorstellbar, wann die Zahlungen – die ja gerade über eine Schadenskompensation hinausgehen – an den Benachteiligten erfolgen sollten, wenn die Rechtsverfolgung durch den Staat stattfindet, da dann ja gerade kein Anreiz zur privaten Rechtsverfolgung geschaffen wird. Es ist also schwer vorstellbar, in welcher Situation staatlich eingeklagter Strafschadensersatz angemessener wäre als ein Bußgeld.

II. Kollektive Rechtsdurchsetzung

1. Gruppenklagen

Im AGG wird ausschließlich eine individuelle zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung vorgesehen. Wie dargestellt, bestehen zwar nach allgemeinen Grundsätzen in bestimmten Situationen auch kollektive Klagemöglichkeiten bzw. Ermächtigungsgrundlagen für öffentliches Handeln. Diese sind aber keine gleichrangigen Durchsetzungsmechanismen, da ihnen nur eine sehr eingeschränkte Funktion zukommt. Jedenfalls im Vergleich zum US-amerikanischen Recht mit seiner generell zulässigen Gruppenklage und der für fast alle Diskriminierungsverbote ausdrücklich vorgesehenen staat-

lichen Rechtsverfolgung kann daher das deutsche Rechtsdurchsetzungssystem als praktisch ausschließlich individuell zivilrechtlich charakterisiert werden.

Die Gruppenklage wird sowohl in den USA als auch in Deutschland und Europa heftig diskutiert.⁷⁹⁵ Wichtiges Gegenargument ist dabei insbesondere das fehlende rechtliche Gehör der passiven Kläger. Weiter wird intensiv die Missbrauchsgefahr insbesondere durch die Anwälte diskutiert, da deren finanzielle Interessen ganz erheblich von denen der Gruppenmitglieder abweichen,⁷⁹⁶ und besonders der Anreiz zu einer Kollusion mit dem Prozessgegner zum Abschluss eines für die Gruppenmitglieder ungünstigen Vergleichs hoch ist.⁷⁹⁷ Weitere Interessengegensätze können natürlich auch zwischen den Gruppenmitgliedern auftreten. Es besteht Einigkeit, dass kollektive Schadensersatzklagen eine weit größere Missbrauchsgefahr bergen als Klagen auf Unterlassen und vergleichbare Rechtsschutzziele. Auch bei der Verbandsklage wird in der Literatur das Problem des Auseinanderfallens von Verband und individuellen Geschädigten als Principal-Agent-Problem angesehen.⁷⁹⁸ Hier ist das Principal-Agent-Problem aber schwächer ausgeprägt als in der Situation der Gruppenklage, da hohe Anforderungen an klageberechtigte Verbände gestellt werden können und praktikablere Möglichkeiten der Gebührengestaltung bestehen.⁷⁹⁹

Im Bereich der kollektiven Rechtsverfolgung tauchen auch Fälle auf, die je nach Wertung als Rechtsmissbrauch angesehen werden. So verfolgen beispielsweise in den USA Rechtsanwälte gezielt die Kursentwicklung von Aktien und suchen, wenn sie auf eine mögliche Rechtsverletzung gestoßen sind, einen Repräsentanten, also einen Klageberechtigten.⁸⁰⁰ Hier sollte kein Rechtsmissbrauch angenommen werden, da hier die finanziellen Anreize eine systematische Überprüfung erst ermöglichen und ohne die Tätigkeit individuelle Opfer möglicherweise nie auf die Verletzung aufmerksam geworden wären.

⁷⁹⁵ Vgl. beispielsweise die Zusammenfassung und Bewertung der Stellungnahmen aus einer öffentlichen Konsultation zu kollektiver Rechtsverfolgung in der Mitteilung der Europäischen Kommission vom 11.06.2013 (KOM(2013) 401), die gleichzeitig mit der Empfehlung 2013/386/EU zur kollektiven Rechtsverfolgung angenommen wurde.

⁷⁹⁶ Hierbei handelt es sich um ein typisches Principal-Agent-Problem, d. h. ein Abweichen von den Interessen des Beauftragenden und des Beauftragten, Silberman/Stein/Wolff, *Civil Procedure: Theory and Practice*, S. 974.

⁷⁹⁷ Baetge/Eichholtz, *Die Class Action in den USA*, in Basedow et al. (Hrsg.), *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess*, S. 287 ff., 327.

⁷⁹⁸ Schäfer, *Anreizwirkungen bei der Class Action und der Verbandsklage*, in Basedow et al. (Hrsg.), *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess*, S. 67 ff., 86.

⁷⁹⁹ Schäfer, *Anreizwirkungen bei der Class Action und der Verbandsklage*, in Basedow et al. (Hrsg.), *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess*, S. 67 ff., 90.

⁸⁰⁰ Baetge/Eichholtz, *Die Class Action in den USA*, in Basedow et al. (Hrsg.), *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess*, S. 287 ff., 324.

Bei der US-amerikanischen Gruppenklage sind grundsätzlich ihrer Art nach die gleichen Rechtsfolgen vorgesehen wie bei Individualklagen, die Bedeutung reicht aufgrund des völlig anderen Regelungsumfangs aber weit darüber hinaus. Empfindlich beschränkt sind die Rechtsfolgen für Gruppenklagen nach dem CRA (Titel II) und dem ADA, da dort ja auch bei individueller Rechtsverfolgung kein Schadensersatz vorgesehen ist. Für diese beiden Gesetze ist die kollektive Rechtsverfolgung daher deutlich geschwächt, es nehmen aber auch die Missbrauchsprobleme ab.

Wie oben gezeigt, wird bei Rule 23(b)(3) der Federal Rules of Civil Procedure für die Frage, ob die Gruppenklage anderen möglichen Klageformen überlegen ist, insbesondere darauf abgestellt, ob Individualprozesse zu erwarten sind oder ob wegen Minimalschäden oder wegen individueller Hindernisse zur Rechtsverfolgung wie Sprachbarrieren oder Zugehörigkeit zu einer sozio-ökonomisch benachteiligten Gruppe die Führung von Individualprozessen äußerst unwahrscheinlich erscheint.⁸⁰¹ Wie in Teil 1, D. näher ausgeführt, charakterisiert dies die tatsächliche Situation in weiten Bereichen des Antidiskriminierungsrechts treffend. Damit sind zugleich erhebliche Zweifel an der Wirksamkeit individueller Rechtsdurchsetzung aufgeworfen.

2. Verbandsklagen

Im AGG findet sich keine Verbandsklageregelung. Wie gezeigt, bestehen aber nach anderen Vorschriften teilweise Verbandsklagerechte im Bereich Antidiskriminierung, so nach § 1 UKlaG, § 13 BGG und § 8 UWG. Die Rechtsfolgen bei diesen Verbandsklagen sind teilweise Beseitigung, Unterlassung oder Widerruf, teilweise auch eine bloße Feststellung, in keinem Fall jedoch Schadensersatz. Für das US-Antidiskriminierungsrecht ergibt sich die Möglichkeit einer Verbandsklage aus allgemeinen Grundsätzen der US-Rechtsordnung, ohne dass es einer (ausdrücklichen) Anordnung in den Gesetzen bedürfte.

Die im US-Recht bei Klagen von Verbänden im eigenen Namen im Interesse ihrer Mitglieder geltende Regel, dass in der Regel kein Schadensersatz eingeklagt werden kann, entspricht der Rechtslage zu den besonderen Verbandsklageregelungen im deutschen Recht.

Die zweite Möglichkeit einer Verbandsklage im US-Recht, nämlich die Klage im eigenen Namen und eigenen Interesse, ist nach amerikanischer Auffassung ein Sonderfall des individual standing. Diese Verbandsklage steht daher einer gewöhnlichen

⁸⁰¹ Baetge/Eichholtz, Die Class Action in den USA, in Basedow et al. (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess, S. 287 ff., 317 mit weiteren Nachweisen.

Einzelklage deutlich näher als die erstgenannte Konstellation. Die Begründung einer generellen Verbandsklage dieser Art auch für das AGG scheidet aus, da dem AGG nicht durch Auslegung entnommen werden kann, dass es Schutz für bestimmte Tätigkeiten von Verbänden gewährleisten soll. Gerade hierauf beruht aber die Anerkennung der Klagerechte im eigenen Namen und eigenen Interesse im US-amerikanischen Recht.⁸⁰² Insofern zeigt sich ein weiteres Mal, dass die Schutzzwecke der US-Gesetze und insbesondere der Kreis der anspruchsberechtigten Personen deutlich weiter gezogen werden, als es für das AGG der Fall ist. Während die US-Gesetze so auch die Tätigkeit bestimmter Organisationen schützen sollen, ist das AGG auf den Individualschutz beschränkt und, wie oben erörtert, bei Individualklagen die Klageberechtigung streng an die Eigenschaft als (potenzieller) Vertragspartner angeknüpft, sodass andere Interessen einer Organisation keine Klageberechtigung begründen.

III. Breitenwirkung der Rechtsverfolgung

Sowohl die staatliche als auch die kollektive zivilrechtliche Rechtsverfolgung in den USA lassen weitreichende Maßnahmen zu, die in individuellen Zivilverfahren aufgrund der Rechtskraftbeschränkung auf die Parteien nicht möglich sind.⁸⁰³ Obwohl Urteile, die auf eine Gruppenklage hin erlassen werden, den üblichen Kategorien des injunctive relief, des Schadensersatzes und des Feststellungsurteils entsprechen, unterscheiden sie sich von ihrem Regelungsumfang ganz erheblich von den Urteilen in Individualprozessen.

Staatlicher Rechtsverfolgung und kollektiver zivilrechtlicher Rechtsverfolgung kommt also eine viel umfangreichere Regelungswirkung zu („Breitenwirkung“⁸⁰⁴) als der nur punktuell eingreifenden individuellen Rechtsverfolgung, bei der ein verlorener Prozess für ein Unternehmen mit Diskriminierungspraxis keine Notwendigkeit zur Änderung seiner Praxis schafft.⁸⁰⁵ Gerade mittelbare Diskriminierungen dürften häufig auf einer bestimmten Praxis beruhen und stellen dann ein strukturelles Problem dar,⁸⁰⁶ das eine umfassende Korrektur erfordert und eine punktuelle Korrektur durch

⁸⁰² Siehe oben 4. Teil, D. II.

⁸⁰³ Theoretisch könnte natürlich auch die Rechtskraft bei Individualprozessen weiter gefasst werden. Hier ergeben sich aber – gerade bei einer Erstreckung auf Nichtbeteiligte – extreme Probleme, die die kollektiven Klageformen durch verschiedene Mechanismen abzumildern versuchen.

⁸⁰⁴ Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 414. Im US-amerikanischen Schrifttum wird auch von „struktureller Rechtsverfolgung“ (structural litigation) gesprochen, vgl. Waterstone, A New Vision of Public Enforcement, Minnesota Law Review 92 (2007), 434, 455 ff.

⁸⁰⁵ Vgl. Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 413 f.

⁸⁰⁶ Vgl. Lewis/Norman, Employment Discrimination Law and Practice Hornbook, S. 568, zu Gruppenklagen bei mittelbar diskriminierender Praxis.

individuelle Rechtsdurchsetzung überfordert. Auch die Tatsache, dass das AGG im allgemeinen zivilrechtlichen Teil auf der Tatbestandsseite an Massengeschäfte bzw. massenähnliche Geschäfte anknüpft und also in großem Umfang auf sehr häufig vorkommende Geschäfte anwendbar ist, macht klar, dass im Regelfall kein auf einen Einzelfall beschränktes Problem vorliegen dürfte.

D. Systematizität der Rechtsdurchsetzungsvorschriften

Während das AGG für alle Merkmale und Lebensbereiche des allgemeinen Zivilrechts die gleichen zivilrechtlichen Rechtsfolgen anordnet, bestehen im US-Recht zwischen den einzelnen Gesetzen erhebliche Unterschiede in den Mechanismen der Rechtsdurchsetzung und den Rechtsfolgen.

Für das AGG drängt sich die Vermutung auf, dass ein einheitlicher Ansatz wegen der deutschen Rechtstradition und des Strebens nach Abstraktion, Klarheit und Systematizität gewählt wurde und diesen Aspekten eines Rechtssystems ein ganz erheblicher Wert beigemessen wird. Auch die Tatsache, dass ein einheitliches Gesetz alle Lebensbereiche und Diskriminierungsmerkmale erfasst und alle zum gleichen Zeitpunkt unter Schutz gestellt wurden, begünstigt natürlich einen einheitlichen Ansatz.

In den US-Gesetzen bestehen dagegen erhebliche Unterschiede. Unterschiedliche Rechtsfolgen hängen mit den unterschiedlichen Zeitpunkten des Entstehens der Vorschriften zusammen, da sich politische Präferenzen und politische Macht und Durchsetzungskraft verschiedener Interessen im Laufe der Zeit ändern. Denkbar wäre eine kontinuierliche Entwicklung im Laufe der Zeit von bestimmten Arten der Rechtsdurchsetzung zu anderen. Allerdings liegt keine klare Entwicklung von bestimmten Mechanismen der Rechtsdurchsetzung zu anderen im Lauf der Zeit vor: So ist beispielsweise im CRA (Titel II) und im ADA jeweils keine individuelle Klage des Benachteiligten auf Schadensersatz vorgesehen, dagegen schon im FHA, der zwischen diesen beiden Gesetzen erlassen wurde. Der Gesetzgeber hat daher wohl bewusst ein unterschiedliches Schutzniveau für verschiedene Lebensbereiche und Diskriminierungsmerkmale vorgesehen. Insgesamt sind die unterschiedlichen Regelungen zur Rechtsdurchsetzung in den US-Gesetzen sehr unübersichtlich und machen eine einheitliche Systematik – und insbesondere die für die Rechtsfortbildung wichtige Anwendbarkeit von Rechtsprechung auf ein möglichst großes Regelungsfeld – äußerst problematisch.

Hinsichtlich Systematizität und Normbestimmtheit lässt sich – erheblich pauschalisierend und ohne Rücksicht auf Details – zur Rechtsdurchsetzung im Antidiskriminierungsrecht Folgendes sagen: Das Antidiskriminierungsrecht der USA ist sehr unüber-

sichtlich aufgrund der Vielzahl der Einzelregelungen und würde durch eine Systematisierung erheblich an Klarheit gewinnen. Das deutsche AGG auf der anderen Seite ist an vielen Stellen eher zu knapp und die Bezugnahme auf „allgemeine Vorschriften“ lässt in manchen Fällen mehrere Deutungen zu, welche Vorschriften gemeint sind. Sehr kritisch unter dem Gesichtspunkt der Normklarheit ist auch der Regelungsansatz der Europäischen Union, dass für unterschiedliche Diskriminierungsmerkmale eigene Richtlinien erlassen werden, statt die Merkmale in einer einheitlichen Richtlinie zusammenzuführen.⁸⁰⁷ Die Schaffung eines einheitlichen Rechtsaktes würde nicht nur gemeinsame Strukturen klarer erkennbar machen, sie würde auch gegebenenfalls Unterschieden zwischen verschiedenen Merkmalen besser gerecht. Denn Unterschiede sind dann viel deutlicher zu erkennen und können deswegen auch viel einfacher als bisher als vom Richtliniengeber beabsichtigte Differenzierungen interpretiert werden.⁸⁰⁸

E. Ergebnis

Zwei Unterschiede zwischen deutschem Recht und US-Recht sind besonders wichtig und herausstechend: Zum einen ist dies das Konzept individueller zivilrechtlicher Rechtsverfolgung im AGG gegenüber dem US-amerikanischen Kombinationsmodell. Wie aufgezeigt, findet sich im US-Bundesrecht für fast alle Diskriminierungsmerkmale und Lebensbereiche ein kombinierter Mechanismus der Rechtsdurchsetzung, der sowohl individuelle als auch kollektive und staatliche Elemente umfasst. Zum anderen fällt die Einheitlichkeit des Mechanismus der Rechtsdurchsetzung im AGG auf, das für alle Merkmale und Lebensbereiche einheitliche Regelungen vorsieht. In den USA finden sich dagegen erhebliche Unterschiede zwischen den Gesetzen (beispielsweise hinsichtlich privater Schadensersatzklagen oder den Modalitäten und Folgen bei staatlicher Durchsetzung) und damit letztlich zwischen Diskriminierungsmerkmalen und Lebensbereichen.

Die §§ 19 ff. AGG sind durch das Prinzip geprägt, dass Benachteiligungen im Zusammenhang mit Schuldverhältnissen erfasst werden sollen, und anspruchsberechtigt ist nur, wer zumindest Vertragsinteressent ist. Das US-amerikanische Recht lässt

⁸⁰⁷ Auch der jüngste Richtlinienentwurf der Kommission in diesem Bereich (KOM(2008) 426) erfasst wiederum nur die neuen Merkmale in einer weiteren Richtlinie, ohne den Schutz aller geschützten Merkmale in einer Richtlinie zu konsolidieren.

⁸⁰⁸ Sehr fraglich ist gerade bei leicht unterschiedlicher Terminologie zwischen verschiedenen Richtlinien, ob dies eine beabsichtigte Unterscheidung darstellt oder ob eine einheitliche Auslegung geboten ist. Selbst bei erheblichen und klar beabsichtigten Unterschieden besteht noch eine Tendenz zu einer nivellierenden Auslegung (beispielsweise Interpretation der fehlenden Schadensersatzbestimmung als „opt-out“-Recht, vgl. oben 2. Teil, B. III. 2.).

dagegen in bestimmten Fällen auch aufgrund anderer rechtlicher Interessen als dem der (potenziellen) Vertragspartnerschaft eine Anspruchsberechtigung zu. Wie aufgezeigt, sind die Ziele der Antidiskriminierungsgesetze in Deutschland und den USA zwar ähnlich, aber nicht völlig gleich und es werden unterschiedliche Schwerpunkte gesetzt. Da im US-Recht Integration und Interaktion als Ziel von Antidiskriminierungsrecht stärker betont werden, lässt sich auch erklären, warum der Kreis der Geschützten weiter gezogen wird. Beides stellt – im Vergleich zu Deutschland – eine stärker kollektive Betrachtungsweise der Problematik dar, während nach deutscher Gesamtkonzeption von Antidiskriminierungsrecht klar die individuelle Benachteiligung im Vordergrund steht. Betont man die individuelle Benachteiligung, liegt wiederum auch individuelle Rechtsverfolgung viel näher.

Einige grundlegende Unterschiede zwischen der deutschen und der amerikanischen Rechtsordnung im Allgemeinen treffen auf das Antidiskriminierungsrecht (jedenfalls teilweise) nicht zu. Hierzu gehört die Kostenerstattung im Zivilprozess, da diese in den USA in vielen Fällen aufgrund spezialgesetzlicher Anordnung erfolgt. Außerdem ist der Grundsatz, dass Schadensersatz als legal remedy insbesondere gegenüber Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen als equitable remedies der Vorrang gebührt, in weitem Umfang außer Kraft gesetzt. Diese beiden charakteristischen Unterschiede der Rechtsordnungen bestehen im Antidiskriminierungsrecht daher nur sehr eingeschränkt.

Vergleicht man die individuelle Rechtsdurchsetzung, fallen besonders die in den USA teilweise fehlenden privaten Ansprüche auf Schadensersatz auf, die im AGG als zentrale Rechtsfolge stets gegeben sind. Dafür kann in den USA – soweit Schadensersatz überhaupt vorgesehen ist – auch Strafschadensersatz zugesprochen werden und der Ersatz immaterieller Schadenspositionen wird weniger restriktiv gesehen und Zahlungen fallen höher aus.

6. Teil: Analyse der Rechtsdurchsetzungsoptionen auf ihre Wirksamkeit zur Verhaltenssteuerung

In diesem Teil der Arbeit werden die unterschiedlichen Rechtsdurchsetzungsoptionen daraufhin untersucht, ob sie eine wirksame Verhaltenssteuerung ermöglichen, also in der Tat, wie von den Gesetzen zum Ziel gesetzt, die Verhinderung und Beseitigung von Diskriminierungen erreichen.⁸⁰⁹ Dabei greift die Arbeit auf unterschiedliche Ansätze zurück: Die klassische ökonomische Analyse geht von einem rational handelnden Menschen aus (homo oeconomicus), der stets seinen Nutzen maximiert, also eine Handlung vornimmt, wenn sein erwarteter Nutzen aus der Handlung die erwarteten Nachteile aus der Handlung übersteigt.⁸¹⁰ Dem setzt die neuere Strömung Behavioral Economics psychologische Anreize entgegen. Rechtssoziologische Ansätze gehen von einer Kombination von Einflussfaktoren aus. Alle drei Ansätze werden im Folgenden näher dargestellt.

Alle Ansätze sind nicht in dem Sinne abschließend, dass sie Überlegungen der anderen Strömungen für völlig irrelevant halten. Sie erkennen meist Einflüsse der von den anderen Strömungen untersuchten Faktoren an.⁸¹¹ Beispielsweise hält ein rechtssoziologischer Ansatz die Sanktionsorientierung für einen Einflussfaktor, der praktisch genau der Nutzenabwägung einer rationalen Person in der ökonomischen Analyse entspricht. Die ökonomische Analyse auf der anderen Seite legt den sehr eingeschränkten Charakter ihres Modells offen und erkennt an, dass in der Realität natürlich viele weitere Faktoren eine Rolle spielen.⁸¹²

Während Untersuchungen zur tatsächlichen Situation im Bereich Diskriminierung und zum Vorkommen von Diskriminierungen zahlreich sind,⁸¹³ mangelt es an Studien gerade zur Wirksamkeit der Rechtsdurchsetzung zur Verhaltenssteuerung. Selbst das Handbuch Gleichstellungsdaten, das sich gerade damit befasst, warum eine Datensammlung im Bereich Diskriminierung erforderlich ist,⁸¹⁴ und wie diese erfolgen

⁸⁰⁹ Lübke-Wolff spricht hinsichtlich Verhaltenssteuerung von „Adaptionsfolgen“ einer rechtlichen Regelung, Lübke-Wolff, Rechtsfolgen und Realfolgen, S. 139 ff.

⁸¹⁰ Shavell, Economic Analysis of Law, S. 1 f.; Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, S. 95 ff.

⁸¹¹ Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, S. 116.

⁸¹² Vgl. Posner, Economic Analysis of Law, S. 17 f.; Shavell, Economic Analysis of Law, S. 661 ff. Wegen dieser Überschneidungen finden sich auch beispielsweise im Abschnitt zur rechtssoziologischen Analyse Argumente von Vertretern, die der ökonomischen Analyse zugerechnet werden. In der Arbeit sind Argumente, die sich aus dem rational-actor-Modell ergeben, im Abschnitt zur ökonomischen Analyse behandelt, Argumente, die weitere Einflussfaktoren auf die Verhaltenssteuerung beleuchten, dagegen im darauf folgenden Abschnitt.

⁸¹³ Siehe beispielsweise die im 1. Teil, D. angesprochenen.

⁸¹⁴ Europäische Kommission, GD Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit, Europäisches Handbuch zu Gleichstellungsdaten, S. 23 ff.

kann, nennt lediglich Ausmaß, Art, Ursache und Folgen von Diskriminierungen als Forschungsfeld, nicht hingegen die Wirksamkeit der Mechanismen der Rechtsdurchsetzung.⁸¹⁵ Dabei wäre empirische Forschung auf diesem Feld besonders gewinnbringend, da dies ein Bereich ist, in dem der europäische Rechtsrahmen offen ist und erhebliche Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten bestehen, sodass durch vergleichende Untersuchungen ein großer Erkenntnisgewinn wahrscheinlich erscheint.⁸¹⁶ Auch im Bereich der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung zeigt eine Untersuchung der Agentur der Europäischen Union für Grundrechte auf, in wie geringem Umfang Daten vorhanden sind, die eine Beurteilung der in diesem Bereich erlassenen Rechtsvorschriften erlauben würde.⁸¹⁷

Für die Anwendung der abstrakten Modelle zur Verhaltenssteuerung auf Antidiskriminierungsrecht und – noch spezieller – gerade auf Diskriminierungsverbote spielt die tatsächliche Situation im Bereich Diskriminierung eine ganz entscheidende Rolle. Wenn beispielsweise die Frage untersucht wird, ob individuelle Rechtsverfolgung in diesem Bereich funktioniert, macht es ersichtlich einen großen Unterschied, ob Diskriminierungsoffer im Regelfall ihre Rechte genau kennen und wegen ausreichender finanzieller Mittel ein Prozesskostenrisiko auf sich nehmen oder ob beides meist nicht der Fall ist. Die tatsächliche Situation wurde daher in Teil 1 der Arbeit ausführlich dargestellt. Insgesamt gibt es sehr viele Studien zum Gesamtbereich Diskriminierung, im Gegensatz zum bereits angesprochenen Mangel an Studien gerade zu den Rechtsfolgen. Ob die tatsächliche Situation im Bereich Diskriminierung insgesamt gut erforscht ist, wird unterschiedlich beantwortet.⁸¹⁸ Jedenfalls ist das Problemfeld Diskriminierung aber so ausreichend empirisch erfasst, dass sich auf das Problemfeld

⁸¹⁵ Europäische Kommission, GD Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit, Europäisches Handbuch zu Gleichstellungsdaten, S. 8 und 36.

⁸¹⁶ Mögliche Indikatoren für eine Messung der Fortschritte von Antidiskriminierungspolitik finden sich bei Europäische Kommission, GD Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit, Bekämpfung von Diskriminierungen und Förderung der Gleichstellung: Wie lassen sich die erzielten Fortschritte messen, S. 53. Schwierig ist allerdings, den Beitrag gerade der Mechanismen der Rechtsdurchsetzung in den verschiedenen Ländern zu bestimmen, zumal die Indikatoren noch nicht einmal nur Diskriminierungsverbote erfassen, sondern auch alle anderen Maßnahmen von Antidiskriminierungspolitik.

⁸¹⁷ De Schutter, *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States, Part I – Legal Analysis*, S. 138 ff. Die im Bereich sexuelle Orientierung erlassenen EU-Vorschriften enthalten zwar, wie gezeigt, keine Diskriminierungsverbote unter Privaten im allgemeinen Zivilrecht, das Fehlen der Statistiken zur Wirksamkeitsbeurteilung stellt aber ein ganz allgemeines Problem dar.

⁸¹⁸ Sehr kritisch z. B. Europäische Kommission, GD Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit, Bekämpfung von Diskriminierungen und Förderung der Gleichstellung: Wie lassen sich die erzielten Fortschritte messen, insbes. S. 69 ff. Von erheblichen Unterschieden im Forschungsstand zwischen den einzelnen Diskriminierungsmerkmalen spricht die Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Bericht über Schwerpunkte und Arbeit der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, 2010, S. 17.

theoretische Modelle anwenden lassen und man so Rückschlüsse auf sinnvolle Rechtsdurchsetzung ziehen kann.

A. Verhaltenssteuerung nach der ökonomischen Analyse des Rechts

Bei der Bewertung von Rechtsinstituten kommt der ökonomischen Analyse des Rechts – gerade in den USA, in zunehmendem Maße aber auch in Europa – erhebliche Bedeutung zu. Diese Strömung hat die abstrakte Eignung verschiedener Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten gut erforscht, eine Übertragung auf konkrete Regelungsbereiche und Problemfelder steht dagegen in vielen Fällen noch aus.⁸¹⁹ Dies gilt auch für die Durchsetzung von Antidiskriminierungsbestimmungen, für die keine umfassende Untersuchung vorliegt. Arbeiten im Bereich der ökonomischen Analyse des Antidiskriminierungsrechts gehen in der Regel der Frage nach, ob und in welchem Umfang die Diskriminierungsverbote selbst aus Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts sinnvoll sind,⁸²⁰ untersuchen hingegen nicht die Mechanismen der Rechtsdurchsetzung auf ihre Anreizwirkung oder gehen nur ganz am Rande hierauf ein.

I. Anreizmodell der klassischen ökonomischen Analyse und Anwendung auf das Antidiskriminierungsrecht

1. Ausgangspunkt und Schadensquantifizierung

Wie bereits angesprochen, ist Ausgangspunkt des Modells der homo oeconomicus, also ein rational handelnder Mensch, der stets seinen Nutzen maximiert, also immer, wenn er mehrere Handlungsmöglichkeiten hat, diejenige wählt, die ihm den meisten Nutzen bringt.⁸²¹ Die ökonomische Analyse geht dabei von der Annahme aus, dass der Einzelne klar definierte Ziele verfolgt, also eine genaue Vorstellung davon hat, was ihm Nutzen bringt.⁸²² Dabei erkennt die ökonomische Analyse an, dass Menschen völlig unterschiedliche Ziele verfolgen und beispielsweise nicht stets durch egoistisches Handeln, sondern auch durch altruistisches Handeln ihren Nutzen mehren

⁸¹⁹ So Prof. Shavell, Harvard Law School, in seiner Vorlesung „Economic Analysis of Law“ (Herbst 2009). Vgl. auch Wittman, General Structure of the Law, in Bouckaert/De Geest (Hrsg.), *Encyclopaedia of Law and Economics*, Band 1, S. 1088.

⁸²⁰ So insbesondere Becker, *The Economics of Discrimination*; Posner, *An Economic Analysis of Sex Discrimination Laws*, *University of Chicago Law Review* 1989, 1311; Kirchner, *Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz: ein ökonomischer Ansatz*, in Leible/Schlachter (Hrsg.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, 2006, S. 37 ff.; Adams, *Das bürgerlich-rechtliche Benachteiligungsverbot gemäß § 612 Abs. 3 BGB*, *JZ* 1991, 534.

⁸²¹ Posner, *Economic Analysis of Law*, S. 4 ff.; Shavell, *Economic Analysis of Law*, S. 1 f.

⁸²² Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, S. 96.

können.⁸²³ Daher greift die Formel, dem rational handelnden Menschen komme es stets auf die Maximierung seines Vermögens an, zu kurz und beschreibt die Grundannahme der ökonomischen Analyse nur unzureichend. Die Formel ist auch deswegen nicht zutreffend, weil selbst egoistisches Ziel längst nicht nur ein möglichst großes Vermögen ist, sondern auch möglichst gute Gesundheit, möglichst hohes Wohlbefinden, möglichst hoher sozialer Status etc.⁸²⁴

Steht der rational handelnde Mensch vor der Wahl, eine Handlung vorzunehmen oder nicht vorzunehmen, so nimmt er die Handlung immer dann vor, wenn der erwartete Nutzen aus der Handlung die erwarteten nachteiligen Folgen, insbesondere rechtliche Sanktionen, übersteigt. Um einen Anreiz zu setzen, dass Personen keine Handlungen vornehmen, die (gesamtgesellschaftlich⁸²⁵ betrachtet) mehr Schaden anrichten als Nutzen bringen, ist also eine erwartete Sanktion in (mindestens) einer Höhe sinnvoll, die der Höhe des entstehenden Schadens entspricht.⁸²⁶ Entscheidend ist, dass es auf die *erwartete* Sanktion ankommt, also berücksichtigt werden muss, dass eine Sanktion möglicherweise nicht in jedem Fall verhängt wird.⁸²⁷

Es ist unmittelbar einsichtig, dass die Frage, in welcher Höhe ein Schaden durch eine Diskriminierung entsteht, eine Wertung voraussetzt, da der Schaden in großem Umfang immateriell ist.⁸²⁸ Ebenso ist ersichtlich, dass diese Wertung von ganz erheblicher Bedeutung ist für die Frage nach einer sinnvollen Sanktionshöhe. Auch die Frage, bei welchen Personen die Nachteile eintreten müssen, um sie in den Gesamtschaden einzubeziehen, ist eine schwierige Wertungsfrage.⁸²⁹

Für die Bewertung des immateriellen Schadens enthält die ökonomische Analyse selbst kein umfassendes Konzept. Um diese Wertentscheidung, in welcher Höhe ein Schaden entsteht, zu treffen, kann auf die Wertentscheidung zurückgegriffen werden, die der jeweilige Gesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren oder genereller durch Schaffung der Rechtsordnung getroffen hat.⁸³⁰ Für ein Abstellen auf diese Wertent-

⁸²³ Shavell, *Economic Analysis of Law*, S. 380.

⁸²⁴ Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, S. 100; Shavell, *Economic Analysis of Law*, S. 596.

⁸²⁵ Ein gesellschaftlicher Schaden ist nicht abstrakt ein Schaden der Gesellschaft, sondern vielmehr ein plastischer Begriff für einen Schaden bei einer Vielzahl von konkreten Personen.

⁸²⁶ Vgl. Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, S. 153 ff.

⁸²⁷ Shavell, *Economic Analysis of Law*, S. 479 ff.

⁸²⁸ Vgl. zum Problem der Bestimmung des Wertes eines Menschenlebens Posner, *Economic Analysis of Law*, S. 196 ff.

⁸²⁹ Vgl. beispielsweise, wie oben dargestellt, die unterschiedliche Auffassung zum geschützten Personenkreis im FHA und im AGG.

⁸³⁰ Hiervon scheinen auch Schäfer/Ott auszugehen, wenn sie erklären, warum reine Vermögensinteressen in der Regel nicht vom deutschen Deliktsrecht erfasst werden, Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, S. 324 ff.

scheidung spricht jedenfalls in einer demokratischen Gesellschaft, dass eben diese Entscheidung als einzige demokratisch legitimiert ist. Dass die Bewertung der Schadenshöhe eine derartige Wertung erforderlich macht, zeigt klar, dass nicht etwa alle Wertungsfragen eine Sache des Tatbestandes sind und Rechtsfolgen „technische“ Bestimmungen wären, die in Bezug auf den durch sie abgesicherten Tatbestand klar und auf objektiv begründbare Weise optimiert werden können. Auch für eine sinnvolle Rechtsfolgengestaltung sind Wertungsfragen zentral.⁸³¹

Stellt man auf die Ziele des Gesetzgebers ab, so kommen zwei verschiedene Anknüpfungspunkte infrage: Zum einen kommen die konkret mit dem jeweiligen Gesetz verfolgten Ziele in Betracht, also diejenigen Ziele, die in den Teilen zu den verschiedenen Rechtsordnungen herausgearbeitet wurden. Zum anderen aber kommen die generell vom Gesetzgeber verfolgten Ziele in Betracht, selbst wenn diese nicht mit dem jeweiligen Gesetz verfolgt werden, also im Grunde alle – auch sich zufällig ergebenden – Folgen eines Gesetzes, die der Gesetzgeber als negativ bewerten würde. Letzterer Ansatz ist dabei klar vorzuziehen. Denn nur weil eine Folge nicht zu den im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit stehenden gehört, sollte ihr nicht jede Bedeutung für die Abwägung abgesprochen werden, zumal Zielbeschreibungen häufig auf einige wenige prägnante Schlagwörter angewiesen sind. Der Gesetzgeber weiß zudem, dass zur Lösung vieler grundlegender Probleme Diskriminierungsverbote nur einen kleinen Schritt darstellen.⁸³² Daher sind nur diejenigen Positionen, die als gesamtgesellschaftliche Schäden aufgefasst werden können, nicht zu berücksichtigen, die der Gesetzgeber nicht als nachteilig ansieht. Beispielsweise sind für das AGG aber auch indirekte negative Auswirkungen einer Diskriminierung auf andere Personen einzubeziehen, beispielsweise wenn das Selbstvertrauen der Angehörigen eines Diskriminierten geschmälert wird und die Angehörigen aus diesem Grund in der Zukunft zu Vermeidungsstrategien greifen, die ihnen wirtschaftlich – beispielsweise beruflich – schaden.

Im Bereich der Diskriminierungsverbote gilt im Grundsatz für alle drei untersuchten Rechtsordnungen, dass der jeweilige Normgeber im Grunde alle im Abschnitt zur tatsächlichen Situation⁸³³ beschriebenen negativen Folgen von Diskriminierung als negativ ansieht, also insbesondere die Ausgrenzung bestimmter Gruppen, die man-

⁸³¹ Eine wichtige Wertungsfrage ist insbesondere, wie man den gesamtgesellschaftlichen Nutzen aus dem individuellen Nutzen der Mitglieder der Gesellschaft ermittelt. Beispielsweise kommt neben der Summe auch die Summe der Quadratwurzeln in Betracht, da letztere Methode eine ausgewogene Verteilung positiver bewertet als eine sehr einseitige Verteilung. Vgl. zu diesem Problemkreis insgesamt Shavell, *Economic Analysis of Law*, S. 597 f.

⁸³² „Ein Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz kann nur ein Baustein einer umfassenden Integrationspolitik sein, die an den vielfältigen Ursachen der Ausgrenzung bestimmter Gruppen ansetzt“, Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 25.

⁸³³ 1. Teil, D.

gelnde Sensibilisierung gegenüber Diskriminierung oder den Einsatz von Vermeidungsstrategien zur Verhinderung zukünftiger Diskriminierungen. Dies zeigt sich daran, dass sich in den Gesetzgebungsmaterialien viele Verweise auf diese tatsächlichen Probleme finden. Der hier verwendete Begriff eines gesellschaftlichen Schadens ist also sehr weit. Insbesondere sind nicht nur Nachteile bei der konkret benachteiligten Person erfasst.⁸³⁴ Wie im Abschnitt zur tatsächlichen Situation dargestellt, treffen Nachteile beispielsweise in vielen Fällen auch Kinder benachteiligter Eltern. Andauernde Benachteiligungen führen zur Verfestigung von Voreingenommenheit, Stereotypen und tradierten Verhaltensweisen und machen dadurch die (häufig unbewusste) Benachteiligung weiterer Personen wahrscheinlicher. Ebenso führt ein Wissen um Benachteiligungen anderer häufig zu Vermeidungsstrategien bei weiteren Personen. Ein weiteres Beispiel ist die Tatsache, dass Integration die Einstellung der Bevölkerung gegenüber einer Gruppe ändern würde und davon dann alle Gruppenmitglieder profitieren würden. Daher bringt die Benachteiligung aufgrund einer bestimmten Merkmalsausprägung eine Vielzahl von indirekten Nachteilen für andere Mitglieder dieser Gruppe. Darüber hinaus wird, wie dargelegt, die Beseitigung wirtschaftlicher Hindernisse im Gesamtmarkt ausdrücklich als Ziel der US-Gesetze und der EU-Richtlinien verfolgt und vom AGG übernommen.⁸³⁵ All dies sind Beispiele von Schäden bei anderen als den konkret Benachteiligten. Gleiches trifft zu auf die im ADA genannte Vermeidung öffentlicher Kosten als Folgen wirtschaftlicher Ausgrenzung.

2. Unvollständigkeit des isolierten Verbotstatbestandes – die Bedeutung der Rechtsfolge

Einem Verbotstatbestand völlig isoliert betrachtet kommt im Anreizmodell der ökonomischen Analyse keine Bedeutung zu, da das Anreizmodell den erwarteten Nutzen einer Handlung mit der erwarteten Sanktion vergleicht. Ein Verbotstatbestand muss daher stets im Zusammenhang mit den Folgen gesehen werden, die bei seiner Verletzung eintreten, also in erster Linie⁸³⁶ den Rechtsfolgen. Nimmt der Handelnde die

⁸³⁴ Zur Notwendigkeit der Erfassung von Schäden bei dritten Personen vgl. auch das Beispiel in Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, S. 153 f. einer verletzten Person, deren Familienmitglieder (immateriellen) Schaden dadurch erleiden, dass die verletzte Person sich für eine bestimmte Zeit nicht um sie kümmern kann.

⁸³⁵ Siehe 2. Teil, A. III., 3. Teil, A. II. und 4. Teil, B. II.

⁸³⁶ Natürlich kann auch der Verstoß gegen eine Vorschrift, die keine direkten rechtlichen Folgen hat, nachteilige Folgen anderer Art bewirken, wie beispielsweise eine Verschlechterung des Rufs eines Unternehmens durch eine Bloßstellung.

Rechtsfolge in Kauf, dann kann er immer die Handlung vornehmen.⁸³⁷ Aus diesem Grund sollte die erwartete Sanktion nicht niedriger sein als der Schaden. Um nicht einen Anreiz dagegen zu setzen, Handlungen vorzunehmen, deren Gesamtnutzen den Gesamtschaden übersteigt, sollte die erwartete Sanktion auch nicht höher ausfallen, als der Schaden.⁸³⁸ Die optimale erwartete Sanktion für eine Handlung, deren Schaden beim konkret Benachteiligten 100 beträgt und die weitere Schäden bei anderen Personen von ebenfalls 100 hervorruft, sollte also nach den bisherigen Überlegungen 200 betragen.

Die erwartete Sanktion ergibt sich aus dem Zusammenhang zwischen der Höhe der Sanktion und der Wahrscheinlichkeit, dass die Sanktion verhängt wird, also dem Umfang der Rechtsverfolgung. Beides kann natürlich in gewissem Umfang beeinflusst werden. Denkbare optimale Sanktionen wären daher eine Sanktion von 200, die stets verhängt wird, eine Sanktion von 400, die in 50 % der Fälle Anwendung findet, oder eine Sanktion von 2000, die in 10 % der Fälle auferlegt wird.⁸³⁹

3. Die optimale Rechtsfolge unter Berücksichtigung der Rechtsverfolgungskosten

Eine Schadensposition, die bisher noch nicht berücksichtigt wurde, sind die Kosten der Rechtsverfolgung. Dabei sind natürlich alle Nachteile einzubeziehen, die die Rechtsverfolgung mit sich bringt, also nicht nur Gerichtskosten und Anwaltskosten bzw. Kosten einer Behörde, sondern auch alle immateriellen Kosten, insbesondere Zeitaufwand und Unannehmlichkeit für einen privaten Kläger. Diese Kosten der Rechtsverfolgung sollten als indirekter Schaden auch für Höhe der optimalen Sanktion berücksichtigt werden.⁸⁴⁰ Aus diesen Überlegungen heraus sollte die erwartete Sanktion über 200 betragen.

In der Literatur werden häufig den Privaten entstehende direkte und indirekte Kosten der Einhaltung des Gesetzes angesprochen, z. B. der den Anbietern entstehende Do-

⁸³⁷ Beispielsweise betont die ökonomische Analyse, dass das Deliktsrecht eine Verhaltenssteuerung dahingehend bewirken soll, dass nicht etwa keinerlei Rechtsverletzungen erfolgen, sondern dass sie sicherstellen soll, dass der gesamtgesellschaftliche Vorteil den gesamtgesellschaftlichen Schaden überwiegt, Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, S. 157.

⁸³⁸ Zum überoptimalen Vermeidungsaufwand aufgrund einer zu hohen Sanktion vgl. Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, S. 177.

⁸³⁹ Stets kommt es, wie erläutert, auf die Wahrnehmung der Sanktion an. Die in der ökonomischen Analyse in der Regel angenommene Risikoaversion der meisten Menschen spricht jedoch dafür, dass die Sanktion in den genannten Fällen unterschiedlich empfunden wird, Shavell, *Economic Analysis of Law*, S. 479 ff.

⁸⁴⁰ Shavell, *Economic Analysis of Law*, S. 520; Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, S. 164.

kumentationsaufwand,⁸⁴¹ dies sind jedoch keine Rechtsverfolgungskosten. Sie sind außerdem Folgen der Diskriminierungsverbote an sich und von den konkreten Rechtsfolgen nur insofern abhängig, als ein rational Handelnder umso mehr Dokumentationsaufwand betreiben wird, je höher die zu erwartenden Sanktionen sind.

4. Privater Anreiz zur Rechtsverfolgung vs. gesellschaftlich sinnvolle Rechtsverfolgung

Der private Anreiz zur Rechtsverfolgung hängt von Nutzen und Kosten gerade bei der betroffenen Person durch eine Rechtsverfolgung ab. Eine Person verfolgt ihre Rechte dann, wenn ihr erwarteter Nutzen ihre erwarteten Kosten übersteigt.⁸⁴² Nicht berücksichtigt werden dagegen Kosten, die der Einzelne nicht zu tragen hat, z. B. öffentlich getragene Kosten bei privater Durchsetzung.⁸⁴³ Da hier ein Schaden (ohne Rechtsverfolgungskosten) des konkret Benachteiligten von 100 angenommen wird, ist sein erwarteter Nutzen eines Prozesses – wenn ihm mit Sicherheit voller kompensatorischer Schadensersatz zugesprochen wird – 100. Wenn bestimmte immaterielle Schadenspositionen nicht ausgeglichen werden, fällt der erwartete Nutzen geringer aus. Ebenso ist er niedriger, wenn ein Prozess nur mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit gewonnen wird.

Zu den Kosten der Rechtsverfolgung zählen auch bei einem gewonnenen Prozess nicht ausgeglichene Kosten und insbesondere immaterielle Kosten in Form von Zeitverlust, Ärger und Unannehmlichkeiten durch eine Prozessführung.⁸⁴⁴ Bei einem nur mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit erfolgreichen Prozess gehen natürlich auch prozentual alle im Falle des Verlusts zu tragenden Gerichts- und Anwaltskosten in die Kosten ein. Übersteigen die erwarteten Kosten den Betrag von 100, so sieht die Person von einer Rechtsverfolgung ganz ab.

Besteht kein privater Anreiz zur Rechtsverfolgung, so hat dies nicht nur die Folge, dass in einem konkreten Fall kein Prozess angestrengt wird. Darüber hinaus bedeutet dies – soweit mögliche Verletzer einer Norm wissen, dass in bestimmten Fällen kein Anreiz zu einer Rechtsverfolgung besteht – dass auch die erwartete Sanktion für den Verletzer sinkt, da ja die Wahrscheinlichkeit sinkt, dass es zu der Sanktion kommt.

⁸⁴¹ Kossak, Rechtsfolgen, S. 297 ff.; siehe hierzu auch Hoffjan/Bramann, Gesetzesfolgekosten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG), BB 2007, 2625.

⁸⁴² Shavell, Economic Analysis of Law, S. 390.

⁸⁴³ Beispielsweise wenn dem Staat tatsächlich Kosten durch ein Gerichtsverfahren entstehen, die die von den Parteien zu zahlenden Gerichtskosten übersteigen.

⁸⁴⁴ Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, S. 164, betonen zu Recht, dass auch alle diese Positionen Kosten im ökonomischen Sinn darstellen.

Weiß ein Verletzer, dass in 50 % der Fälle kein Prozess angestrengt wird, so halbiert dies seine erwartete Sanktion. Weiß der Verletzer, dass für bestimmte Fallgestaltungen praktisch nie ein Anreiz zur privaten Rechtsverfolgung besteht und daher fast nie ein Prozess angestrengt wird, so geht die erwartete Sanktion gegen null.⁸⁴⁵

Der private Anreiz zur Rechtsverfolgung bemisst sich also nach einem Vergleich des privaten Nutzens und der privaten Kosten des möglichen Klägers. Aus gesellschaftlicher Sicht ist dagegen dann eine Rechtsverfolgung sinnvoll, wenn der Gesamtnutzen der Rechtsverfolgung die Gesamtkosten der Rechtsverfolgung übersteigt.⁸⁴⁶ Zu vergleichen sind also aggregierter Nutzen und aggregierter Schaden bei allen Personen.

5. Zwischenstand: optimale erwartete Sanktion im Antidiskriminierungsrecht

Wie dargestellt, sollte die erwartete Sanktion ihrer Höhe nach dem eintretenden Schaden entsprechen. Der eintretende Schaden umfasst dabei auch alle indirekten Nachteile, insbesondere Verfahrenskosten im weiteren Sinn, die daher zur Schaffung der richtigen Anreize voll ausgeglichen werden müssen. Die Höhe der erwarteten Sanktion entspricht bei Schadensersatz auch nur dann dem vollen Schaden, wenn auch immaterieller Schaden stets voll ausgeglichen wird.⁸⁴⁷ Immaterieller Schaden darf nicht unberücksichtigt bleiben, weil die Bestimmung der Schadensersatzhöhe Schwierigkeiten bereitet, sondern die Höhe sollte ggf. geschätzt werden.⁸⁴⁸ Immaterieller Schaden umfasst auch „immaterielle Verfahrenskosten“ wie Zeitaufwand, Unannehmlichkeiten und Informationsaufwand durch ein Gerichtsverfahren und die Vorbereitung.⁸⁴⁹

Alle diese Gesichtspunkte sind nach der ökonomischen Analyse des Rechts nicht auf das Antidiskriminierungsrecht beschränkt, sondern gelten generell. Im Antidiskriminierungsrecht kommt immateriellen Schadenspositionen jedoch eine besondere Bedeutung zu, da immaterieller Schaden dort häufiger eintritt und im Vergleich bei-

⁸⁴⁵ Vgl. Shavell, *Economic Analysis of Law*, S. 287 und 396 f.

⁸⁴⁶ Shavell, *Economic Analysis of Law*, S. 391 f.

⁸⁴⁷ Shavell, *Economic Analysis of Law*, S. 242; Schäfer, Anreizwirkungen bei der Class Action und der Verbandsklage, in Basedow et al. (Hrsg.), *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess*, S. 67 ff., 69.

⁸⁴⁸ So Shavell, *Economic Analysis of Law*, S. 242. Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, S. 164 f., weisen allerdings darauf hin, dass eine Nichtberücksichtigung in bestimmten Fällen angebracht sein kann, nämlich wenn durch eine Berücksichtigung unverhältnismäßige Rechtsverfolgungskosten entstünden. Dies sollte aber nur in Fällen angenommen werden, in denen weder eine Schätzung noch eine Pauschalisierung möglich ist bzw. beide einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern.

⁸⁴⁹ Schäfer, Anreizwirkungen bei der Class Action und der Verbandsklage, in Basedow et al. (Hrsg.), *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess*, S. 67 ff., 69.

spielsweise zu Vermögensverletzungen relativ im Vergleich zu materiellem Schaden von erheblich größerer Bedeutung ist. Shavell betont zu Recht, dass eine Nichtberücksichtigung von immateriellen Schäden – auch unter dem Gesichtspunkt, die richtigen Anreize zur Verhaltenssteuerung zu setzen – gerade dann besonders problematisch ist, wenn sie hoch sind, die materiellen Schäden dagegen klein.⁸⁵⁰ Da Diskriminierungen im Bereich der Geschäfte des täglichen Lebens häufig eher geringe Schäden auslösen, ist auch die Bedeutung der immateriellen Verfahrenskosten relativ hoch. Diskriminierungsschäden gerade bei Geschäften des täglichen Lebens sind in der Regel Streuschäden bei einer Vielzahl von Personen, sodass eine Einklagung im Individualprozess unwahrscheinlich erscheint.

Aus ökonomischer Sicht ist, wie gezeigt, die erwartete Sanktion entscheidend, sodass die Tatsache berücksichtigt werden muss, dass eine Sanktion nicht in jedem Fall eintritt⁸⁵¹ und, wie dargelegt, gerade im Antidiskriminierungsrecht in der Praxis wohl nur äußerst selten zu erwarten ist.

6. Optimaler Tatbestand und optimale Rechtsfolgen aus Sicht der ökonomischen Analyse

Wie gezeigt, lassen sich Unterschiede im Schutzniveau der Diskriminierungsverbote sowohl auf Tatbestandsebene als auch auf Rechtsfolgenebene bewirken. Es stellt sich daher die Frage, wann eine Modifikation auf Tatbestandsebene vorgenommen werden sollte und wann auf Rechtsfolgenebene. Letztlich stellt sich die Frage, ob beide Möglichkeiten in gleicher Weise geeignet sein können, oder ob vielmehr im Prinzip eine bestimmte tatsächliche Situation stets eine Modifikation entweder am Tatbestand oder an den Rechtsfolgen erforderlich macht.

Aus Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts gibt es sowohl eine optimale Tatbestandswahl als auch eine optimale Rechtsfolgenwahl und beide sind nicht beliebig austauschbar. Dies bedeutet auch, dass es für eine gegebene Tatbestandswahl auch eine optimale Rechtsfolgenwahl gibt. Tatbestandswahl und Rechtsfolgenwahl sind unterschiedliche Funktionen im mathematischen Sinn: Während der optimale Tatbestand davon abhängt, wann ein Schaden eintritt, hängt die optimale Rechtsfolge davon

⁸⁵⁰ Shavell, *Economic Analysis of Law*, S. 242.

⁸⁵¹ Neben dem Fall, dass aus rationalen Erwägungen kein Prozess angestrengt wird, fällt hierunter auch der Fall, dass der Verletzer vermögenslos ist und daher aus diesem Grund keinen Schadensersatz leistet (sog. judgment proof problem). Siehe zu diesen und weiteren Gründen Schäfer, *Anreizwirkungen bei der Class Action und der Verbandsklage*, in Basedow et al. (Hrsg.), *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess*, S. 67 ff., 69.

ab, in welcher Höhe ein Schaden eintritt.⁸⁵² Natürlich ist in der Praxis in vielen Fällen eine Vorschriftengestaltung schwierig, die einen graduell immer größer werdenden Schaden annimmt, sondern es muss ein bestimmter Punkt festgesetzt werden, ab dem ein Schaden anzunehmen ist. In manchen Fällen, beispielsweise bei einer Verletzung von Emissionsbestimmungen, ist aber ein gradueller Schaden gut begründbar und auch eine graduelle Zahlungspflicht (bestimmter Betrag pro überschrittener Einheit) leicht handhabbar.

Ein weiteres Problem zur Interdependenz zwischen Tatbestand und Rechtsfolge besteht darin, dass es bei einem konkreten Gesetz durchaus möglich ist, dass die Gegner eines Gesetzes über genug Einfluss verfügen, um die Rechtsfolgen auf ein geringeres als das theoretisch optimale Niveau zu beschränken, eine optimale Rechtsfolge also gar nicht beabsichtigt ist. Dieses Problem betrifft jedoch lediglich die Auslegung konkreter Rechtsfolgenbestimmungen eines tatsächlich erlassenen Gesetzes und macht deutlich, dass Effektivitätsüberlegungen dort nicht unabhängig vom Wortlaut des Gesetzes und vom Willen des Gesetzgebers berücksichtigt werden dürfen. Das Problem betrifft jedoch nicht die abstrakte Frage danach, welche gesetzliche Regelung sachgemäß ist.

II. Mechanismen der Rechtsdurchsetzung im Einzelnen

Es sollen nun die nach dem Modell der ökonomischen Analyse konkreten Schlussfolgerungen für unterschiedliche Mechanismen der Rechtsdurchsetzung und Rechtsfolgen aufgezeigt werden.

1. Private individuelle Rechtsdurchsetzung

Wie oben erläutert, hängt sowohl die Funktionsfähigkeit individueller Rechtsdurchsetzung für den konkreten Fall als auch das Drohen individueller Rechtsdurchsetzung als Voraussetzung dafür, dass privatrechtliche Ansprüche überhaupt eine zu erwartende Sanktion darstellen,⁸⁵³ von der Anreizsituation des Prozessführungsberechtigten ab. Im Antidiskriminierungsrecht tritt eine Vielzahl von Schäden bei ganz unterschiedlichen Personen ein. Geht man davon aus, dass der größte Schaden den konkret Benachteiligten trifft (im Beispiel 100) und der konkret Benachteiligte auf kompensatorischen Schadensersatz klagt, so spielt nur der ihm entstandene und ggf. auszuglei-

⁸⁵² Vgl. die unterschiedliche Begründung zum optimalen Deliktstatbestand und zum optimalen Umfang des Schadensersatzes bei Shavell, *Economic Analysis of Law*, S. 178 ff. und 236 ff.

⁸⁵³ So auch Schiek, *Differenzierte Gerechtigkeit*, S. 414.

chende Schäden für seinen Anreiz eine Rolle. Die bei weiteren Personen eintretenden Schäden bleiben unberücksichtigt.

Häufig dürften Schäden durch eine einzelne Diskriminierung relativ gering sein. Dies trifft auf den konkret Diskriminierten zu, in noch größerem Maße aber auf diejenigen Personen, bei denen nur indirekt ein Schaden eintritt. Diesen Personen ist eine Individualklage in der Regel bereits deswegen verwehrt, weil sie nicht klageberechtigt sind;⁸⁵⁴ selbst wenn sie es wären, hätten sie aber nur in ganz seltenen Fällen einen Anreiz zur Rechtsverfolgung. Die Schäden bei anderen Personen sind nämlich über eine Vielzahl von Personen verteilt und einzeln jeweils sehr gering, also typische Streuschäden. Die Höhe ergibt sich nur daraus, dass sehr viele Personen geschädigt werden.

Eine weitere Hürde ergibt sich daraus, dass Vorbedingung für eine Rechtsverfolgung natürlich die Kenntnis des Benachteiligten von der Benachteiligung ist. Wie dargestellt, beruhen viele Diskriminierungen aber auf tradierten Verhaltensweisen und werden von der benachteiligten Person nicht als solche erkannt.

Insgesamt zeigt sich daher, dass die Anreize im Antidiskriminierungsrecht eine Rechtsverfolgung durch Individualprozesse in vielen Fällen nicht als wahrscheinlich erscheinen lassen. Aufgrund dieser allgemein geringen Bereitschaft sind Individualansprüche als Drohung nur sehr eingeschränkt geeignet, verhaltensbeeinflussend auf mögliche Verletzer zu wirken, da diese nur einer sehr geringen zu erwartenden Sanktion ausgesetzt sind. Dies wird in der juristischen Literatur häufig unterschätzt.⁸⁵⁵

2. Staatliche oder kollektive Rechtsdurchsetzung als Ausweg

Wichtige Gemeinsamkeit dieser beiden Mechanismen der Rechtsdurchsetzung und wichtige Abgrenzung zur individuellen Rechtsverfolgung ist die Tatsache, dass beide unabhängig von einer Abwägung individueller Kosten mit individuellem Nutzen sind. Bei öffentlicher Durchsetzung besteht nicht der für private Rechtsverfolgung aufgezeigte direkte Zusammenhang zwischen der Höhe der vom Verfolgungsberechtigten (in diesem Fall also dem Staat) zu tragenden Verfolgungskosten und der Tatsache, ob eine Rechtsverfolgung stattfindet. Gleichwohl ist eine Verfolgung durch den Staat nur dann sinnvoll, wenn die Gesamtkosten der Verfolgung nicht die Vorteile einer Rechtsverfolgung übersteigen. Gegenübergestellt werden müssen also die insgesamt

⁸⁵⁴ Zum AGG vgl. oben 3. Teil, C. I. 1.

⁸⁵⁵ Teilweise wird die Tatsache, dass nicht in jedem Fall einer Zuwiderhandlung Schadensersatz zu leisten ist, völlig übersehen. So hält beispielsweise Kossak, Rechtsfolgen, S. 233, einen Anspruch auf vollen kompensatorischen Schadensausgleich im Regelfall als ausreichend zur Verhaltenssteuerung.

der Gesellschaft entstehenden Kosten und Nutzen, nicht die gerade dem Staat direkt entstehenden Kosten und Nutzen.⁸⁵⁶ Der Staat muss nämlich nicht bei jeder einzelnen Rechtsdurchsetzungsmaßnahme seine Ausgaben über direkt ihm zufließende Vorteile decken, sondern hat die Möglichkeit, dass er sich (z. B. über Steuern) anderweitig finanzieren kann. Damit ist auch eine Rechtsverfolgung möglich, wenn zwar die direkt dem Staat entstehenden Vorteile gering sind, der Gesellschaft insgesamt aber erhebliche Vorteile entstehen. Dieses Prinzip gilt nicht nur für die Frage generell, ob eine staatliche Rechtsverfolgung stattfinden soll, sondern auch für die Frage, ob in einem konkreten Einzelfall die Behörde tätig werden sollte. Eine Behörde sollte deswegen nur Fälle verfolgen, bei denen die der Gesellschaft entstehenden Schäden so erheblich sind, dass sie alle durch die Verfolgung entstehenden Kosten übersteigen.

Auch in der juristischen Literatur wird anerkannt, dass bei Streuschäden, die in der Summe hoch sind, bei denen die einzelnen Geschädigten aber jeweils nur einen geringen Schaden erleiden (daher wird von fragmentierten Interessen gesprochen), die kollektive Rechtsdurchsetzung darüber hinweg hilft, dass der Einzelne aufgrund rationalen Desinteresses von einem Prozess absieht.⁸⁵⁷ Die kollektive Rechtsdurchsetzung ermöglicht, wie erläutert, nicht nur die Rechtsdurchsetzung im Einzelfall, sondern stellt auch eine erwartete Sanktion für potenzielle Schädiger dar und schafft damit einen Anreiz zur Rechtseinhaltung. Als Beispiele für typische Streuschadenkonstellationen werden Emissionen, überhöhte Preise für die Marktgegenseite bei wettbewerbsbeschränkenden Absprachen oder kleine Schäden bei einer großen Gruppe von Verbrauchern angesehen.⁸⁵⁸ Das Antidiskriminierungsrecht weist große Ähnlichkeiten zu diesen Konstellationen auf, sodass eine kollektive Rechtsdurchsetzung hier aus Sicht der Schaffung direkter Anreize sinnvoll ist.

Staatliche Rechtsverfolgung sollte auch nicht mit der Begründung abgelehnt werden, in vielen Fällen hätten Privatpersonen ja selbst keine Rechtsverfolgung gewählt. Teilweise werden Diskriminierungen nämlich gar nicht als solche wahrgenommen; selbst wenn sie aber wahrgenommen werden und sich der Verfolgungsberechtigte bewusst gegen eine Verfolgung entscheidet, so bedeutet dies nicht, dass er kein Interesse an einer Verfolgung hätte oder eine Verfolgung ablehnt, sondern vielmehr nur, dass die möglichen Rechtsfolgen bei individueller Rechtsverfolgung ihm keinen hinreichenden Anreiz zur Verfolgung geben.

⁸⁵⁶ Vgl. Shavell, *Economic Analysis of Law*, S. 486.

⁸⁵⁷ Röttgen, *Der zivilrechtliche Schutz vor Diskriminierung und seine verfahrensrechtliche Gewährleistung*, S. 239; Reich, *Förderung und Schutz diffuser Interessen durch die Europäischen Gemeinschaften: Eine problemorientierte Einführung in das europäische Wirtschaftsrecht*, S. 322.

⁸⁵⁸ Schäfer, *Anreizwirkungen bei der Class Action und der Verbandsklage*, in Basedow et al. (Hrsg.), *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess*, S. 67 ff., 69 f.

Sofern kollektive und staatliche Rechtsdurchsetzung auf Mitteilungen Privater – und damit private Initiative – angewiesen sind, stellt sich die Anreizsituation für eine Mitteilung durch den Privaten völlig anders dar als die Anreizsituation zur eigenen Rechtsverfolgung. Aufgrund der Verfahrensführung und teilweise auch der Sachverhaltsermittlung durch die öffentliche Stelle bzw. den Verband bleibt dem Privaten praktisch kein Rechtsverfolgungsaufwand und vor allem kein Kostenrisiko.

Hinsichtlich des Verfolgungsaufwands sprechen starke Argumente für eine generelle Durchsetzung und gegen eine Einzelfalldurchsetzung, wie sie bei individueller Rechtsverfolgung die Regel ist. Öffentliche Durchsetzung – und in einem gewissen Umfang auch kollektive Durchsetzung – hat außerdem den großen Vorteil der Spezialisierung der Durchsetzungsberechtigten.

3. Rechtsfolgen und Klageberechtigung bei individueller Rechtsdurchsetzung

Die Argumentation vom Drohen zukünftiger privater Rechtsverfolgung als verhaltenssteuerndes Element geht stets von der Annahme des „klassischen“ Rechtsschutzziels kompensatorischer Schadensersatz aus. Das Drohen von Unterlassungsansprüchen wirkt nicht in gleicher Weise verhaltenssteuernd, da diese ja immer nur für die Zukunft eingreifen und daher erst verhaltenssteuernde Wirkung entfalten, wenn sie geltend gemacht wurden.⁸⁵⁹

Wie dargelegt, gelingt es der Rechtsfolge kompensatorischer Schadensersatz nicht, eine ausreichend starke verhaltenssteuernde Wirkung auszuüben. Dies gilt umso mehr, je niedriger immaterielle Schadenspositionen bewertet werden und je mehr Positionen, einschließlich Rechtsverfolgungsaufwand, unberücksichtigt bleiben. Aus ökonomischer Sicht spricht daher vieles für eine möglichst vollständige Berücksichtigung aller auch immaterieller Schadenspositionen, einschließlich sämtlichen – auch immateriellen – Rechtsverfolgungsaufwands. Auch dies kann aber keine gesamtgesellschaftlich hinreichenden Anreize zur Rechtsverfolgung schaffen, da Schäden bei anderen Personen unberücksichtigt bleiben.

Da Schadensersatzansprüche allein kein ausreichend verhaltenslenkendes Potenzial haben, sind Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche als weitere Ansprüche (kei-

⁸⁵⁹ Auf den deutschen Beseitigungsanspruch trifft dies zumindest teilweise ebenfalls zu, da viele einschneidende und mit hohen Kosten behaftete Maßnahmen nicht umfasst sind, siehe oben 3. Teil, C. II. 2. a).

nesfalls aber als alleinige) Ansprüche sinnvoll, da sie eine direkte Verhaltenssteuerung für die Zukunft ermöglichen.⁸⁶⁰

Eine Erhöhung des Anreizes könnte durch Strafschadensersatz geschaffen werden, der aus Sicht der effektiven Verhaltenssteuerung zu begrüßen wäre. Dabei könnte für die Bemessung auch eine Rolle spielen, ob ein wiederholter Verstoß vorliegt, da hierdurch zusätzlich die mittelbare Sanktion der bei einem folgenden Verstoß auszusprechenden Sanktion bereits von Beginn an das Abschreckungspotenzial erhöht. Die Rechtsfolge Strafschadensersatz ist also aus Sicht effektiver Verhaltenssteuerung wünschenswert. Sie wirft freilich eine Vielzahl anderer Problem auf (genannt sei nur die „Bereicherung“ des Klägers und die schwierige Abgrenzung zum Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht),⁸⁶¹ erweitert man den Blick für die Gestaltung sinnvoller Rechtsfolgen über die bloße Wirksamkeit zur Verhaltenssteuerung – die in diesem Teil beleuchtet wird – hinaus.

Die typischerweise schlecht funktionierende individuelle Rechtsverfolgung und die daraus folgende geringe verhaltenssteuernde Wirkung sprechen für eine Vielzahl Verfolgungsberechtigter, also auch eine Ausdehnung individueller Klagerechte, wie sie das US-Recht teilweise vorsieht. Allerdings löst die Ausweitung der Klageberechtigung auf viele Personen das im Diskriminierungsbereich typischerweise auftretende Problem der Streuschäden bei großen Gruppen nicht.

4. Rechtsfolgen bei staatlicher und kollektiver Rechtsverfolgung

Bei staatlicher Rechtsverfolgung kann bei Bußgeldern eine Vielzahl von Faktoren bei der Bemessung berücksichtigt werden, um ein im jeweiligen Fall angemessenes Abschreckungspotenzial zu schaffen. So sind beispielsweise nach § 17 OWiG die Bedeutung der Ordnungswidrigkeit, der den Täter treffende Vorwurf, die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters und der wirtschaftliche Vorteil des Täters aus der Ordnungswidrigkeit zu berücksichtigen. Damit wird beispielsweise auch die Tatsache des wiederholten Verstoßes berücksichtigt.

Der Wegfall staatlich gewährter finanzieller Unterstützung schafft ein erhebliches Abschreckungspotenzial. Auf den ersten Blick erscheint die Rechtsfolge zwar unge-

⁸⁶⁰ Dies setzt selbstverständlich voraus, dass die Folgen der Nichtbeachtung eines entsprechenden Urteils hinreichend gewichtig sind, so dass der Schädiger diese nicht in Kauf nimmt und bewusst gegen ein ergangenes Urteil verstößt.

⁸⁶¹ Vgl. Koziol, Punitive Damages – A European Perspective, Louisiana Law Review 68 (2008), 741, 751 ff.; Sharkey, Punitive Damages as Societal Damages, Yale Law Journal 113 (2003), 347.

wöhnlich, da die finanzielle Unterstützung in keinem Zusammenhang zu Diskriminierungsverboten stehen muss und die Einhaltung der Diskriminierungsverbote gerade nicht die Gegenleistung für die Unterstützung ist. Vielmehr bringt der Staat seine gesamte „Verhandlungsmasse“ ein – was ein Privater in Verhandlungen ebenfalls machen würde – und macht sich eine Stärkeposition auf einem angrenzenden Feld zur effektiven Rechtsdurchsetzung zunutze. Diese Rechtsfolge ist daher aus Sicht effektiver Rechtsverfolgung klar zu begrüßen.

Bei kollektiver Rechtsdurchsetzung sollten aus Sicht der Verhaltenssteuerung nicht nur Unterlassungsansprüche, sondern auch Schadensersatzansprüche vorgesehen werden, da drohenden Unterlassungsansprüchen, wie oben erläutert, keinerlei Sanktionspotenzial zukommt und sie daher keinen Anreiz zur Einhaltung der Verbote schaffen.⁸⁶²

B. Modelle zur Verhaltenssteuerung ohne Annahme des rational-actor-Prinzips

Andere Modelle zur Verhaltenssteuerung gehen nicht vom rational handelnden homo oeconomicus aus, der stets eine bewusste Kosten-Nutzen-Abwägung anstellt, sondern nehmen vielfältige andere Einflussfaktoren auf menschliches Verhalten an. Die Arbeit stellt in diesem Kapitel zunächst die Einflussfaktoren nach einem rechtssoziologischen Modell sowie nach der Strömung Behavioral Economics⁸⁶³ kurz dar. Aufgrund der starken Überschneidungen zwischen beiden Ansätzen wird dann unter Berücksichtigung beider die Rechtsdurchsetzung von Diskriminierungsverboten beleuchtet.

I. Motive für die Normbefolgung aus rechtssoziologischer Sicht

Gemeinsam ist den rechtssoziologischen Erklärungsversuchen – gerade in Abgrenzung zur ökonomischen Analyse – dass nicht auf ein sehr schematisches Modell mit einer simplifizierenden Annahme zurückgegriffen wird, sondern versucht wird, die tatsächlich auftretenden Einflussfaktoren zu erkennen und zu systematisieren. Dies führt beinahe zwangsläufig zur Anerkennung einer Mehrzahl von Befolgungsgründen,

⁸⁶² Vgl. zu den relativ geringen Erfolgen der im deutschen Recht bestehenden Verbandsklageregelungen Bultmann, Verklagen oder Verhandeln, S. 222; Koch, Verbraucherprozessrecht: Verfahrensrechtliche Gewährleistung des Verbraucherschutzes, S. 90 ff.; Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 459.

⁸⁶³ Im Deutschen wird die Strömung teilweise auch als „Verhaltensökonomik“ oder „Verhaltensökonomie“ bezeichnet. Die Analyse rechtlicher Regelungen aus Sicht von Behavioral Economics wird häufig als „Behavioral Law and Economics“ bezeichnet.

die auch nicht immer scharf gegeneinander abgegrenzt werden können. Diese Arbeit verwendet die von Rehbinder angenommenen Einflussfaktoren und seine Einteilung;⁸⁶⁴ sein Modell zur Erklärung von Verhaltenssteuerung ist stets gemeint, wenn vereinfacht von „dem rechtssoziologischen Modell“ gesprochen wird.

Nach diesem Modell gibt es drei unterschiedliche Motive für die Normbefolgung, nämlich die Sanktionsorientierung, die Identifikation und die Internalisierung. Hinzu kommt als vierter Faktor die Informiertheit über die Norm.⁸⁶⁵ Sanktionsorientierung meint dabei eine rationale Abwägung von Nutzen und Kosten einer Handlung für die Person und entspricht der Theorie der ökonomischen Analyse des Rechts. Identifikation ist dagegen der Grund für eine Befolgung von Rechtsnormen, wenn sich eine Person am Verhalten von Gruppen oder Einzelpersonen orientiert, denen für die Person eine gewisse Vorbildfunktion zukommt. Die dritte Wirkungsweise – Internalisierung – erfasst die Situation, dass eine Person eine Norm befolgt, weil sie von der Richtigkeit der Norm überzeugt ist. Hier zeigt sich bereits, dass die rechtssoziologische Analyse insoweit anspruchsvoller und realistischer ist als die ökonomische Analyse, als dass sie nicht auf ein einzelnes Modell abstellt, dessen Grundlagen und dessen Argumentation zwar gut nachvollziehbar sind, dessen Grundannahme des homo oeconomicus aber ganz offensichtlich die Wirklichkeit nicht vollständig abbildet. Was die ökonomische Analyse in ihrer Anreiztheorie annimmt, wird von der Rechtssoziologie nicht rundweg abgelehnt, sondern qualifiziert und nicht als alleiniger, sondern als ein Einflussfaktor betrachtet.

Die Informiertheit über die Rechtsnorm als Grundvoraussetzung für eine mögliche Verhaltenssteuerung stellt dabei im Ergebnis einen vierten Faktor dar. Informiertheit meint nicht nur Kenntnis vom Wortlaut der Norm, sondern bedeutet, dass die Adressaten erkennen können müssen, ob bestimmte Verhaltensweisen von einer Norm erfasst werden und wie diese sie regelt,⁸⁶⁶ also richtig subsumieren können. Dies schließt ein richtiges Verständnis der Folgen eines Verstoßes ein, da Fehlvorstellungen über diese zu einer fehlerhaften Verhaltenssteuerung führen können. Die fehlerhafte Annahme milderer Sanktionen führt beispielsweise zu einer unzureichenden Verhaltenssteuerung.

⁸⁶⁴ Rehbinder, Rechtssoziologie, S. 153 ff.

⁸⁶⁵ Rehbinder, Rechtssoziologie, S. 156 ff.

⁸⁶⁶ Diekmann, Die Befolgung von Gesetzen: empirische Untersuchungen zu einer rechtssoziologischen Theorie, S. 33. Diekmann zeigt auch, dass lediglich bestimmte Fehlvorstellungen einer Einhaltung entgegenstehen, nicht aber alle (wie z. B. die Annahme einer zu scharfen Promillegrenze für Alkohol am Steuer), S. 39.

Wie stark die verschiedenen Motive in einem konkreten Fall wirken, hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab,⁸⁶⁷ insbesondere vom Inhalt der Rechtsnorm und von der Persönlichkeit des Handelnden.⁸⁶⁸ Es ist unmittelbar einleuchtend, dass auch diese Annahme Sinn macht. Dass eine rationale Kosten-Nutzen-Abwägung in vielen wirtschaftsrechtlichen Sachverhalten eine größere Rolle spielt, wenn Entscheidungen von großen Unternehmen getroffen werden, als im Bereich der Jugendkriminalität, liegt auf der Hand. Auch insoweit ist das Modell realistischer als das Modell der ökonomischen Analyse, indem es die Besonderheiten des Rechtsgebiets und der tatsächlich herrschenden Situation im betreffenden Gebiet für die Wirkungsweise des Rechts zur Verhaltenssteuerung berücksichtigt.

Rechtssoziologische Analyse betont auch die Bedeutung der Schaffung von Rechtsbewusstsein und hält für entscheidend, dass „die den Normen zugrunde liegenden Wertentscheidungen internalisiert werden“.⁸⁶⁹ Denn nur hierdurch lasse sich eine umfassende und flächendeckende Befolgung von Recht erreichen.

Internalisierung und Schaffung von Rechtsbewusstsein geschehen in gewissem Umfang durch die Normsetzung selbst. Es ist nicht so, dass in einem bestimmten Gebiet ein bestimmtes Rechtsbewusstsein herrscht, das für die Rechtssetzung als gegeben angesehen werden muss und nur durch andere Maßnahmen (wie Schaffung eines Problembewusstseins durch Schulen, öffentliche Diskussion, etc.) verändert werden kann. Es steht vielmehr in einem wechselseitigen Einfluss mit der Rechtssetzung: Das Rechtsbewusstsein beeinflusst die Befolgung einer bestimmten Vorschrift, zugleich beeinflusst die Vorschrift aber auch das Rechtsbewusstsein. Wird ein bisher erlaubtes Verhalten unter Strafe gestellt und eine hohe Strafandrohung vorgesehen, so beeinflusst dies die Einstellung dahingehend, dass das Verhalten als sozialschädlicher angesehen wird.

⁸⁶⁷ Vgl. auch Diekmann, Die Befolgung von Gesetzen: empirische Untersuchungen zu einer rechtssoziologischen Theorie, S. 128 ff., zur unterschiedlichen Bedeutung von Sanktionen für verschiedene Delikte.

⁸⁶⁸ Rehbinder, Rechtssoziologie, S. 156.

⁸⁶⁹ Rehbinder, Rechtssoziologie, S. 172.

II. Motive für die Normbefolgung aus Sicht von Behavioral Economics

1. Grundannahmen von Behavioral Economics und Implikationen für die Rechtsbefolgung

Auch die neuere Strömung Behavioral Economics verwirft die traditionelle ökonomische Hypothese vom rationalen Verhalten der Menschen. Jolls, Sunstein und Thaler sprechen von drei Abweichungen in den Grundannahmen von Behavioral Law and Economics von klassischer ökonomischer Theorie: Menschliches Verhalten weist danach „bounded rationality“, „bounded willpower“ und „bounded self-interest“ auf.⁸⁷⁰ „Bounded rationality“ meint dabei zum einen, dass Menschen bei ihren Entscheidungen Fehlern aufgrund von bestimmter Voreingenommenheit unterliegen, zum anderen, dass Menschen nicht stets versuchen, ihren Nutzen zu maximieren.⁸⁷¹ Unter „bounded willpower“ versteht man die Tatsache, dass Menschen häufig Entscheidungen treffen, die nach ihren eigenen Präferenzen langfristig betrachtet nicht optimal sind. Beispielsweise geht eine Person, obwohl sie sich lange vorgenommen hat, Sport zu treiben, doch ins Kino und bereut dies später. Eine wichtige Fragestellung ist hier, wie sich Abweichungen in gegenwärtiger Präferenz von langfristiger Präferenz erklären lassen. „Bounded self-interest“ bedeutet, dass Nutzen nicht nur eigennütziges Verhalten umfasst, sondern dass eine Person auch Nutzen empfinden kann bei Vorteilen für Dritte. Dies wird zwar auch in der traditionellen ökonomischen Analyse so gesehen, da der Begriff Nutzen völlig offen ist für beliebige Vorlieben des jeweiligen Individuums,⁸⁷² Behavioral Economics betont jedoch die Bedeutung dieser Form von Nutzen.

Wie man an den Grundannahmen von Behavioral Economics leicht erkennt, ist diese Strömung von psychologischen Erkenntnissen und von empirischer Sozialforschung im Bereich Verhaltensforschung geprägt. Die in diesen Disziplinen erkannten verhaltenssteuernden Faktoren werden als Ausgangspunkt für eine wirtschaftswissenschaftliche Analyse genommen. Behavioral Economics ist damit eine interdisziplinäre Strömung, die versucht, in ihren Grundannahmen zur Verhaltenssteuerung die Wirklichkeit abzubilden. Rechtsnormen werden nach dieser Theorie also nicht deswegen befolgt, weil der Handelnde aufgrund einer rationalen Abwägung zu dem Schluss

⁸⁷⁰ Jolls/Sunstein/Thaler, A Behavioral Approach to Law and Economic, Stanford Law Review 50 (1998), 1471, 1476 ff.

⁸⁷¹ Letzteres verneint eine weitere Grundannahme der klassischen ökonomischen Analyse, was jedoch für diese Arbeit nur geringe Bedeutung hat.

⁸⁷² Vgl. Shavell, Economic Analysis of Law, S. 380 f. zu Schenkungen.

gelangt, dass eine Befolgung seinen Nutzen maximiert, sondern aufgrund vielfältiger psychologischer Faktoren, insbesondere unbewusster Voreingenommenheit, die nichts mit einer rein rationalen Entscheidung zu tun haben.

2. Fehler aufgrund von Voreingenommenheit: Antidiskriminierungsrecht als wichtiges Anwendungsfeld von Behavioral Economics

Die für das Antidiskriminierungsrecht wichtigste Abweichung von den Grundannahmen klassischer ökonomischer Analyse ist die Kategorie der Fehler aufgrund von Voreingenommenheit. Eines der am meisten untersuchten Themen im Bereich Behavioral Law and Economics sind die Vorurteile aufgrund der Rasse und ihre unbewussten Auswirkungen auf Entscheidungen.⁸⁷³ Während traditionelle ökonomische Analyse Diskriminierungen als bewusste Entscheidungen ansieht, die in vielen Fällen vom Diskriminierenden getroffen werden, weil er bewusste Abneigung gegen eine Gruppe verspürt,⁸⁷⁴ betont Behavioral Law and Economics den häufig unbewussten Charakter.⁸⁷⁵ Daher wird die Kategorie der Fehler aufgrund von Voreingenommenheit auch als *Entscheidungsfehler* bezeichnet, da auch eine Person, die Diskriminierungen weit von sich weist, ihnen in vielen Fällen unterliegt und sie daher diese Entscheidungen selbst als ungewollt und fehlerhaft ansehen würde.⁸⁷⁶

Einer Fehlerkategorie kommt ganz besondere Bedeutung für diese Arbeit zu: Fehler aufgrund negativer Voreingenommenheit gegenüber einer bestimmten Gruppe prägen gewissermaßen das Antidiskriminierungsrecht. Diese Fehler sind für das Antidiskriminierungsrecht deswegen so relevant, da entsprechende Haltungen, wie gezeigt, in der Bevölkerung extrem verbreitet sind.⁸⁷⁷ Negative Haltungen und Einstellungen weiter Bevölkerungskreise sind ja gerade einer der Gründe, warum der Gesetzgeber überhaupt Antidiskriminierungsrecht schaffen muss, sodass dieses Rechtsgebiet wie kein zweites von dieser Fehlerkategorie geprägt ist. Zudem sind im Antidiskriminierungsrecht die unbewussten Benachteiligungen aufgrund von stereotypem Verhalten, Rollendenken und tradierten Verhaltensweisen gut belegt. Dieser unbewusste Charakter vieler Benachteiligungen in diesem Gebiet lässt die Annahmen von Behavioral

⁸⁷³ Jolls, Behavioral Law and Economics, S. 10 ff.

⁸⁷⁴ Posner, An Economic Analysis of Sex Discrimination Laws, University of Chicago Law Review 1989, 1311, 1318 ff.

⁸⁷⁵ Auch diese Strömung erkennt jedoch an, dass in manchen Fällen eine Benachteiligung aufgrund einer bewussten Entscheidung aus Abneigung gegenüber einer Gruppe erfolgt, Jolls, Behavioral Law and Economics, S. 36.

⁸⁷⁶ Jolls, Behavioral Law and Economics, S. 10 ff.

⁸⁷⁷ Siehe oben 1. Teil, D.

Law and Economics speziell für dieses Rechtsgebiet der rational-actor-Theorie klar überlegen erscheinen. Dies soll jedoch nicht heißen, dass die rational-actor-Theorie keinerlei Anwendungsspielraum hätte. Bei bewusster und systematischer Diskriminierung eines Unternehmens aufgrund finanzieller Erwägungen spielt eine rationale Abwägung beispielsweise durchaus eine Rolle.⁸⁷⁸

III. Die Einflussfaktoren und ihre Anwendung auf Durchsetzungsmechanismen für Diskriminierungsverbote

1. Beeinflussung der Einstellung: Symbolische Wirkung von Verbot und Rechtsfolge

Sowohl rechtssoziologische Ansätze als auch Behavioral Economics sprechen Faktoren über die bloße kalkulatorische Abwägung der Sanktionen gegen den eigenen Nutzen Bedeutung zu. Entscheidend für die Befolgung von Rechtsnormen ist also eine Sensibilisierung für das Problemfeld und eine Bewusstseinsbildung für die Sozialschädlichkeit eines Verhaltens. Beides findet durch die Thematisierung der Tatsache Diskriminierung statt, darüber hinaus aber auch durch den Erlass von Recht. Die Europäische Kommission drückt dies treffend wie folgt aus: „Gesetze gewährleisten nicht nur, daß die Opfer geschützt werden und daß ihnen Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen, sondern sind darüber hinaus Ausdruck dessen, daß sich die Gesellschaft dem Rassismus entschieden entgegenstellt und daß die staatlichen Instanzen fest entschlossen sind, gegen Diskriminierungen vorzugehen. Mit Antirassismusetzen können die Einstellungen der Menschen nachhaltig beeinflusst werden.“⁸⁷⁹ Rechtlichen Regelungen kommt also eine Signalwirkung zu, die die Einstellung der Handelnden beeinflusst.⁸⁸⁰ Das Recht ist nicht nur wertneutrale Handlungsanweisung, sondern ihm kommt eine Rolle als „Lehrer“ zu.⁸⁸¹ Gerade für das Antidiskriminie-

⁸⁷⁸ Da wie im Folgenden dargestellt die zentralen Aussagen der Arbeit zur Verhaltenssteuerung sowohl vom Modell der klassischen ökonomischen Analyse als auch den neueren Strömungen gestützt werden, kann in dieser Arbeit auch offen bleiben, welches Modell nun generell überlegen ist. Hierzu – allerdings mit dem Ergebnis des grundsätzlichen Vorrangs der klassischen ökonomischen Analyse – vgl. auch Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, S. 116 und 141.

⁸⁷⁹ Europäische Kommission, Richtlinienentwurf Gleichbehandlung Rasse und ethnische Herkunft, KOM(1999) 566, S. 2.

⁸⁸⁰ Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 30: „Neben den individuellen Schutzwirkungen zugunsten der von Diskriminierung Betroffenen wird mit dem Gesetz vor allem eine Signalwirkung im Hinblick auf alle Diskriminierungsmerkmale angestrebt. Das Gesetz ist Ausdruck des politischen Willens, eine Kultur der Vielfalt und gegen Diskriminierung in Deutschland zu schaffen.“ Dieser Tatsache kommt besonders deshalb Bedeutung zu, weil auch die Regierungsbegründung von einer bisher fehlenden Antidiskriminierungskultur in Deutschland ausgeht (Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 23).

⁸⁸¹ Smolla, *Federal Civil Rights Acts*, § 3:10, spricht von „role of the law as a teacher“.

rungsrecht wird – auch von Vertretern klassischer ökonomischer Analyse – die Beeinflussung der Einstellung durch Rechtsnormen betont.⁸⁸²

Für diese Arbeit relevant ist die symbolische Wirkung deswegen, weil sich die Wertentscheidung des Rechts nicht aus dem isolierten (Verbots-)Tatbestand alleine ergibt, sondern aus der Gesamtrechtsnorm. Daher ist für die symbolische Wirkung die Rechtsfolge von erheblicher Bedeutung. Die im Kapitel zur ökonomischen Analyse dargestellte Unvollständigkeit des Verbotstatbestandes⁸⁸³ lässt sich leicht auch für die Analyse ohne rational-actor-Prinzip fruchtbar machen. Wie (nach der ökonomischen Analyse) eine rationale Entscheidung selbstverständlich von den Rechtsfolgen einer Norm abhängt, so hängt auch die Steuerung durch Symbolik von den Rechtsfolgen ab. Auch die für die Verletzung einer Norm vorgesehene Sanktion beeinflusst die Wahrnehmung von der Sozialwidrigkeit des verbotenen Verhaltens. Wird beispielsweise für eine Handlung eine strafrechtliche Sanktion vorgesehen, so macht dies klar, dass dem entsprechenden Verhalten eine erhebliche Sozialwidrigkeit zukommt.⁸⁸⁴ Teil der symbolischen Wirkung ist auch die Durchsetzbarkeit der Norm. Schafft der Gesetzgeber eine Norm, die ersichtlich unter erheblichen strukturellen Durchsetzungsdefiziten leidet, so geht hiervon die Signalwirkung aus, dass der Gesetzgeber der Einhaltung des Gesetzes keine besonders hohe Priorität beimisst.⁸⁸⁵

Die Diskussion im deutschen Recht zum Kontrahierungszwang lässt sich vor dem Hintergrund dieser Überlegungen besser verstehen, da der Kontrahierungszwang ein sehr starkes Symbol darstellt. Kontrahierungszwang als Rechtsfolge ist wahrscheinlich in der Praxis nur in wenigen Fällen relevant, er zeigt aber klar, dass Vertragsfreiheit nicht die verbotenen Diskriminierungen zulässt und sich der Handelnde auch nicht vom Verbot durch Schadensersatz „freikaufen“ kann. Ebenso kommt Strafschadensersatz eine starke Symbolwirkung zu.

2. Verminderung von Voreingenommenheit

Während bisher der Schwerpunkt auf die Beeinflussung der Einstellung zur Verminderung bewusster Benachteiligungsentscheidungen gelegt wurde, kann die Wirkung auch für unbewusste Benachteiligungen aufgrund von Voreingenommenheit untersucht werden. Besonders die Strömung Behavioral Law and Economics betont zwei unterschiedliche Ansatzpunkte von Recht, um Entscheidungsfehlern zu entgehen:

⁸⁸² Shavell, *Economic Analysis of Law*, S. 643 f.

⁸⁸³ Siehe oben 6. Teil, A. I. 2.

⁸⁸⁴ Siehe Shavell, *Economic Analysis of Law*, S. 547, zu der Tatsache, dass ein Verhalten als strafbares Unrecht gekennzeichnet wird.

⁸⁸⁵ Schiek, *Differenzierte Gerechtigkeit*, S. 411.

Zum einen kann versucht werden, Rechtsnormen so zu gestalten, dass sie durch Entscheidungsfehler aufgrund von Voreingenommenheit möglichst wenig beeinträchtigt werden. Zum anderen kann aber durch Rechtsnormen auch versucht werden, Voreingenommenheit zu mindern („debiasing through law“)⁸⁸⁶ um, statt an den Symptomen fehlerhafter Entscheidungsbildung anzusetzen, die Entscheidungsfindung selbst zu verbessern. Unbewusste menschliche Verhaltensmuster werden also nicht als unabänderlich angesehen, sodass das Recht sich an diese anpassen müsste, sondern es wird betont, dass das Recht auch diese Verhaltensmuster beeinflussen kann.⁸⁸⁷

Auf Tatbestandsebene⁸⁸⁸ können Diskriminierungsverbote beispielsweise durch den Einschluss mittelbarer Benachteiligungen in gewissem Umfang gegen Entscheidungsfehler „abgesichert“ werden, da dann auch typischerweise unbewusste Benachteiligungen erfasst werden. Auch wären Vorschriften zu anonymisierten Bewerbungen denkbar, um eine Voreingenommenheit begründende Faktoren im Bewerbungsprozess so weit wie möglich auszuschließen.⁸⁸⁹ Auch der zweite Ansatz ist auf Tatbestandsebene möglich: Wie gezeigt, führt Diversität zu einer Abnahme von Voreingenommenheit, sodass durch kompensierende Bevorzugung (also z. B. eine Quote für Frauen oder ethnische Minderheiten) zur Herstellung von Diversität negative Voreingenommenheit reduziert werden kann.

Für die vorliegende Arbeit stellt sich die Frage, ob die beiden Kategorien jeweils für die Gestaltung gerade der Rechtsfolgen im Diskriminierungsbereich eine Rolle spielen können. Für die Reduzierung von Voreingenommenheit ist wiederum die Feststellung, dass Diversität zur Abnahme von Voreingenommenheit führt, relevant. Je wirksamer Diskriminierungsverbote Diskriminierungen verhindern und damit zu Diversität beitragen (z. B. in Bildungseinrichtungen⁸⁹⁰), umso stärker nimmt gleichzeitig auch Voreingenommenheit und dadurch verursachte unbewusste Diskriminierung ab.⁸⁹¹ Es liegt also ein Verstärkungseffekt von Diskriminierungsverboten vor. Da dieser Effekt von einer wirksamen Verhinderung von Diskriminierungen – und also von der Wirksamkeit der Rechtsdurchsetzung – abhängt, spielt also die Gestaltung der

⁸⁸⁶ Jolls/Sunstein, *Debiasing Through Law*, *Journal of Legal Studies* 2006, 199, 200; Jolls, *Bias and the Law*, S. 10 ff.

⁸⁸⁷ Jolls, *Bias and the Law*, S. 11.

⁸⁸⁸ Zu Rechtsgestaltungen im Antidiskriminierungsrecht insgesamt, die eine Reduktion von Vorurteilen verhindern sollen (z. B. kompensierende Bevorzugungen) siehe Jolls/Sunstein, *The Law of Implicit Bias*, *California Law Review* 2006, 969, 980 ff.

⁸⁸⁹ Vgl. zu diesem Ansatz auch die Initiative „Anonymisierte Lebensläufe“ der Antidiskriminierungsstelle des Bundes (Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Bericht über Schwerpunkte und Arbeit der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, 2010, S. 5).

⁸⁹⁰ Jolls, *Bias and the Law*, S. 35 f.

⁸⁹¹ Jolls, *Bias and the Law*, S. 29.

Rechtsdurchsetzung für die Reduzierung von Voreingenommenheit indirekt eine große Rolle. Die Rechtsdurchsetzung sollte also auch aufgrund dieses indirekten Effekts der Reduktion von Voreingenommenheit so gestaltet werden, dass sie Verhalten erfolgreich steuert. Für die erste Kategorie – „Absicherung“ von Normen gegen unbewusste Entscheidungsfehler – gilt ebenfalls, dass die oben erwähnten Möglichkeiten auf Tatbestandsebene nur dann auch verhaltenssteuernd wirken können, wenn ihre Durchsetzung funktioniert. Aus beiden Gesichtspunkten ergibt sich also die Bedeutung wirksamer Verhaltenssteuerung, die wirksame Mechanismen der Rechtsdurchsetzung voraussetzt, sie stellen aber für die Rechtsfolgen keine inhaltlich konkreten Anforderungen auf.

3. Außerrechtliche Anreize zur Rechtsbefolgung

Während sich die bisherigen Faktoren mit der Einstellung des Handelnden befassen, spielen auch außerrechtliche Anreize eine Rolle. Beispielsweise spielt der Ruf des Handelnden eine Rolle und Angst um einen guten Ruf kann einen stärkeren Druck bzw. Anreiz zur Rechtsbefolgung darstellen, als rechtliche Sanktionen. Ebenso kommen andere soziale oder faktische Sanktionen eines Normbruchs in Betracht. Alle diese Mechanismen werden sowohl bei Ablehnung als auch bei Zugrundelegung der rational-actor-Annahme anerkannt.⁸⁹² Sie werden in dieser Arbeit an dieser Stelle behandelt, da sie in engem Zusammenhang mit der gesellschaftlichen Einstellung stehen.

Die Auswirkungen auf den Ruf hängen nämlich stark von der Einstellung in der Gesellschaft ab. Der Ruf ist ja gerade die Messung des Verhaltens am Maßstab gesellschaftlicher Einstellung. Die unterschiedlichen Einstellungsfaktoren verstärken sich also gegenseitig: Durch starke Rechtsnormen wird, wie gezeigt, die Einstellung beeinflusst, was wiederum bei einem Verstoß auch soziale und faktische Sanktionen wahrscheinlicher werden lässt⁸⁹³ und damit die Wirksamkeit des Rechts weiter erhöht.

IV. Anwendung auf Mechanismen der Rechtsdurchsetzung im Einzelnen

1. Individuelle Rechtsverfolgung

Probleme individueller Rechtsverfolgung können in zwei Kategorien eingeteilt werden: zum einen Zugangshindernisse zum Zivilprozess, also Gründe, die die Anstren-

⁸⁹² Vgl. beispielsweise zum Ruf als Mechanismus der Rechtsdurchsetzung gerade für Verträge Shavell, *Economic Analysis of Law*, S. 322.

⁸⁹³ Shavell, *Economic Analysis of Law*, S. 618.

gung eines Zivilverfahrens praktisch unwahrscheinlich erscheinen lassen, zum anderen Ungeeignetheit der konkreten Rechtsfolgen.⁸⁹⁴ Beide Kategorien hängen zusammen, da schlecht geeignete Rechtsfolgen bereits die Einleitung eines Verfahrens wenig attraktiv erscheinen lassen.⁸⁹⁵ Eine ausführliche Zusammenstellung der Zugangshindernisse zum Individualzivilprozess aus rechtssoziologischer Sicht findet sich bei Goebel.⁸⁹⁶ Viele der Hindernisse spielen gerade für das Antidiskriminierungsrecht eine besonders große Rolle, und zwar sowohl wegen der wirtschaftlichen und sozialen Situation der typischen Opfer als auch aufgrund des Charakters der im Antidiskriminierungsrecht geschützten Interessen.

So zeigt sich im Zivilprozess eine starke Benachteiligung schwächerer sozialer Schichten.⁸⁹⁷ Die Nachteile reichen von Verständnisschwierigkeiten aufgrund der Komplexität des Rechts, der Rechtssprache und des Zivilprozesses über Zugangsprobleme zur Rechtsberatung bis hin zu geringeren finanziellen Mitteln und der daraus folgenden geringeren Möglichkeit, Risiken zu tragen.⁸⁹⁸ Im Antidiskriminierungsrecht tritt diese Benachteiligung verschärft auf, da die Benachteiligten häufig aus sozial schwachen Schichten stammen.

Außerdem kann eine strukturelle Überlegenheit von Organisationen und Unternehmen gegenüber dem einzelnen Privaten im Bereich des Rechts generell gezeigt werden, die sich insbesondere aus der Möglichkeit zur Spezialisierung sowie aus größeren wirtschaftlichen Ressourcen und damit einer größeren Risikotoleranz ergibt.⁸⁹⁹ Auch dieses Problem spielt im Antidiskriminierungsrecht eine große Rolle, da der Benachteiligte stets eine Einzelperson ist, während auf Seite des Benachteiligenden wohl in den meisten Fällen Organisationen stehen.

Im Bereich Antidiskriminierung liegen in großem Umfang schlecht organisierbare, sogenannte diffuse bzw. fragmentierte Interessen vor, die zugleich häufig eine Gruppe von Personen betreffen. Dies zeigt sich besonders an der Tatsache, dass Diskriminierungen gegen ein Gruppenmitglied zu den oben aufgezeigten indirekten negativen Folgen auch für andere Gruppenmitglieder führen. Gerade auf das Antidiskriminierungsrecht trifft die folgende Beschreibung zu: „[O]bwohl ein kollektives Problem vorliegt, wird es im Zivilprozess individualisiert und damit in dieser Partikularisie-

⁸⁹⁴ Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 416 ff.

⁸⁹⁵ Schiek spricht von einem „Teufelskreis der Ineffektivität“, Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 417.

⁸⁹⁶ Goebel, Zivilprozessrechtsdogmatik und Verfahrenssoziologie, S. 77 ff.

⁸⁹⁷ Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 420 f.

⁸⁹⁸ Goebel, Zivilprozessrechtsdogmatik und Verfahrenssoziologie, S. 85ff., 147 ff. und 195 ff.

⁸⁹⁹ Goebel, Zivilprozessrechtsdogmatik und Verfahrenssoziologie, S. 118 ff.

zung mit strategischen Nachteilen bedacht.⁹⁰⁰ Der Individualprozess ist zur Lösung struktureller Probleme ungeeignet,⁹⁰¹ und Diskriminierungen – insbesondere mittelbare Diskriminierungen und unerkannte Diskriminierungen aufgrund tradierter Verhaltensweisen – weisen einen strukturellen bzw. gruppenspezifischen Charakter auf.⁹⁰²

Das Recht insgesamt schützt Interessen, die nicht als subjektive Rechte anerkannt sind, nur in sehr geringem Maße.⁹⁰³ Dies betrifft zum Beispiel Kränkungen, die ein nicht am Vertragsschluss Interessierter durch Herabsetzungen der Gruppe, der er angehört, erfährt. Im Individualzivilprozess spielen sie keine Rolle. Ein Schutz ist lediglich Reflex, wenn andere handeln. Dies ist auch im Kollektivverfahren nicht anders, wo der nicht am Vertragsschluss Interessierte ebenfalls keinen Anspruch hat, aufgrund der weiter reichenden Rechtsfolgen liegt aber eine größere Reflexwirkung vor. Es stellt sich natürlich die Frage, ob man den geringen Schutz von Interessen, die nicht als subjektive Rechte anerkannt sind, überhaupt als Problem ansehen sollte, da das Gesetz selbst die Wertung getroffen hat, keine subjektiven Rechte anzuerkennen. Wie oben im Rahmen der ökonomischen Analyse gezeigt, überzeugt es, alle Nachteile von Diskriminierungen zu berücksichtigen, die der Gesetzgeber generell als nachteilig bewertet, nicht lediglich die durch den konkreten Schutzzweck eines Gesetzes umfassten.⁹⁰⁴

Besondere Herausforderungen an den Individualprozess stellen auch die im Antidiskriminierungsrecht allgegenwärtigen Diskriminierungen aufgrund von Stereotypen und Voreingenommenheit, die vom Opfer nicht erkannt werden. Weiß das Opfer nicht um die Verletzung, stellt der Individualprozess einen besonders ungeeigneten Mechanismus der Rechtsdurchsetzung dar. Hier wird nicht verkannt, dass solche Diskriminierungen auch andere Mechanismen der Rechtsdurchsetzung vor Schwierigkeiten stellen. Vieles spricht dafür, dass diese Formen von Diskriminierung nicht durch Diskriminierungsverbote alleine beseitigt werden können, sondern ergänzende Maßnahmen erforderlich sind. Hervorgehoben werden soll jedoch, dass andere Mechanismen der Rechtsdurchsetzung als klar wirksamer erscheinen, da beispielsweise Verbänden oder Behörden systematische Ermittlungen möglich wären.

⁹⁰⁰ Goebel, Zivilprozessrechtsdogmatik und Verfahrenssoziologie, S. 109.

⁹⁰¹ Mahlmann in Rudolf/Mahlmann (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, S. 51.

⁹⁰² Für mittelbare Diskriminierungen Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 422.

⁹⁰³ Goebel, Zivilprozessrechtsdogmatik und Verfahrenssoziologie, S. 141 ff.

⁹⁰⁴ Siehe oben 6. Teil, A. I. 1.

2. Kollektive und staatliche Rechtsverfolgung

Die Möglichkeit, Bußgelder zu verhängen, hat ebenso symbolischen Wert wie die Möglichkeit, bei der Bemessung zu berücksichtigen, dass bereits eine wiederholte Verletzung vorliegt. Beides spricht für eine staatliche Rechtsverfolgung, könnte aber auch über Schadensersatz erreicht werden, dem ebenfalls starke Symbolwirkung zukommt. Darüber hinaus hat auch bereits die Tatsache einer öffentlichen Durchsetzung und einer Verbandsdurchsetzung Symbolwirkung, da die Verletzungen dann nicht nur als privater kleiner Nachteil angesehen werden. Gerade von Antidiskriminierungsverbänden dürfte in der Öffentlichkeit aufgrund der von ihnen verfolgten Interessen eine hohe Integrität angenommen werden.

Vertreter von Behavioral Economics haben aufgezeigt, dass eine verhaltenssteuernde Wirkung von Warnhinweisen dadurch erhöht wird, dass konkrete Verletzungsfolgen genannt werden, anstatt nur abstrakter Gefahrbeschreibungen.⁹⁰⁵ Ein gut erforschtes Beispiel stellen die Warnhinweise auf Zigarettenpackungen dar.⁹⁰⁶ Diese Erkenntnisse können vorsichtig auf Rechtsfolgen übertragen werden. Durch die Gesetzesgestaltung ist dies zwar schwierig aufgrund des notwendig abstrakt-generellen Charakters, ein Schritt könnte aber die Nennung eines möglichen empfindlichen Bußgeldes sein. Gut möglich ist hingegen die Darstellung konkreter von Gerichten verhängten Sanktionen durch staatliche oder verbandliche Informationsarbeit. Dies wird deutlich erleichtert, wenn staatliche Stellen bzw. Verbände selbst die aus ihrer Sicht für geeignet und öffentlichkeitswirksam gehaltenen Prozesse einleiten können. Zu Recht wird die Nutzung von Gerichtsverfahren für gesellschaftspolitische Zwecke mit dem Fokus auf Verhaltenssteuerung – im Gegensatz zum Fokus auf Rechtsgewährung im Einzelfall – durch kollektive Rechtsverfolgung betont.⁹⁰⁷ Bei kollektiver und staatlicher Rechtsverfolgung sind zudem die Entscheidungen weitreichender. Die gezielte Verfahrensführung führt darüber hinaus zu einer schnelleren Rechtsfortbildung.⁹⁰⁸

C. Ergebnis

Sowohl bei Annahme eines rational-actor-Prinzips als auch nach mehrdimensionalen Modellen stellt alleinige individuelle Rechtsverfolgung mit Einhaltungsansprüchen und kompensatorischen Schadensersatzansprüchen kein hinreichendes verhaltenslenkendes Drohpotenzial dar. Die grundlegenden Probleme individueller Rechtsdurch-

⁹⁰⁵ Jolls, *Bias and the Law*, S. 10 ff.

⁹⁰⁶ Vgl. Jolls, *Bias and the Law*, S. 18.

⁹⁰⁷ Schiek, *Differenzierte Gerechtigkeit*, S. 412.

⁹⁰⁸ Schiek, *Differenzierte Gerechtigkeit*, S. 413.

setzung werden durch empirische Daten gestützt. Dem weitverbreiteten Phänomen Diskriminierung steht eine relativ geringe Zahl an Prozessen gegenüber. Aufgrund rationalen Desinteresses an einer Prozessführung führt rein individuelle Rechtsdurchsetzung bei Diskriminierungsverboten nicht zu ausreichender Anreizsetzung. Hinsichtlich spezifischer Rechtsfolgen ist vor allem festzuhalten, dass gerade die Höhe von Schadensersatz viel zu niedrig ausfällt und wichtige Schadenspositionen nicht ausreichend berücksichtigt werden. Während die beiden letzteren Feststellungen in großem Umfang über das Antidiskriminierungsrecht hinaus zutreffen, sind sie doch für das Antidiskriminierungsrecht aufgrund der großen Bedeutung des immateriellen Schadens im Verhältnis zum materiellen Schaden besonders relevant.

Sowohl individuelle als auch kollektive und staatliche Rechtsverfolgung haben alle gewisse Stärken und Schwächen, was für eine Kombination mehrerer Mechanismen spricht. Für ein Nebeneinander mehrerer Verfolgungsmechanismen spricht auch die das Antidiskriminierungsrecht charakterisierende erhebliche Gefahr einer zu geringen Rechtsdurchsetzung, die sowohl auf den Charakteristika von Diskriminierungen als auch auf der Situation typischer Diskriminierungsopfer beruht.

7. Teil: Abschließende Bemerkungen

Wie aufgezeigt, ergibt sich aus dem Europarecht eine Vielzahl von Grundsätzen, die Deutschland für die Gestaltung seiner Vorschriften zur Rechtsdurchsetzung im Antidiskriminierungsrecht berücksichtigen muss. Allerdings sind die meisten der Grundsätze relativ offen und lassen den Mitgliedstaaten einen erheblichen Spielraum – besonders groß ist dieser Spielraum auch deshalb, weil viele europarechtliche Vorgaben die nationale Rechtsdurchsetzung in ihrer Gesamtheit betreffen und nicht Einzelheiten vorgeben.

Zwischen dem deutschen und dem US-amerikanischen Recht haben sich interessante Gemeinsamkeiten, aber auch Unterschiede gezeigt. Das AGG ist in viel stärkerem Maße „individualrechtlich“ geprägt: Geschützt ist der (intendierte) Vertragspartner und er kann zivilrechtliche Individualansprüche geltend machen. Demgegenüber findet sich in den USA ein Kombinationsmodell der Rechtsdurchsetzung, das für fast alle Diskriminierungsmerkmale und Lebensbereiche sowohl individuelle als auch kollektive und staatliche Elemente enthält. Teilweise steht der Ausgleich individueller Benachteiligung so wenig im Zentrum, dass keine privaten Schadensersatzansprüche des Benachteiligten vorgesehen sind.

Interessant sind besonders einige Gemeinsamkeiten zwischen deutschem und US-amerikanischem Antidiskriminierungsrecht, die dadurch entstehen, dass die US-Gesetze nicht den allgemeinen Prinzipien der US-Rechtsordnung folgen, sondern Regelungen treffen, die den allgemeinen Grundsätzen des deutschen Rechts nahekommen. Hierunter fallen die Kostenerstattung im Zivilprozess und das Verhältnis von Ansprüchen auf Schadensersatz zu Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen. Die in diesen Punkten sonst bestehenden ganz charakteristischen Unterschiede zwischen den beiden Rechtsordnungen bestehen also im Antidiskriminierungsrecht so nicht.

Die Untersuchung zur verhaltenslenkenden Wirkung verschiedener Mechanismen der Rechtsdurchsetzung hat gezeigt: Soll eine zukünftige Rechtsverfolgung ernsthaft drohen, um eine verhaltenssteuernde Wirkung zu entfalten und Verletzungen bereits im Vorfeld zu verhindern, will man also, dass Rechte tatsächlich durchgesetzt werden, so braucht es sich ergänzende Durchsetzungsberechtigte. Die Rechtsverfolgung darf nicht die alleinige Verantwortung des Benachteiligten sein, der diese in vielen Fällen nicht einleiten wird. Ebenso darf sie nicht allein öffentlichen Stellen überlassen werden und in deren alleinige Verantwortung gestellt werden, sondern muss auch dem konkret Betroffenen möglich sein. Zeigt dies, dass sowohl individuelle als auch staatliche Rechtsverfolgung nötig sind, so schafft eine kollektive Rechtsverfolgung zusätz-

liche Möglichkeiten. Die Verbandsklage ist beispielsweise der staatlichen Rechtsdurchsetzung insoweit überlegen, als dass nicht eine einzelne Stelle entscheidet und die Durchsetzung allein von ihr abhängt.

Sinnvoll erscheint daher eine Kombination von staatlicher, individueller und kollektiver Rechtsdurchsetzung, um die Lücken zu schließen, die die einzelnen Mechanismen der Rechtsverfolgung jeweils lassen. Die Grenzen individueller Rechtsverfolgung wurden bereits ausführlich dargestellt, für die staatliche Rechtsverfolgung setzen knappe öffentliche Ressourcen und die daraus folgende erforderliche Schwerpunktsetzung, die in der Regel durch eine Ermessenseinräumung rechtstechnisch bewirkt wird, Grenzen.⁹⁰⁹ Die Sinnhaftigkeit einer Kombination von privater und staatlicher Verfolgung zeigt sich auch daran, dass sie zwar im deutschen Recht für Diskriminierungsverbote nicht vorgesehen ist, in anderen Rechtsgebieten aber völlig unstrittig für nötig gehalten wird, beispielsweise im Baurecht oder im Kartellrecht.⁹¹⁰ Außerdem erweckt die Einführung der prozessualen Unterstützungsmöglichkeit für Antidiskriminierungsverbände (gewisses kollektives Element) sowie die Schaffung der Antidiskriminierungsstelle (gewisses staatliches Element) im AGG den Eindruck, dass der Normgeber auf diesen beiden Feldern nicht völlig untätig bleiben wollte. Die tatsächlichen Befugnisse sind jedoch viel zu schwach ausgestaltet.

Denkbar wäre, kollektive und staatliche Rechtsverfolgung nur zugunsten von typischerweise benachteiligten Gruppen vorzusehen. Bei typischerweise benachteiligten Gruppen bestehen zwar höhere Hürden für individuelle Rechtsverfolgung, viele Aspekte, die individuelle Rechtsverfolgung schwierig erscheinen lassen, treffen aber auf alle Fälle von Diskriminierung zu. Ein Beispiel ist die Tatsache, dass bei Massengeschäften häufig nur relativ kleine Schäden beim Einzelnen eintreten. Außerdem kommen Diskriminierungen zwar verstärkt, aber nicht ausschließlich bei typischerweise benachteiligten Gruppen vor.⁹¹¹ Daher sollte keine feste Beschränkung bestehen, bei staatlicher Ermessensausübung sollte aber in jedem Fall berücksichtigt werden, inwieweit eine individuelle Verfolgung im konkreten Bereich möglich wäre.

Vor der aufgezeigten Unwirksamkeit der Rechtsfolgen im AGG zur wirksamen Verhaltenssteuerung verschließt der deutsche Gesetzgeber in großem Maße die Augen.

⁹⁰⁹ Prof. Field, Harvard Law School, hat im persönlichen Gespräch am 02.11.2010 zum ADA ausgeführt, dass Individualansprüche in den USA häufig als der stärkste Mechanismus der Rechtsdurchsetzung empfunden werden, da öffentliche Stellen nur Fälle von gewissem Gewicht aufgreifen können.

⁹¹⁰ Vgl. für das Baurecht die Durchsetzung durch öffentliches Baurecht und die zivilrechtliche Regelung in §§ 905 ff. BGB sowie die Durchsetzung über § 1004 BGB sowie für das Kartellrecht, dass sowohl nach deutschem Recht als auch nach EU-Recht Verstöße sowohl von einer Behörde verfolgt werden können als auch durch Private vor Zivilgerichten geltend gemacht werden können.

⁹¹¹ Siehe zur Diskriminierung bei rollenuntypischem Verhalten oben 1. Teil, D. II.

Zwar erkennt die Regierungsbegründung zum AGG an, dass individuelle Rechtsverfolgung über zuvor schon vorhandene punktuelle Antidiskriminierungsregeln kaum stattgefunden hat und beschreibt auch die tatsächliche Situation im Diskriminierungsbereich in weitem Umfang richtig,⁹¹² sie zieht aber hieraus für die Gestaltung der Rechtsdurchsetzung keine Konsequenzen und es bleibt offen, wie die Individualansprüche im AGG hieran etwas ändern sollen. Es scheint, dass der Gesetzgeber aus der tatsächlichen Situation zwar für die Tatbestandsgestaltung Konsequenzen gezogen hat, nicht jedoch für die Rechtsfolgen. Die Tatsache, dass das AGG beispielsweise auch eine Sensibilisierung für unbeabsichtigte Diskriminierungen zum Ziel hat,⁹¹³ ist auf der Tatbestandsebene durch die Erfassung mittelbarer Benachteiligungen berücksichtigt, auf der Rechtsfolgenebene bleibt hingegen völlig unklar, wie diese Sensibilisierung gelingen soll.

Wie im AGG wird auch in der deutschen Literatur häufig allein auf Individualrechtsschutz fokussiert⁹¹⁴ und dann von der Feststellung, dass Individualrechtsschutz in der Praxis in großem Umfang unwirksam sei, auf andere nicht-juristische Instrumente zur Verhinderung von Diskriminierung geschlossen.⁹¹⁵ Dabei werden die Möglichkeiten kollektiver und staatlicher Rechtsverfolgung im Bereich der Diskriminierungsverbote übersehen. Die häufig vorgetragene Kritik am Gleichheitsrecht generell als „gut gemeinte Nutzlosigkeit“⁹¹⁶ greift jedenfalls zu kurz, denn seine Wirksamkeit hängt natürlich von seinen Durchsetzungsmechanismen ab und es überrascht nicht, dass mit ungeeigneten Durchsetzungsmechanismen ausgestattete Gleichbehandlungsgrundsätze in der Tat keine große Wirkung haben.

Richtig ist, dass Diskriminierungsverbote nur ein Ansatzpunkt zur Verhinderung von Diskriminierungen sind. Dies hebt auch die Regierungsbegründung zum Entwurf des AGG hervor, in der es heißt „[e]in Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz kann nur ein Baustein einer umfassenden Integrationspolitik sein, die an den vielfältigen Ursachen der Ausgrenzung bestimmter Gruppen ansetzt“.⁹¹⁷ Jedenfalls kann kein zulässiger Einwand gegen Diskriminierungsverbote bzw. deren Rechtsfolgen sein, durch sie alleine könne der Diskriminierungsproblematik nicht wirksam begegnet werden.

⁹¹² Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 22 ff.

⁹¹³ So der Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 30.

⁹¹⁴ Die Ablehnung staatlicher Rechtsverfolgung mit der Begründung „private Ansprüche sind das modernere und effizientere Mittel“ (MünchKomm/Thüsing, § 21 AGG, Rn. 5) wird der Komplexität beispielsweise in keiner Weise gerecht.

⁹¹⁵ Beispielsweise Kossak, Rechtsfolgen, S. 264 mit dem Verweis auf Aufklärungskampagnen und Opferschutzverbände.

⁹¹⁶ Mit dieser Formulierung bringt Mahlmann die Kritik auf den Punkt (Mahlmann in Rudolf/Mahlmann (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, S. 51), um sie sodann zu widerlegen.

⁹¹⁷ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1780, S. 25.

Diskriminierungsverbote wollen stets nur Teil eines umfassenden Lösungskonzeptes sein.

Literaturverzeichnis

Adams, Michael, Das bürgerlich-rechtliche Benachteiligungsverbot gemäß § 612 Abs. 3 BGB, JZ 1991, 534.

Ambinder, Loren, Dispelling the Myth of Rationality: Racial Discrimination and the Efficacy of Litigation under 42 U.S.C. § 1981, George Washington Law Review 64 (1996), 342.

Annuß, Georg, Grundfragen der Entschädigung bei unzulässiger Geschlechtsdiskriminierung, NZA 1999, 738.

Armbrüster, Christian, Antidiskriminierungsgesetz – ein neuer Anlauf, ZRP 2005, 43.

Armbrüster, Christian, Sanktionen wegen Diskriminierung, KritV 2005, 41.

Armbrüster, Christian, Bedeutung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes für private Versicherungsverträge, VersR 2006, 1297.

Armbrüster, Christian, Kontrahierungszwang im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, NJW 2007, 1494.

Bachmann, Gregor, Kontrahierungspflicht im privaten Bankrecht, ZBB 2006, 257.

Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl. 2012 (zitiert als: Bamberger/Roth/Bearbeiter, § ... BGB, Rn. ...).

Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus/Kötz, Hein/Baetge, Dietmar (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess: Verbandsklage und Gruppenklage, 2006.

Bassenge, Peter et al., Palandt – Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 72. Aufl. 2013 (zitiert als: Palandt/Bearbeiter, § ... AGG/BGB, Rn. ...).

Bauer, Jobst-Hubertus/Göpfert, Burkhard/Krieger, Steffen, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2008 (zitiert als: Bauer/Göpfert/Krieger, § ... AGG, Rn. ...).

Becker, The Economics of Discrimination, 2. Aufl. 1971.

Beelmann, Andreas/Jonas, Kai (Hrsg.), Diskriminierung und Toleranz: psychologische Grundlagen und Anwendungsperspektiven, 2009.

Bell, Mark, Anti-discrimination law and the European Union, 2002.

Bell, Mark/Kjellstrand Sara, Critical review of academic literature relating to the EU Directives to combat discrimination, 2004.

Benecke, Martina/Kern, Gisela, Sanktionen im Antidiskriminierungsrecht – Möglichkeiten und Grenzen der Umsetzung der europäischen Richtlinien im deutschen Recht, *EuZW* 2005, 360.

Benecke, Martina, Rechtsvergleich der europäischen Systeme zum Antidiskriminierungsrecht, Studie im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, 2010.

Bernstein, Herbert, Contracts, in Clark, David/Ansary, Tugrul (Hrsg.), *Introduction to the Law of the United States*, 2. Aufl. 2002, S. 159 ff.

Bielefeldt, Heiner/Follmar-Otto, Petra, Diskriminierungsschutz in der politischen Diskussion, *Deutsches Institut für Menschenrechte, Policy Paper Nr. 5*, 2005.

Bizer, Johann/Ormond, Thomas/Riedel, Ulrike, *Die Verbandsklage im Naturschutzrecht*, 1990.

Blasi, Gary/Jost, John, System Justification Theory and Research: Implications for Law, Legal Advocacy, and Social Justice, *California Law Review* 2006, 1119.

Bultmann, Fritz, *Verklagen oder Verhandeln*, 1995.

Busche, Jan, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, 1999.

Busche, Jan, Effektive Rechtsdurchsetzung und Sanktionen bei Verletzung richtliniendeterminierter Diskriminierungsverbote, in Leible, Stefan/Schlachter, Monika (Hrsg.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, 2006, S. 159 ff.

Capisio, Mary/Cohen, Henry, Awards of Attorneys Fees by Federal Courts, Federal Agencies and Selected Foreign Findings, 2002.

Chalmers, Damian/Davies, Gareth/Monti, Giorgio, *European Union Law*, 2. Aufl. 2010.

Chopin, Isabelle/Uyen Do, Thien, *Developing Anti-discrimination Law in Europe*, Studie im Auftrag der Europäischen Kommission, *GD Justiz*, 2012.

Craig, Paul/de Búrca, Gráinne, *EU Law – Text, Cases, and Materials*, 5. Aufl. 2011.

- Däubler, Wolfgang/Bertzbach, Martin (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Handkommentar, 2007 (zitiert als: Däubler/Bertzbach/Bearbeiter, § ... AGG, Rn. ...).
- DeLeo, John, Administrative Law, 2008.
- De Schutter, Olivier, Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States, Part I – Legal Analysis, Studie im Auftrag der Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, 2008.
- Diekmann, Andreas, Die Befolgung von Gesetzen: empirische Untersuchungen zu einer rechtssoziologischen Theorie, 1980.
- Dubofsky, Jean Eberhart, Fair housing: a legislative history and a perspective, Washburn Law Journal 8 (1969), 149.
- Eisenberg, Theodore, Civil Rights Legislation: Cases and Materials, 5. Aufl. 2004.
- Ellis, Evelyn/Watson, Philippa, EU Anti-Discrimination Law, 2. Aufl. 2012.
- Epping, Volker, Grundrechte, 3. Aufl. 2007.
- Fazzone, Patrick, Implied Rights of Action in Federal Legislation: Harmonization within the Statutory Scheme, Duke Law Journal 1980, 928.
- Fenske, Antje, Das Verbot der Altersdiskriminierung im US-amerikanischen Arbeitsrecht, 1998.
- Fischer, James, Understanding Remedies, 2. Aufl. 2006.
- Fredman, Sandra, Discrimination Law, 2. Aufl. 2011.
- Freis, Gerhild, Das Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Arbeitsgerichtsgesetzes, NJW 1998, 2779.
- Frenz, Walter, Europarecht, 2011.
- Gaier, Reinhard/Wendtland, Holger, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG, 2006.
- Geyr, Marco, Der Kündigungsschutz von Arbeitnehmern durch Willkür- und Diskriminierungsverbote im deutschen und amerikanischen Arbeitsrecht, 2000.
- Goebel, Joachim, Zivilprozessrechtsdogmatik und Verfahrenssoziologie, 1994.

- Götz, Volkmar, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl. 2001.
- Golbey, Anita, Attorney's Fees, Unclaimed Funds, and Class Actions: Application of the Common Fund Doctrine, *Fordham Law Review* 49 (1980), 370.
- Greenwald, Anthony/McGhee, Debbie/Schwartz, Jordan, Measuring Individual Differences in Implicit Cognition: The Implicit Association Test, *Journal of Personality and Social Psychology* 1998, 1464.
- Haberl, Sonja, Antidiskriminierungsrecht und Sanktionensystem: Die Konkretisierung gemeinschaftsrechtlicher Mindestvorgaben, *GPR* 2009, 202.
- Habersack, Mathias/Mayer, Christian, Die überschießende Umsetzung von Richtlinien, in Riesenhuber, Karl (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 2. Aufl. 2010, S. 425 ff.
- Halfmeier, Axel, *Popularklagen im Privatrecht*, 2006.
- Haratsch, Andreas/Koenig, Christian/Pechstein, Matthias, *Europarecht*, 7. Aufl. 2010.
- Harrison, Malcolm/Law, Ian/Phillips, Deborah, *Migrants, Minorities and Housing: Exclusion, Discrimination and Anti-Discrimination in 15 Member States of the European Union*, Studie im Auftrag der Europäischen Stelle zur Beobachtung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit (EUMC), 2005.
- Hasen, Richard, *Remedies*, 2. Aufl. 2010.
- Heyder, Udo, *Gültigkeit und Nutzen der besonderen juristischen Schlussformen in der Rechtsfortbildung*, 2010.
- Hirsch, Werner, *Law and Economics*, 3. Aufl. 1999.
- Hoffjan, Andreas/Bramann, Annehild, Gesetzesfolgekosten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG), *BB* 2007, 2625.
- Hormel, Ulrike, Diskriminierung von Kindern und Jugendlichen mit Migrationshintergrund im Bildungssystem, in Hormel, Ulrike/Scherr, Albert (Hrsg.), *Diskriminierung: Grundlagen und Forschungsergebnisse*, 2010, S. 173 ff.
- Jestaedt, Matthias, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, in *Der Sozialstaat in Deutschland und Europa (Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer; Band 64)*, 2005, S. 298 ff.

- Jolls, Christine/Sunstein, Cass/Thaler, Richard, A Behavioral Approach to Law and Economic, *Stanford Law Review* 50 (1998), 1471.
- Jolls, Christine/Sunstein, Cass, The Law of Implicit Bias, *California Law Review* 2006, 969.
- Jolls, Christine/Sunstein, Cass, Debiasing Through Law, *Journal of Legal Studies* 2006, 199.
- Jolls, Christine, Behavioral Law and Economics, NBER Working Paper No. 12879, 2007, abrufbar unter: <http://www.nber.org/papers/w12879.pdf> (zuletzt aufgerufen am 17.04.2014).
- Jolls, Christine, Bias and the Law, abrufbar unter: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/BiasandtheLaw_1-19-10.pdf (zuletzt aufgerufen am 17.04.2014).
- Kaas, Leo/Manger, Christian, Ethnic Discrimination in Germany's Labour Market: A Field Experiment, Institut zur Zukunft der Arbeit, Discussion Paper No. 4741, 2010, abrufbar unter: <http://ftp.iza.org/dp4741.pdf> (zuletzt aufgerufen am 17.04.2014).
- Kirchner, Christian, Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz: ein ökonomischer Ansatz, in Leible, Stefan/Schlachter, Monika (Hrsg.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, 2006, S. 37 ff.
- Koch, Harald, *Verbraucherprozessrecht: verfahrensrechtliche Gewährleistung des Verbraucherschutzes*, 1990.
- Kossak, Jana, Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot im allgemeinen Zivilrechtsverkehr, 2009 (zitiert als: Kossak, Rechtsfolgen, S. ...).
- Kötz, Hein/Wagner, Gerhard, *Deliktsrecht*, 12. Aufl. 2013.
- Koziol, Helmut, Punitive Damages – A European Perspective, *Louisiana Law Review* 68 (2008), 741.
- Kronman, Anthony, Specific Performance, *University of Chicago Law Review* 45 (1978), 351.
- Kunz, Christina/Chomsky, Carol, *Contracts: A contemporary approach*, 2010.

- Ladeur, Karl-Heinz, The German Proposal of an „Anti-Discrimination“-Law: Anti-constitutional and Anti-Common Sense. A response to Nicola Vennemann, German Law Journal 2002, Artikel 152.
- Leder, Tobias, Das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung, 2006.
- Lennartz, Heribert, Störungsbeseitigung und Schadensersatz, 1998.
- Lewis, Harold/Norman, Elizabeth, Employment Discrimination Law and Practice Hornbook, 2004.
- Lewis, Harold/Norman, Elizabeth, Civil Rights Law and Practice, 2. Aufl. 2004.
- Loenen, Titia, Indirect Discrimination: Oscillating between Containment and Revolution, in Loenen, Titia/Rodrigues, Peter (Hrsg.), Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives, 1999, S. 195 ff.
- Lowery, Brian/Hardin, Curtis/Sinclair, Stacey, Social Influence Effects on Automatic Racial Prejudice, Journal of Personality and Social Psychology 2001, 842.
- Lübbe-Wolff, Gertrude, Rechtsfolgen und Realfolgen, 1981.
- Mahlmann, Matthias, Gleichheitsschutz und Privatautonomie, ZeuS 2002, 407.
- Mattei, Ugo, Comparative Law and Economics, 1998.
- Maultzsch, Felix, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, 2010.
- Mayer, Christian/Schürnbrand, Jan, Einheitlich oder gespalten? – Zur Auslegung nationalen Rechts bei überschießender Umsetzung von Richtlinien, JZ 2004, 545.
- Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 20. Aufl. 2012.
- Moliterno, James, The Administrative Judiciary’s Independence Myth, Wake Forest Law Review 41 (2006), 1191.
- Monen, Kathrin, Eine Untersuchung aufgrund der Rasse, des Geschlechts und der sexuellen Identität im deutschen und US-amerikanischen Privatrecht, 2008.
- Motakef, Mona, Das Menschenrecht auf Bildung und der Schutz vor Diskriminierung, Studie des Deutschen Instituts für Menschenrechte, 2006.
- Neuner, Jörg, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, JZ 2003, 57.

- Parry, John, Handbook on Disability Discrimination Law, 2003.
- Pfarr, Heide/Kocher, Eva, Kollektivverfahren im Arbeitsrecht, 1998.
- Picker, Eduard, Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm?, JZ 2003, 540.
- Piehler, Johannes/Giese, Karim, Rechtsakzeptanz, 1993.
- Piehler, Klaus, Einstweiliger Rechtsschutz und materielles Recht, 1980.
- Posner, Richard, An Economic Analysis of Sex Discrimination Laws, University of Chicago Law Review 1989, 1311.
- Posner, Richard, Economic Analysis of Law, 6. Aufl. 2003.
- Rehbinder, Manfred, Rechtssoziologie, 5. Aufl. 2003.
- Reich, Norbert, Förderung und Schutz diffuser Interessen durch die Europäischen Gemeinschaften: eine problemorientierte Einführung in das europäische Wirtschaftsrecht, 1987.
- Rixecker, Roland/Säcker, Franz Jürgen/Oetker, Hartmut (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl. (zitiert als: MünchKomm/Bearbeiter, § ... BGB/AGG, Rn. ...).
- Röttgen, Klaus, Der zivilrechtliche Schutz vor Diskriminierung und seine verfahrensrechtliche Gewährleistung: eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Richtlinie 2000/43/EG sowie rechtspolitischer und rechtsvergleichender Aspekte, 2004.
- Rudolf, Beate/Mahlmann, Matthias (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht: Handbuch, 2007.
- Rühl, Wolfgang/Schmid, Matthias/Viethen, Hans Peter, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2007.
- Rust, Ursula/Falke, Josef (Hrsg.), AGG – Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz mit weiterführenden Vorschriften – Kommentar, 2007 (zitiert als: Rust/Falke/Bearbeiter, § ... AGG, Rn. ...).
- Sauer, Martina, Türkischstämmige Migranten in Nordrhein-Westfalen und in Deutschland: Lebenssituation und Integrationsstand. Ergebnisse der neunten Mehrthemenbefragung, ZfT 2009, 166.

Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl. 2012 (zitiert als: Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, S. ...).

Schiek, Dagmar, Differenzierte Gerechtigkeit – Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht, 2000.

Schiek, Dagmar (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, 2007 (zitiert als: Schiek/Bearbeiter, § ... AGG, Rn. ...).

Schmidt-Ränsch, Jürgen, EG-Diskriminierungsverbote im deutschen Mietrecht, in Börstinghaus, Ulf/Eisenschmid, Norbert (Hrsg.), Theorie und Praxis des Miet- und Wohnungseigentumsrechts – Festschrift für Hubert Blank zum 65. Geburtstag, 2006, S. 381 ff.

Scholten, Ingo, Diskriminierungsschutz im Privatrecht, 2005.

Schreier, Michael, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – wirklich ein Eingriff in die Vertragsfreiheit?, KJ 2007, 278.

Schulze, Reiner et al., Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 7. Aufl. 2012 (zitiert als: Schulze/Bearbeiter, § ... BGB, Rn. ...).

Schürnbrand, Jan, Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf das Recht der Bankgeschäfte, BKR 2007, 305.

Schwemm, Robert, Housing Discrimination Law and Litigation, Datenbank, Stand: Juni 2013.

Shapo, Marshall, Principles of Tort Law, 3. Aufl. 2010.

Sharkey, Catherine, Punitive Damages as Societal Damages, Yale Law Journal 113 (2003), 347.

Shavell, Steven, Foundations of Economic Analysis of Law, 2004 (zitiert als: Shavell, Economic Analysis of Law, S. ...).

Shreve, Gene/Raven-Hansen, Peter, Understanding Civil Procedure, 4. Aufl. 2009.

Silberman, Linda/Stein, Allan/Wolff, Tobias, Civil Procedure: Theory and Practice, 3. Aufl. 2009.

Smolla, Rodney, Federal Civil Rights Acts, Datenbank, Stand: März 2013.

- Sprafke, Susanne, Diskriminierungsschutz durch Kontrahierungszwang, 2013.
- Sugarman, Stephen, A Comparative Law Look at Pain and Suffering Awards, De Paul Law Review 55 (2005), 399.
- Thomas, Claire, Sex Discrimination in a Nutshell, 1991.
- Thüsing, Gregor/von Hoff, Konrad, Vertragsschluss als Folgenbeseitigung: Kontrahierungszwang im zivilrechtlichen Teil des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, NJW 2007, 21.
- Tobler, Christa, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Antidiskriminierungsrecht der EG, Studie im Auftrag der Europäischen Kommission, GD Beschäftigung und Soziales, 2005.
- Tribe, Laurence, American Constitutional Law, 3. Aufl. 1999.
- Turner, Margery/Ross, Stephen/Galster, George/Yinger, John, Discrimination in Metropolitan Housing Markets: National Results from Phase I HDS 2000, Studie im Auftrag des US Department of Housing and Urban Development, 2002, abrufbar unter: http://www.huduser.org/Publications/pdf/Phase1_Report.pdf (zuletzt aufgerufen am 17.04.2014).
- Von Koppenfels, Katharina, Das Ende der Vertragsfreiheit?, WM 2002, 1489.
- Von Mehren, Arthur/Murray, Peter, Law in the United States, 2. Aufl. 2007.
- Wagner, Gerhard/Potsch, Nicolas, Haftung für Diskriminierungsschäden nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, JZ 2006, 1085.
- Waterstone, Michael, A New Vision of Public Enforcement, Minnesota Law Review 92 (2007), 434.
- Weaver, Russell/Partlett, David/Kelly, Michael/Cardi, Jonathan, Remedies: Cases, Practical Problems and Exercises, 2. Aufl. 2010.
- Wesseling, Anke, Die europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien zwischen Privatautonomie und Gleichheitsgrundsatz – Analyse, Umsetzung und Auswirkungen der Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2004/113/EG im deutschen Zivilrecht, 2009.
- Westerhoff, Ralph, Schuldrecht Besonderer Teil IV, Bereicherungs- und Deliktsrecht, 2010.

Whittall, Michael/Müller, Anne/Lotz, Waldtraut, The impact of the Racial Equality Directive: a survey of trade unions and employers in the Member States of the European Union, Germany, 2010, abrufbar unter: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/834-RED_Germany.pdf (zuletzt aufgerufen am 17.04.2014).

Wiedemann, Herbert/Thüsing, Gregor, Fragen zum Entwurf eines zivilrechtlichen Anti-Diskriminierungsgesetzes, DB 2002, 462.

Wiemann, Joachim, Obligation to Contract and the German General Act on Equal Treatment (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz), German Law Journal 2010, 1131.

Wilhelmi, Rüdiger, Risikoschutz durch Privatrecht, 2009.

Wittman, Donald, General Structure of the Law (Abschnitt 0900), in Bouckaert, Boudewijn/De Geest, Gerrit (Hrsg.), Encyclopaedia of Law and Economics, Band 1, 2000.

Wolf, Manfred, Sachenrecht, 23. Aufl. 2007.

Zuleeg, Manfred, Gleicher Zugang von Männern und Frauen zu beruflicher Tätigkeit, RdA 1984, 325.

Zweigert, Konrad/Kötz, Hein, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996.